

Université Lumière Lyon 2

Ecole doctorale de droit co-accréditée (ED 492 Droit)

Faculté de Droit et Science politique

Centre de recherche « Droits, Contrats et Territoires »

Le raisonnement du juge constitutionnel

*Jalons pour une structuration herméneutique du
discours juridique*

Vincent THIBAUD

Thèse en vue de l'obtention du Doctorat en droit

(Doctorat nouveau régime, discipline droit public)

Sous la direction de M. le Professeur Philippe BLACHÈR

Présentée et soutenue publiquement le 17 juin 2011

JURY

M. Philippe BLACHÈR, professeur de droit public à l'Université d'Avignon et des pays de Vaucluse (directeur) ;

Mme Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, professeur de droit public à l'Université de Paris Ouest-Nanterre La Défense (rapporteur) ;

M. Pascal JAN, professeur de droit public à l'Institut d'Études Politiques de Bordeaux (rapporteur) ;

M. Antoine JEAMMAUD, professeur émérite de droit privé à l'Université Lumière Lyon 2 ;

Mme Valérie LE BIHAN, professeur de droit public à l'Université Lumière Lyon 2 ;

M. Jean-Christophe LE COUSTUMER, professeur de droit public à l'Université de Rouen.

La Faculté de Droit et Science politique de l'Université Lyon 2 n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Tout d'abord, je tiens à remercier mes directeurs de thèse, MM. les professeurs Blachère et Le Coustumer pour leur soutien parfois lointain (entre Lyon, Paris, Rouen et Avignon) mais constant, et leur volonté de voir ce travail s'achever à des moments où le découragement semblait devoir l'emporter. Cette co-direction, même officieuse, devait avoir un sens, j'espère que le plan de cette recherche en constitue une illustration satisfaisante.

Il me faut bien évidemment mentionner ici l'institution « Conseil constitutionnel » et plus particulièrement, son service Documentation et son chef, M. Lionel Brau, qui m'ont accueilli durant l'été 2008 pour un stage traversé par une révision constitutionnelle décisive. Ce stage a été un retour salvateur pour la poursuite de ces travaux à une approche jurisprudentielle. Le travail exigeant de recherche documentaire, pour les membres du Conseil et des juristes du niveau des membres du service juridique et de M. Marc Guillaume, Secrétaire général du Conseil, constitue une formation méthodologique privilégiée et irremplaçable pour le travail de thèse. Il est impossible d'énumérer dans ces quelques lignes l'ensemble des rencontres qui m'ont été permises de faire, mais certaines discussions furent particulièrement revigorantes avec des membres de la communauté universitaire qui avaient été amenés à venir travailler au Conseil (sur les archives et pour les *Cahiers* notamment). C'est l'occasion d'avoir une pensée pour M. Jean-Louis Pezant, membre du Conseil décédé en juillet 2010 et avec qui j'ai eu la chance d'échanger, qui était un grand serviteur de la Ve République et de son droit constitutionnel. Enfin, merci à Alexandrine, Guy, Evelyne et Catherine pour avoir fait de ce stage un moment humainement très agréable.

Je n'oublie pas les autorités de la Faculté de Droit de Science politique de l'Université Lumière Lyon 2 qui m'ont fait confiance au moment de l'attribution des postes de monitorat puis d'ATER, M. le Doyen Olivier Négrin et Mme la Doyenne Marie-Odile Nicoud qui ont obtenu que ces postes soient attribués à la Faculté. Je remercie Mmes les professeurs Sophie Nicinski, Valérie Le Bihan, MM. Loïc Chabrier, Christophe Chabrot et Guillaume Protière qui m'ont accepté, à un moment ou à un autre, dans leurs équipes de chargés de travaux dirigés. Un grand remerciement à M. Serge Basset qui a accepté de corriger mon résumé en anglais. J'ai une pensée particulière pour Amélie Gillot-Kargol pour le travail fructueux fait à Lyon pendant quatre ans que je regarde avec nostalgie, mais l'amitié se conjugue au futur...

A ma chère et tendre, unique.

A la famille, indispensable.

A l'amitié, précieuse.

LISTE DES ABREVIATIONS

AFDC	Association française de droit constitutionnel
<i>A, n°...</i>	<i>Série A</i> , Arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (1959-1996)
AN	Assemblée nationale
<i>AFDI</i>	<i>Annuaire français de droit international</i> (Centre national de la recherche scientifique)
aff.	affaire
AIDC	Association internationale de droit constitutionnel
<i>AJJC</i>	<i>Annuaire internationale de justice constitutionnelle</i>
<i>AJDA</i>	<i>L'Actualité juridique Droit administratif</i> (Dalloz)
<i>APD</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i> (Dalloz)
<i>APDSJ</i>	<i>Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique</i> (Sirey, 1931-1940)
art.	article
art. LO.	article de code issu d'une disposition de loi organique
art. L.	article de code issu d'une disposition de nature législative
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale allemande)
<i>BVerfGE</i>	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i> (Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale allemande)
Ass.	Assemblée du contentieux (Conseil d'Etat)
Ass. plén.	Assemblée plénière (Cour de cassation)
Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
<i>CCC</i>	<i>Les Cahiers du Conseil constitutionnel</i> (Dalloz, 1996-2010) ; <i>Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel</i> (2010 -)
<i>CDE</i>	<i>Cahiers de droit européen</i> (Bruylant, Bruxelles)
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Civ.	Chambre civile (Cour de cassation)
<i>Civitas Europa</i>	<i>Civitas Europa. Revue juridique sur l'Evolution de la Nation et de l'Etat en Europe</i> (Presses universitaires de Nancy)
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CPP	<i>Cahiers de philosophie politique : publication du Centre de philosophie politique de l'Université de Reims</i>
CPPJ	<i>Cahiers de philosophie politique et juridique</i> (Centre de publications de l'Université de Caen, 1984-1995) ; <i>Cahiers de philosophie de l'Université de Caen</i> (Presses universitaires de Caen, 1996-)
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
CR	<i>Compte-rendu</i> des séances (assemblées parlementaires)
Crim.	Chambre criminelle (Cour de cassation)
<i>Critique</i>	<i>Critique. Revue générale des publications françaises et étrangères</i> (Editions de Minuit)
D.	Décret
D.	<i>Recueil Dalloz</i> (Dalloz)
DC	Décision du Conseil constitutionnel rendue sur déclarations de conformité à la Constitution
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
<i>Droit administratif</i>	<i>Les revues JurisClasseur. Droit administratif</i> (LexisNexis)
<i>Droit de l'environnement</i>	<i>Droit de l'environnement : actualités juridiques de l'environnement et du développement durable</i> (Victoires)
<i>Droit et Société</i>	<i>Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique</i> (LGDJ)
<i>Droits</i>	<i>Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques</i> (PUF)
<i>Environnement</i>	<i>Les revues JurisClasseur. Environnement et développement durable</i> (LexisNexis, 2010-) ; <i>Environnement : actualité du droit public, privé et pénal de l'environnement</i> (2002-2009)
<i>Europe</i>	<i>Les revues JurisClasseur. Europe : actualité du droit de l'Union européenne</i> (LexisNexis)

EDCE	<i>Etudes et Documents du Conseil d'Etat</i> (La documentation française)
FNR	Décision du Conseil constitutionnel rendue sur examen des fins de non-recevoir
GAJA	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>
Gaz. Pal.	<i>La Gazette du Palais. Trihebdomadaire</i> (Gazette du Palais, Lextenso)
GDCC	<i>Les grandes décisions du Conseil constitutionnel</i>
GDCCE	<i>Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes</i>
Gr. Ch.	Grande Chambre (Cour européenne des droits de l'homme)
JCP, G.	<i>La Semaine juridique. Edition générale</i> (LexisNexis)
JCP, A.	<i>La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales</i> (LexisNexis)
JDI	<i>Journal du Droit international « Chunet »</i> (LexisNexis)
JO	<i>Journal officiel de la République française</i>
JOUE	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
L	Décision du Conseil constitutionnel sur examen des textes de forme législative
<i>Le débat</i>	<i>Le débat. Histoire, politique, société</i> (Gallimard)
<i>Le Temps des savoirs</i>	<i>Le Temps des savoirs. Revue interdisciplinaire de l'Institut universitaire de France</i> (Odile Jacob)
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	<i>Les Petites affiches. La loi – Le quotidien juridique</i> (Journaux Judiciaires Associés, Lextenso)
<i>Politeia</i>	<i>Politeia. Les Cahiers de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel</i>
<i>Pouvoirs</i>	<i>Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques</i> (PUF, 1977-1993 ; Seuil, 1994-)
<i>Procédures</i>	<i>Les revues JurisClasseur. Procédures</i> (LexisNexis)
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
PULIM	Presses universitaires de Limoges
PUR	Presses universitaires de Rennes

PU Rouen	Publications des universités de Rouen et du Havre
PU Strasbourg	Presses universitaires de Strasbourg
QPC	Décision rendue par le Conseil constitutionnel sur question prioritaire de constitutionnalité
<i>RA</i>	<i>La revue administrative</i>
<i>RALT</i>	<i>Recueil de législation de Toulouse</i> (Académie de législation de Toulouse)
<i>RBDC</i>	<i>Revue belge de droit constitutionnel</i> (Bruylant, Bruxelles)
<i>RCDAI</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i> (LGDJ, Lextenso)
<i>Rec.</i>	<i>Recueil des décisions du Conseil constitutionnel</i> (Imprimerie nationale, 1960-1985 ; Dalloz, 1986-)
<i>Rec.</i>	<i>Recueil des décisions du Conseil d'Etat</i> (ou <i>Recueil Lebon</i> , Dalloz)
<i>Rec.</i>	<i>Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance</i> (depuis le 17 juin 1997, Union européenne)
<i>Recueil</i>	<i>Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme</i> (depuis le 1 ^{er} novembre 1998 ; Heymanns Verlag, Köln)
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i> (Dalloz)
<i>RFDC</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i> (PUF)
<i>RGDIP</i>	<i>Revue générale de droit international public</i> (Pédone)
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i> (Société de législation comparée)
<i>RMC</i>	<i>Revue du marché commun</i> (Editions techniques et économiques, 1958-1990) ; <i>Revue du marché commun et de l'Union européenne</i> (1991-)
<i>RRJ</i>	<i>Revue de la recherche juridique, droit prospectif</i> (Presses universitaires d'Aix-Marseille)
<i>RSC</i>	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i> (Dalloz)
<i>RTDC</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i> (Dalloz)

<i>RTDE</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i> (Dalloz)
<i>RUDH</i>	<i>Revue universelle des droits de l'homme</i> (Engel, Kehl)
Soc.	Chambre sociale (Cour de cassation)
Sect.	Section du contentieux (Conseil d'Etat)
TC	Tribunal des conflits
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TECE	Traité établissant une Constitution pour l'Europe
TUE	Traité sur l'Union européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

SOMMAIRE

Chap. introductif : La question du contexte et des données de la connaissance juridique de l'objet « juge constitutionnel »

Première partie :

Raisonnement et rapport de constitutionnalité. Des contraintes relationnelles du juge constitutionnel

Titre I – « A priori » : le juge constitutionnel dans un système politique. Développement d'une logique du raisonnable

Chap. 1 : La juridiction constitutionnelle et les choix politiques dans la « démocratie constitutionnelle »

Chap. 2 : Le juge constitutionnel et les rapports de systèmes (1^{ère} approche du point de vue des actes)

Titre II – « A posteriori » : le juge constitutionnel dans un système juridictionnel. Développement d'une logique dialogique

Chap. 1 : Le juge constitutionnel et les rapports de systèmes (2^{ème} approche du point de vue des normes)

Chap. 2 : Le système juridictionnel interne (étatique)

Deuxième partie :

Le cadre décisionnel du raisonnement du juge constitutionnel

Titre I – Caractère constitutionnel de la décision : une décision au contenu politique

Chap. 1 : Compréhension par une distinction entre la Constitution et les lois constitutionnelles

Chap. 2 : Une dogmatique de la légitimité de la juridiction constitutionnelle en tant que « gardien de la Constitution »

Titre II – Caractère juridictionnel de la décision : une décision nécessairement motivée

Chap. 1 : La décision motivée comme acte de légitimation

Chap. 2 : La décision motivée comme acte d'affirmation dans le champ juridictionnel

Index thématique

Index onomastique

Bibliographie

Chap. introductif : La question du contexte et des données de la connaissance juridique de l'objet « juge constitutionnel »

Sous la Cinquième République, par l'article 5 de la Constitution du 4 octobre 1958, « le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat ». Souhaitant donner une dimension institutionnelle à sa mandature, le président Nicolas Sarkozy s'est montré soucieux¹ de la « modernisation » et du « rééquilibrage » de nos institutions à l'occasion de leur cinquantenaire. Installant à l'été 2007 un Comité de réflexion sur ce sujet, dirigé par l'ancien Premier ministre Edouard Balladur, le Président s'est notamment fait le relais de « voix »² pour l'accès des citoyens à la justice constitutionnelle, celle procédant de la fonction particulière d'un « "Conseil" qui ne donne pas de conseils, mais rend des décisions juridictionnelles »³ !

Pourtant, le Président de la République a eu l'occasion de reconnaître qu'aux côtés de ses propres attributions en matière de « respect de la Constitution », « le Conseil constitutionnel s'est progressivement transformé en un organe de défense de la Constitution », ajoutant qu'« à partir de quelques dispositions constitutionnelles et organiques⁴ », s'est mis en place un système de contrôle des « abus du législateur » où « le Conseil a dû tout inventer, ses pratiques, sa philosophie, sa jurisprudence »⁵. Les débats autour de la révision constitutionnelle qui aboutiront au Congrès réunis à Versailles le 21 juillet 2008 ont donc mis à l'épreuve un procédé de *jurisdictio*, parfois décrié, souvent discuté, mais qui s'est avéré difficilement dépassable dans la problématique française autour de la soumission de la loi à un principe de constitutionnalité.

En effet, le « Comité Balladur », favorable dans son ensemble⁶ à la réforme de la justice constitutionnelle, a pu avoir quelques hésitations « quand il s'est agi de définir les

¹ Voir l'article 1^{er} du décret n° 2007-1108 du 18 juillet 2007 portant création d'un comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République (publ. *JO*, 19/07/2007, p. 12158) qui emploie le terme de « préoccupations ».

² Lettre de mission à M. Edouard Balladur ; cf. « Annexe » au décret du 18 juillet 2007 précité.

³ R. BADINTER, « Introduction », in Institut Louis Favoreu-GERJC, *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ?*, PUAM, 2009, p. 21.

⁴ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

⁵ N. SARKOZY, « Ouverture », in « Actes du colloque du 3 novembre 2008. 50^{ème} anniversaire du Conseil constitutionnel », CCC, Hors série, 2009, p. 5.

⁶ A part la réserve exprimée sur ce point par M. Pierre Mazeaud, ancien président du Conseil constitutionnel, ancien ministre, ancien député ; cf. « Une Ve République plus démocratique », *Rapport*, 10/2007, p. 99 (« s'il fallait absolument changer les choses... »).

voies et moyens de ce type nouveau de contrôle de conformité de la loi à la Constitution qui, par construction, interviendrait postérieurement à la promulgation de la loi ». En revanche, du point de vue de l'autorité exécutive, l'« arbitrage » en termes de fonctionnement des pouvoirs publics semble avoir été constant en faveur du « choix » de maintenir « au Conseil constitutionnel et à lui seul⁷ le contrôle de la constitutionnalité des lois, y compris promulguées⁸ ».

Désormais, « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation... ». En adoptant la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 qui a inséré cet article 61-1 dans le corps du texte dit de la « Constitution du 4 octobre 1958 », le pouvoir de révision constitutionnelle a donné une nouvelle dimension à la justice constitutionnelle en France et ouvert un champ inconnu de contentieux : celui de la constitutionnalité de la loi *a posteriori* ; en d'autres termes, la possibilité de saisine au cours d'une instance de la juridiction constitutionnelle par voie d'action, celle des juridictions suprêmes des ordres juridictionnels de droit commun (Conseil d'Etat et Cour de cassation), elles-mêmes saisies au préalable d'un moyen en inconstitutionnalité d'une loi en vigueur soulevé par un justiciable.

Par la promotion de la question prioritaire de constitutionnalité, mise en œuvre par une loi organique du 10 décembre 2009, les autorités législatives ont fait aboutir à la fois un projet politique initié pour la première fois en 1990 et une revendication doctrinale en attente depuis le 26 mai 1993 et l'abandon par le Sénat, à la demande du gouvernement en poste, de l'examen d'un projet de loi constitutionnelle initié en mars 1993 par un gouvernement précédent. L'objectif en arrière-plan de toutes ces tentatives est de mettre fin à une exception française en matière de justice constitutionnelle et d'aligner notre système juridique sur une sorte de « standard » européen en matière d'étendue du contrôle de la constitutionnalité des normes⁹, que ce soit en Autriche¹⁰ – pays qui a inventé la justice constitutionnelle –, en

⁷ C'est nous qui soulignons.

⁸ cf. « Entrée en vigueur de l'article 61-1 de la Constitution », *Discours de M. le Président de la République*, Conseil constitutionnel, 01/03/2010 (disponible sur les sites institutionnels : www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/discours_interventions/2010/1ermars2010_pdr.pdf ; www.elysee.fr/president/les-actualites/discours/2010/entree-en-vigueur-de-l-article-61-1-de-la-7952.html).

⁹ C'est bien le terme générique de « norme » qui est employé ici, et non pas celui de « loi », parce que le raisonnement est mené ici au regard d'un droit comparé de la compétence des juridictions constitutionnelles dans les Etats européens et qu'il faut bien reconnaître que de ce point de vue, « le contrôle *a posteriori* ne concerne pas seulement les lois. On peut même dire que le recours direct postérieur *contre la loi* est peu développé » (G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 2^{ème} édition, PUF, coll. « Thémis », 2006, p. 40) et notamment au profit des particuliers comme par exemple en Espagne dans le cadre du recours en « *amparo* »

Allemagne¹¹, ou bien encore en Italie¹² pour des Etats qui se sont dotés avant la France d'une juridiction constitutionnelle ; comme il est possible de relever l'existence de systèmes de justice constitutionnelle plus complet que le système français d'avant 2008 dans des Etats dont la Constitution en vigueur a été promulguée après la Constitution française de 1958 qui a créé le Conseil constitutionnel. Il s'agit en particulier des Etats qui ont rompu avec un régime autoritaire (Espagne¹³, Portugal¹⁴) ou bien avec la domination soviétique à la fin des années 1980 ou au tout début des années 1990 (Pologne¹⁵, République tchèque¹⁶, Roumanie¹⁷ ; ou enfin de nouveaux Etats nés de l'éclatement de certaines entités étatiques comme l'ex-fédération yougoslave (Slovénie¹⁸ par exemple).

En France, l'introduction d'un système de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois semble un moyen adéquat pour mettre fin à un paradoxe¹⁹ de la norme constitutionnelle : celle d'être à la fois reconnue et consacrée comme étant la norme suprême dans l'ordre juridique, tout en se voyant moins bien garantie à l'encontre des lois en vigueur que des normes externes pouvant avoir le même objet, et en particulier les engagements internationaux relatifs aux droits et libertés fondamentaux des individus. Il est clair que certains auteurs et certains acteurs du système juridique ne se sont jamais privés de rappeler que le contrôle de conventionnalité pouvait apparaître comme un palliatif²⁰ à l'incomplétude du contrôle de constitutionnalité des lois et par là, l'incomplétude du système interne de protection des droits fondamentaux constitutionnels.

dont le champ d'application exclut les actes législatifs. En France, la question de la justice constitutionnelle porte essentiellement sur le problème des possibilités de contrôle de la constitutionnalité des lois (ou actes de valeur législative) et ceci est principalement lié à des facteurs de tradition juridique.

¹⁰ Loi constitutionnelle fédérale du 1^{er} octobre 1920 : cf. art. 140 (« La Cour constitutionnelle statue sur la constitutionnalité d'une loi fédérale ou de Land... »), art. 89 §2 (« (...) Si la Cour suprême ou une juridiction d'appel doute de la constitutionnalité d'une loi qu'elle doit appliquer, elle introduira une demande d'annulation auprès de la Cour constitutionnelle »).

¹¹ Art. 93 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949.

¹² Art. 134 de la Constitution du 27 décembre 1947 (complété par l'article 1^{er} de la loi constitutionnelle n° 1 du 09/02/1948).

¹³ Art. 160 et art. 161 de la Constitution du 27 décembre 1978.

¹⁴ Art. 278, art. 280 et art. 281 de la Constitution du 2 avril 1976.

¹⁵ Art. 188 de la Constitution du 2 avril 1997 (complété par la loi du 01/08/1997 sur le Tribunal constitutionnel).

¹⁶ Art. 87 de la Constitution du 16 décembre 1992 (et loi n° 182/1993 sur la Cour constitutionnelle du 16/06/1993).

¹⁷ Art. 144 de la Constitution du 8 décembre 1991 (complété par la loi n° 47/1992 sur l'organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle).

¹⁸ Art. 160 de la Constitution du 23/12/1991 (complété par la loi du 02/04/1994 sur la Cour constitutionnelle).

¹⁹ Voir : A.-M. LE POURHIET, « "L'injustice constitutionnelle" », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, pp. 224-225.

²⁰ Voir par exemple : M. JEOL, « Les techniques de substitution », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995, p. 71 : « la Convention européenne des droits de l'homme [est] une véritable aubaine pour les parties – et pour les juges – qui veulent se débarrasser d'une loi inconstitutionnelle : ses dispositions laconiques recourent largement, dans le domaine des libertés et des droits fondamentaux, les règles sibyllines de notre "bloc de constitutionnalité" ».

La nouvelle procédure va devoir faire preuve de sa capacité de correction en la matière, tout en sachant qu'elle ne remettra pas en cause, c'est en tout cas ce qui ressort des termes de l'article 61-1 de la Constitution et de la loi organique du 10 décembre 2009, l'existence du contrôle de conventionnalité devant les juridictions de droit commun. Il y aura donc deux voies de droit concurrentes, peut-être surabondantes mais personne ne peut présumer de la stratégie des acteurs (juges, avocats et même justiciables). Par l'article 61-1, le pouvoir de révision constitutionnelle a renforcé et étendu la compétence d'une institution spécifique à caractère juridictionnel : le Conseil constitutionnel.

L'interrogation qui peut être posée s'exprime au niveau des fondements : pourquoi conforter un système conçu autour d'un juge spécifique ? N'y avait-il pas une autre solution qui aurait consisté à octroyer cette compétence par exemple aux juridictions suprêmes des ordres juridictionnels de droit commun (Conseil d'Etat et Cour de cassation), voire même à tout juge ? Ces solutions alternatives étaient-elles inenvisageables et impensables juridiquement ? La réponse à cette question est bien évidemment négative et révèle en arrière-plan le problème d'un choix, politique et/ou doctrinal, pour l'autorité qui formule une solution comme pour le pouvoir qui aura en charge d'adopter une de ces solutions qui deviendra une norme structurelle, liée à la compétence²¹ des acteurs du système juridique. Par exemple, le professeur Dominique Rousseau estime qu'un « juriste attentif au souci du droit retiendra la nécessité d'une Cour constitutionnelle. Un juriste attentif au souci des citoyens retiendra la nécessité de confier aux juges ordinaires le contrôle de constitutionnalité. Comme un constitutionnaliste est à la fois soucieux du droit et des citoyens, il proposera sans doute que la constitutionnalité d'une loi puisse être contestée et appréciée devant toute juridiction et remonte, le cas échéant, jusqu'à une Cour constitutionnelle suprême »²² ; et de noter le caractère intermédiaire de la procédure de type préjudiciel finalement retenue pour rédiger, lors de l'adoption de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, les termes de l'article 61-1 de la Constitution et de la simple potentialité à disposition des juridictions ordinaires suprêmes de s'en remettre à la juridiction²³ constitutionnelle sur la recevabilité d'un moyen d'ordre

²¹ Ou voir : G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2006.

²² D. ROUSSEAU, « Faut-il une Cour constitutionnelle pour contrôler la constitutionnalité des lois ? », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 474. Voir aussi : D. DE BECHILLON, « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires de pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 109 et s. ; sur l'ensemble de cette question : J. BONNET, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois : analyse critique d'un refus*, thèse (dact.), Montpellier I, 2007.

²³ Nous renvoyons bien évidemment à la célèbre préface de M. WALINE à la première édition (1975) de l'ouvrage de MM. FAVOREU et PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, éd. Dalloz et reproduites dans toutes les éditions suivantes du recueil et où l'éminent auteur pouvait écrire que « le Conseil

matériel en inconstitutionnalité d'une loi, plus précisément une « atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ».

Le point de départ de cette recherche se situe bien dans cette interrogation au niveau des principes juridiques, et plus particulièrement concernant la structure de l'ordre juridique, et portant en tout premier lieu son attention sur un constat *a priori* de l'identification et de l'existence d'une juridiction d'attribution, dont la compétence est directement définie dans la « Constitution » et dont la saisine peut consister en l'examen de la constitutionnalité des lois, et *in fine* le cas échéant à une déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi. Il y aurait là la source d'attributs qui permettraient de qualifier de « constitutionnelle » l'institution juridictionnelle concernée.

L'intérêt d'une telle identification serait donc de distinguer un objet spécifique et de façon plus précise, un juge spécifique. Il se dégage une qualité partagée – celle de « juge » – et une autre qui ne l'est pas. Dans le vocabulaire des juristes, il y a des juges « constitutionnel » ; « ordinaires » ou « de droit commun », « administratif » et « judiciaire » ; « communautaire », ou bien encore « international ». Mais la question reste toujours : pourquoi ce « juge constitutionnel » ? Pourquoi peut-il être intéressant et fondé juridiquement de penser et de promouvoir le postulat, qui perdure notamment en France comme en témoigne la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, selon lequel le contrôle de la constitutionnalité des lois doit relever d'une « institution permettant d'assujettir le législateur au respect de la Constitution sous la forme d'un contrôle juridictionnel centralisé »²⁴. L'interrogation révèle une complexité redoutable car elle porte sur des « présupposés théoriques, d'ordre culturel, politique, intellectuel, etc., qui en forment le contexte et le soubassement, et qui influent – surtout lorsqu'ils relèvent de l'ordre de l'inconscient – sur la façon du juriste, quel qu'il soit, d'appréhender son objet, de penser le droit »²⁵.

Le discours sur le juge constitutionnel et la justice constitutionnelle porte en effet non pas sur un discours interne au système juridique mais sur un discours externe, celui des juristes et de la prétention à connaître *de façon scientifique* – seule légitimation possible de ce type de discours – l'objet juridique.

constitutionnel, rendant des décisions auxquelles la Constitution attribue l'autorité de la chose jugée, et statuant d'ailleurs en droit, [est] une juridiction » (p. XIV, 14^{ème} éd.).

²⁴ O. CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », in *Le Conseil constitutionnel à quarante ans : colloque, 27-28 octobre 1998, Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999, p. 106.

²⁵ L. HEUSCHLING, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction théorique », in C. GREWE, O. JOUANJAN, E. MAULIN, P. WACHSMANN (dir.), *La notion de "justice constitutionnelle"*, Dalloz, 2005, p. 85.

I. L'objet « juge constitutionnel » dans un discours scientifique spécifiquement juridique

La notion de justice constitutionnelle n'apparaît pas dans les énoncés et les discours émanant de la sphère qu'il est possible de dénommer comme étant le « droit positif », du moins en France. En effet, l'intitulé du titre VII du texte dit de la « Constitution du 4 octobre 1958 » ne renvoie qu'à un organe, le « Conseil constitutionnel », habilité par les articles 58 à 61, mais aussi 37 (alinéa 2), 41 et même article 16 dudit texte constitutionnel à exercer un certain nombre de compétences, et dont les « décisions (...) ne sont susceptibles d'aucun recours » et « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles »²⁶.

Le concept de justice constitutionnelle est aussi absent de la jurisprudence ; du Conseil constitutionnel, d'abord. Par exemple, dans le cadre de l'article 59 de la Constitution, « le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs ». Analysant sa propre compétence, il a ainsi pu rappeler que, s'il est saisi en vertu de l'article 59 précité, il « se prononce en qualité de juge de l'élection »²⁷, ce qui comporte certaines implications quant aux contours de son office en la matière. En particulier, « il ne lui appartient donc pas (...) d'apprécier la constitutionnalité d'une loi », ce qu'il peut éventuellement faire mais « dans les cas et suivant les modalités définis par [l'] article 61 » de la Constitution. Qu'est-ce que cela peut signifier dans la décision du Conseil constitutionnel – « juge de l'élection » ? Simplement, qu'en cette qualité, « il [lui] appartient (...) de faire application de la loi » électorale. Il apparaît tout de même qu'il peut faire une chose au préalable dans son cheminement juridictionnel : vérifier qu'une disposition législative, applicable à l'élection contestée, n'est pas « incompatible » avec par exemple, « avec les stipulations de l'article 3 du Protocole n° 1 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »²⁸ ; auquel cas, il est possible de déduire qu'il pourrait écarter l'application de la loi concernée.

²⁶ En vertu du désormais troisième alinéa de l'article 62 de la Constitution (article 30 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23/07/2008).

²⁷ CC, n° 88-1082/1117, 21/10/1988, *AN, Val-d'Oise (5ème circ.)*, *JO* 25/10/1988, p. 13474.

²⁸ Ce texte dispose ainsi que les Etats parties à la Convention « s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ». Le Protocole a été signé le 20/03/1952 (ratifié seulement avec la Convention européenne des Droits de l'Homme, par décret n° 74-360 du 03/05/1974 portant publication de ces textes).

Le système d'interprétation authentique du champ de compétences semble alors clair. Si le Conseil constitutionnel – « juge de l'élection » ne peut pas contrôler la constitutionnalité d'une loi, mais peut en revanche vérifier la compatibilité d'une loi avec un texte international applicable dans l'ordre juridique interne ; cela signifierait *a contrario* que, lorsque le Conseil est amené à examiner la constitutionnalité d'une loi, il ne pourrait vérifier la compatibilité de celle-ci avec un engagement international parce que sinon, son office serait le même que lorsqu'il statue en tant que « juge de l'élection ».

Sur ce point, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est depuis longtemps établie et constante : « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international »²⁹. Il y a donc deux champs de compétences qui sont distingués par le Conseil. Il y a d'une part le domaine du contrôle de « la conformité à la Constitution des lois » et d'autre part, l'examen de la « conformité d'une loi » par rapport aux dispositions d'un engagement international « régulièrement ratifié ou approuvé », contrôle découlant indirectement des dispositions de l'article 55 de la Constitution qui confère à ces accords et autres traités internationaux « une autorité supérieure à celle des lois ».

Le Conseil constitutionnel n'y voit pas les sources de la séparation entre le domaine d'une justice « constitutionnelle » et un autre. L'expression « justice constitutionnelle » ne figure pas dans les décisions du Conseil constitutionnel, pas plus qu'il n'est amené à se qualifier lui-même directement de « juge constitutionnel », à une exception près³⁰. Il en est de même dans la jurisprudence des juridictions suprêmes³¹ des ordres juridictionnels de droit commun, et dans les décisions du Tribunal des conflits³². Les notions de « justice constitutionnelle », ou celle de « juge constitutionnel » ne sont pas des concepts de droit positif. Pourtant, ces notions sont couramment employées dans un autre niveau de discours, celui de la connaissance d'un objet spécifique, le droit, et plus particulièrement pour ce qui

²⁹ CC, n° 74-54 DC, 15/01/1975, *Rec.* 19.

³⁰ CC, n° 92-312 DC, 02/09/1992, *Rec.* 76, dite « Maastricht II ». En l'espèce, un groupe de sénateurs saisissent le Conseil constitutionnel, pour la première fois pour des parlementaires, sur le fondement de l'article 54 de la Constitution modifié par une révision constitutionnelle du 25/06/1992. Cette révision intervient suite à une première déclaration d'incompatibilité avec la Constitution des dispositions du Traité de Maastricht signé le 07/02/1992 dans le cadre de la construction communautaire (CC, n° 92-308 DC, 09/04/1992). Le texte étant en cours de ratification (convocation d'un référendum), les sénateurs requérants souhaitent un nouvel examen de l'engagement international en cause par rapport à la Constitution modifiée. Le Conseil constitutionnel estime la saisine recevable, non sans avoir précisé que « les arguments tirés par [les sénateurs] de l'état d'avancement du processus de ratification du traité dans d'autres pays ainsi que des conditions de son entrée en vigueur sont sans influence sur l'existence même de l'engagement international qu'ils défèrent au *juge constitutionnel* ».

³¹ Voir tout de même : CE Ass., 11/03/1994, *SA « La Cinq »*, *Rec.* 117.

³² TC, 05/06/2000, *Préfet de l'Hérault*, n° 3187, *Rec.* 761 (l'expression « juge constitutionnel » apparaît dans les visas (détaillant quelques éléments d'un « mémoire » présenté par le ministre de l'Intérieur).

nous intéresse, la connaissance globale d'un agencement de normes spécifiques dans l'organisation sociale, les normes juridiques. La distinction entre la justice constitutionnelle et une justice dite « ordinaire » ou de « droit commun » structure bien souvent le discours des juristes pour ce qui relève de la connaissance de l'ordre juridique constitutionnel, c'est-à-dire issu d'une norme suprême – constitutionnelle – et dont la justice elle-même « constitutionnelle » serait l'une des garanties structurelles.

L'interrogation sur les fondements de l'existence et de la spécificité de ce juge constitutionnel se situe à un niveau de discours théorique (§ 2) dont nous devons au préalable définir et construire l'objet d'études (§ 1).

§ 1 – « Juge constitutionnel » et notions voisines dans le discours des juristes

L'émergence d'un organe qui s'est affirmé comme un véritable juge de la constitutionnalité d'actes votés par le Parlement, à valeur au moins législative (« lois organiques », « règlements des assemblées parlementaires » et tout simplement « lois »), mais également des engagements internationaux, impliquant le cas échéant une révision de la « Constitution » avant leur ratification définitive ; cette émergence a eu en France des retentissements institutionnels considérables, mais également dans le champ universitaire dans le contenu des enseignements de la discipline ayant pour objet le droit constitutionnel.

Le professeur Dominique Rousseau rappelle ainsi que « jusque dans les années 80, [le champ "constitutionnel"] est dominé par ceux qu'il est convenu d'appeler les "institutionnalistes", c'est-à-dire ceux qui enseignent, étudient et font étudier la Constitution à partir des rapports de pouvoir entre les institutions – Présidence de la République, gouvernement, parlement – des systèmes électoraux et des configurations partisans. A la fin des années 70³³ et surtout à partir des années 80, cette position des "institutionnalistes" est concurrencée par ceux qu'il est convenu d'appeler les "nouveaux constitutionnalistes", c'est-à-dire ceux qui enseignent, étudient et font étudier la jurisprudence constitutionnelle³⁴, la constitutionnalisation du droit³⁵ et les droits fondamentaux³⁶ »³⁷.

³³ Voir : L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Recueil d'études en l'hommage de Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 33 et s.

³⁴ La première édition de l'ouvrage de MM. Favoreu et Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, paraît en 1975.

³⁵ Voir, par exemple : *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat. Actes du « Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat »*, LGDJ – Montchrestien, 1988.

³⁶ L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica – PUAM, 1982.

Sur le plan académique, l'affirmation de ce mouvement scientifique et intellectuel apparaît comme l'accompagnement d'une « résurrection », parce que « depuis les années 1971-1974, tous les observateurs s'accordent pour constater que la Constitution devient de plus en plus jurisprudentielle ; un acte toujours écrit sans doute, mais écrit par le juge constitutionnel »³⁷. L'image de la « révolution copernicienne » pour caractériser l'évolution de la doctrine publiciste et constitutionnaliste a le défaut de l'exagération mais peut-être le mérite de la pédagogie : elle insiste sur un changement de centres d'intérêt du champ de savoir « droit constitutionnel », du choix de « [mettre] l'accent sur l'organisation concrète et réelle des sociétés, par opposition aux règles juridiques qu'on prétend leur appliquer sans y parvenir totalement »³⁹ à celui de se « tourner vers l'interprétation donnée par le juge constitutionnel »⁴⁰. L'objectif soutenu est aussi une forme d'aveu, si nous envisageons dans un premier temps le point de vue du positionnement dans la recomposition du champ académique constitutionnaliste et la chose paraît assez claire selon le professeur Xavier Magnon : « l'arrière-plan de ce choix provient de la volonté de banalisation du droit

³⁷ D. ROUSSEAU (dir.), *Le droit dérobé*, Montchrestien, 2007, p. 2.

³⁸ D. ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, n°1, 1990, p. 5.

³⁹ M. DUVERGER, *Droit constitutionnel et institution politiques*, PUF, coll. « Thémis », 1955 (1^{ère} éd.), p. 9. C'est souvent la quatrième édition de cet ouvrage, parue en 1959, qui est citée, parce que la pensée de l'auteur s'était quelque peu affinée dans ses postulats « sociologiques », à l'opposé de ce qu'il considérait comme une approche « métaphysique », soit celle d'auteurs rangés dans la catégorie des « classiques » et des « obsédés textuels » (cf. D. TURPIN, *Droit constitutionnel*, PUF, 2^{ème} éd., coll. « Quadrige », 2007, pp. 1-2). Mais l'introduction de la première édition de l'ouvrage de M. DUVERGER est d'autant plus intéressante que la rédaction du manuel est dans la réaction directe au nouvel intitulé donné à l'enseignement de droit constitutionnel (« Droit constitutionnel et institutions politiques ») fixé par le décret n° 54-343 du 27/03/1954 « modifiant le régime des études et des examens en vue de la licence en droit ». L'auteur s'interroge sur « la signification exacte du terme "institutions politiques" ajouté par les nouveaux programmes au vieux vocable "droit constitutionnel". Il signifie qu'on ne doit plus se tenir désormais à une analyse juridique des institutions politiques, mais qu'on doit insérer celle-ci dans une analyse plus complète et plus large, de nature sociologique : une analyse de science politique » (M. DUVERGER, op. cit., p. 10). Voir aussi (cité d'ailleurs par M. DUVERGER) pour ce type de préoccupations avant la réforme des programmes de 1954 : M. PRELOT, *Précis de droit constitutionnel* [le manuel intitulé *Institutions politiques et droit constitutionnel* ne paraîtra qu'en 1957], 1^{ère} éd., Dalloz, coll. « Petits Précis Dalloz », 1948, spéc. pp. 13-15 (« Former le droit constitutionnel de la seule étude des pouvoirs supérieurs de l'Etat, comme le veut la conception traditionnelle [c'est nous qui soulignons], présente donc de sérieux inconvénients pour la marche des études juridiques (...). Il y a là, cependant, une tradition pédagogique sur laquelle on peut à l'heure présente difficilement revenir »).

Il est difficile de ne pas faire référence ici à : G. BURDEAU, « Une survivance : la notion de Constitution », in *L'évolution du droit public. Etudes offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956, pp. 54-55 : « Il est évident d'abord que les régimes politiques ne peuvent plus être identifiés par l'analyse de la constitution en vigueur dans le pays où ils fonctionnent. Les règles constitutionnelles sont une chose, celles qu'observe la vie politique en sont une autre. (...) Aujourd'hui il semble tout à fait naturel qu'un Etat ait deux formes de gouvernement, l'une valable pour les catalogues, conforme aux canons classiques que respectent les Manuels, l'autre innomée, tributaire des contingences, soumise aux fluctuations des rapports de force ou aux méthodes changeantes des dirigeants ».

⁴⁰ X. MAGNON, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, op. cit., p. 242.

constitutionnel vis-à-vis des autres branches du droit. Le droit constitutionnel est du droit : preuve en est, il a son juge »⁴¹.

Sur le plan de l'analyse des discours cette fois, il semble intéressant de mesurer le fait que « le rôle du Conseil constitutionnel apparaît donc comme essentiel non plus seulement, comme on l'établit traditionnellement, à l'Etat de droit, ce qui satisfait le citoyen, mais aussi et surtout à la science du droit »⁴². En effet, certains auteurs n'hésitent pas à exprimer leur soulagement que « le droit constitutionnel [soit] – heureusement – redevenu d'abord du droit, c'est-à-dire l'étude de règles de conduite obligatoires juridiquement sanctionnées et que, par le biais de cette "juridicisation" due à l'émergence et à la montée en puissance d'un contentieux constitutionnel spécifique, un droit constitutionnel nouveau est arrivé, auquel le texte constitutionnel, revisité par le juge, tient lieu de Table de la Loi et dont le juge constitutionnel est (...) l'interprète autorisé »⁴³.

A) La notion de contentieux constitutionnel

En préfaçant le manuel de *Droit du contentieux constitutionnel* du professeur Dominique Rousseau, le doyen Vedel rappelait que si « c'est le "droit du contentieux constitutionnel" qui va être étudié, tout comme René Chapus étudie le "droit du contentieux administratif" », c'est que « l'accent est ainsi mis (...) sur les "structures" et les "procédures" juridictionnelles »⁴⁴ ; et plus précisément, ledit « manuel a (...) pour objet de proposer une connaissance du Conseil constitutionnel »⁴⁵.

Dans cette perspective, l'orientation du discours sur le contentieux constitutionnel⁴⁶ se porte vers un objet relativement étroit : l'activité d'un organe spécifique qui, de fait, se révèle *a priori* facilement identifiable et identifié. Dès lors, « il s'agira exclusivement de l'étude des décisions de la juridiction contentieuse constitutionnelle »⁴⁷ et/ou, plus précisément encore, « d'étudier et de présenter les règles contentieuses utilisées devant le Conseil constitutionnel

⁴¹ X. MAGNON, op. cit., p. 242.

⁴² O. CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », op. cit., p. 107.

⁴³ D. TURPIN, *Droit constitutionnel*, op. cit., pp. 5-6.

⁴⁴ G. VEDEL, « Préface », in D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9^{ème} éd., Montchrestien – Lextenso, 2010, p. 7.

⁴⁵ D. ROUSSEAU, *ibid.*, p. 19.

⁴⁶ Pour une « définition du contentieux de constitutionnalité », voir : J. PINI, *Recherches sur le contentieux de constitutionnalité*, thèse (dact.), Aix-Marseille 3, 1997, pp. 97-110. Les développements suivants doivent nous permettre de stipuler l'emploi de façon indistincte des deux notions.

⁴⁷ D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, 2^{ème} éd., PUF, coll. « Droit fondamental », 1994, p. 17.

français »⁴⁸ ; ce qui signifie que certaines activités de l'organe juridictionnel en question ne relèvent pas d'une procédure dont l'objet est de régler quelque chose qui relèverait d'un « contentieux ».

Comme l'estimait le maître parisien Marcel Waline, la « juridiction » constitutionnelle « n'est pas contentieuse lorsque le Conseil [constitutionnel] n'est pas en présence de deux prétentions opposées »⁴⁹.

Les hypothèses visées ici par le professeur Waline renvoient en premier lieu au premier alinéa de l'article 61 de la Constitution selon lequel il était prévu que « les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution ». Le pouvoir de révision constitutionnelle est venu rajouter en juillet 2008 une troisième hypothèse de contrôle obligatoire touchant « les propositions de loi mentionnées à l'article 11 [de la Constitution] avant qu'elles ne soient soumises au référendum »⁵⁰. En second lieu, un « autre exemple typique de juridiction non contentieuse » selon les termes de M. Waline se situerait dans la faculté donnée au Conseil constitutionnel par l'article 37, alinéa 2 de la Constitution, de déclarer que des « textes de forme législative » ont un « caractère réglementaire » et « pourront être [ainsi] modifiés par décret ». Le Conseil est saisi dans ce cas-là par le Premier ministre⁵¹ qui exerce une compétence administrative qui lui est propre et c'est au seul Conseil constitutionnel de résoudre le problème de compétence qui lui est soumis, sans une quelconque ébauche de débat contradictoire concernant la seule démonstration qui peut arriver au Conseil, celle du Premier ministre accompagnant éventuellement la lettre de saisine.

Enfin, le Conseil constitutionnel peut être amené à rendre un certain nombre d'avis qui constituent bien évidemment un autre type de situations non contentieuses, presque par nature. Le Conseil est ainsi consulté lors de la mise en œuvre par le Président de la République des pouvoirs dont il dispose dans les circonstances prévues par l'article 16⁵² de la

⁴⁸ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 15.

⁴⁹ M. WALINE, « Préface », in L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. XIV.

⁵⁰ Article 28 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23/07/2008 (réf. *JO*, n° 171, 24/07/2008, p. 11890 et s.).

⁵¹ Article 24 de l'ord. n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

⁵² Le Conseil est ainsi consulté lors du déclenchement desdits pouvoirs comme le sont le Premier ministre et les présidents des assemblées parlementaires. Il est ensuite consulté pour chaque mesure prise par le Président de la République dans ce cadre spécifique. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 (article 6) a ajouté un nouvel alinéa à l'article 16 qui prévoit un nouveau cas de consultation du Conseil – il rend d'ailleurs dans ce cas un « avis public » – lors de la mise en œuvre des pouvoirs spéciaux conférés au Président de la République dans des circonstances exceptionnelles. Ainsi, « après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés

Constitution. Il rend aussi des avis concernant un champ vaste relatif à l'organisation et au déroulé du scrutin lors de l'élection du Président de la République⁵³.

Il se dégagerait une idée très étroite de la notion de contentieux constitutionnel si le discours s'en tient à ce sens couramment admis du terme « contentieux ». Dans un lexique célèbre, il est fait une distinction entre un substantif et un adjectif. Le « contentieux » pourrait ainsi désigner l'« ensemble des litiges susceptibles d'être soumis aux tribunaux, soit globalement, soit dans un secteur déterminé »⁵⁴, sachant qu'en droit commun le concept de « litige » implique la discussion devant un juge de « prétentions respectives »⁵⁵ de « parties », de « points sur lesquels elles sont en désaccord »⁵⁶ et à l'appui desquels elles fournissent un certain nombre de « moyens » qui permettront au juge de trancher et de dégager une solution à ce litige.

Il découle de ce terme l'idée que la question « contentieuse » est celle qui peut faire « l'objet d'une discussion devant les tribunaux » et dès lors, la « juridiction contentieuse » que vise le professeur Marcel Waline⁵⁷ et qu'est amené à exercer le Conseil constitutionnel semble pouvoir se rattacher à la définition selon laquelle il s'agit d'une « partie de la fonction de juger consistant à *trancher une contestation*⁵⁸ par application du Droit (en disant le Droit) »⁵⁹.

En revenant à la définition du contentieux constitutionnel, il semble émerger d'abord un sens à l'expression que le professeur Turpin qualifie de « sens le plus étroit » et visant « l'étude des décisions (...) du Conseil constitutionnel rendues à l'occasion de litiges entre parties opposées (contentieux électoral⁶⁰) ou, du moins, à l'issue d'une contestation et d'une

ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. (...) Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée ».

⁵³ Sur cette élection, l'article 30 de l'ord. n° 58-1067 du 7 novembre 1958 renvoie à « la loi organique relative à cette élection ». Les dispositions organiques visées sont contenues dans la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962, et notamment au III de l'article 3 selon lequel « le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations et examine les réclamations dans les mêmes conditions que celles fixées pour les opérations de référendum par les articles 46, 48, 49, 50 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ». ; la compétence consultative étant particulièrement issue de l'article 46 de ladite ordonnance.

⁵⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 8^{ème} éd., 2007, p. 226.

⁵⁵ Voir : article 4 du Code de procédure civile.

⁵⁶ Selon les termes de l'article 57 du Code de procédure civile.

⁵⁷ M. WALINE, « Préface », in L. FAVOREU, L. PHILIP, op. cit., p. XVII.

⁵⁸ C'est nous qui soulignons.

⁵⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 227.

⁶⁰ Attention ! N'est couvert par cette définition très étroite que le contentieux de « la régularité de l'élection des députés et des sénateurs » issu des dispositions de l'article 59 de la Constitution. Selon cet article, le Conseil statue bien « en cas de *contestation* » (art. 33 de l'ord. n° 58-1067 et art. LO 136-1 du Code électoral), tandis

procédure contradictoire (contrôle de conformité des lois sur saisine d'une des autorités habilitées à le faire) »⁶¹. Cette définition semblerait pouvoir admettre également dans son champ le cas de « l'examen des fins de non-recevoir » prévu par l'article 41, alinéa 2 de la Constitution, complété par les articles 27 à 29 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958. Il s'agit d'une hypothèse supposant « un cas de désaccord » entre le Gouvernement et le président de l'une des assemblées parlementaires qui amène le Conseil constitutionnel à statuer « à la demande de l'un ou de l'autre ». Le désaccord est soulevé lors de la « procédure législative » à propos d'une « proposition ou un amendement [qui ne serait] pas du domaine de la loi ou [serait] contraire à une délégation » accordée au Gouvernement par le Parlement en vue de légiférer par le biais d'ordonnances (article 38 de la Constitution). Seul le Gouvernement pouvait « opposer l'irrecevabilité » au cours de la discussion parlementaire. La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 a conféré cette potentialité au président de l'assemblée devant laquelle la proposition ou l'amendement est en cours de discussion. Il convient de relever le faible nombre de décisions prises par le Conseil dans ce cadre⁶², mais ce qu'il faut souligner ici se situe dans le fait qu'« on est bien en présence d'une procédure contentieuse, destinée à régler un conflit entre deux prétentions opposées »⁶³.

Ce sens très étroit de la notion de « contentieux constitutionnel » n'est pour ainsi dire pas satisfaisant. Par exemple, le contentieux électoral n'est pas du contentieux constitutionnel

qu'il « examine les réclamations » relatives à la « régularité de l'élection du Président de la République » dans les termes de l'article 58 de la Constitution, et il fait de même (c'est-à-dire qu'il « examine et tranche définitivement toutes les réclamations ») pour « les opérations de référendum [notamment] prévues aux articles 11 et 89 » de la Constitution (article 60 de la Constitution et article 50 de l'ordonnance du 07/11/1958). Pour deux exemples de comparaison : CC, 10/05/2007, « portant proclamation des résultats de l'élection du Président de la République », publ. *JO*, 11/05/2007, p. 8452, dans laquelle le Conseil en une seule décision (ce qui est compréhensible au regard de la sécurité juridique nécessaire au bon fonctionnement de l'Etat après l'élection d'un nouveau président de la République alors que s'achève le mandat précédent), « examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin » (article 58 de la Constitution), réclamations ayant fait simplement l'objet d'un rapport « des délégués du Conseil constitutionnel », désignés par le Conseil lui-même en amont du scrutin et chargés de la surveillance sur le terrain des opérations électorales (voir article de l'article 48 de l'ord. n° 58-1067 du 07/11/1958) ; et CC, n° 2007-4359, 27/03/2008, *A.N., Rhône (11ème circ.)*, *JO*, 03/04/2008, p. 5647 : « Vu, enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel le 24 janvier 2008, la décision en date du 7 janvier 2008 par laquelle la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques saisit le Conseil constitutionnel de la situation de M. Georges FENECH, candidat élu à l'élection législative qui a eu lieu les 10 et 17 juin 2007 dans la 11ème circonscription du Rhône ; Vu la demande d'audition présentée pour M. FENECH (...) ; Vu le mémoire en défense présenté pour M. FENECH (...) ; (...) *Le député et ses conseils ayant été entendus* [c'est nous qui soulignons] ; Le rapporteur ayant été entendu... ».

⁶¹ D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 17.

⁶² Depuis 1958, il n'y a eu que 11 décisions « FNR » rendues par le Conseil constitutionnel, et aucune depuis 1979. Il est même courant d'affirmer que la saisine de la juridiction constitutionnelle qui peut achever le déroulement de cette procédure est tombée en désuétude (et pas la procédure en tant que telle), surtout depuis que le Conseil « accepte d'examiner, dans le cadre de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution, la bonne utilisation de l'article 41 au cours de la procédure législative » (L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, n° 3, op. cit., p. 46) ; cf. CC, n° 93-329 DC, 13/01/1994, *Rec.* 9.

⁶³ G. DRAGO, , *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 317.

et rappelons-nous la jurisprudence déjà évoquée du Conseil constitutionnel sur sa « qualité de juge de l'élection ». Revenons sur notre première idée : le contentieux constitutionnel comme l'activité d'un organe spécifique qui doit évoluer après le rejet d'un premier sens très étroit vers une autre idée : celle de l'activité spécifique d'un organe juridictionnel spécifique, « une juridiction créée pour connaître spécialement et exclusivement du contentieux constitutionnel, située hors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendante de celui-ci comme des pouvoirs publics »⁶⁴. Il apparaîtrait alors intéressant d'adopter une « conception matérielle et non pas organique du contentieux constitutionnel (...), [soit] tout ce qui a trait à l'interprétation et à l'application du "bloc de constitutionnalité" »⁶⁵, notamment dans les compétences de l'organe spécifique dont l'existence dans l'ordre juridique constitutionnel est le centre de nos interrogations. L'objet du discours est donc bien une sphère d'activité qui a besoin d'une notion fonctionnelle. Dans le discours des juristes apparaît à cet effet la notion de « justice constitutionnelle ».

B) La notion de justice constitutionnelle

L'émergence de la notion (ou du « syntagme »⁶⁶ pour reprendre le professeur Luc Heuschling, comme pour insister sur la dimension linguistique de l'emploi de cette expression, pour rappeler qu'il ne s'agit pas d'un concept de droit) dans le discours des juristes s'est réalisée dans une opération intellectuelle de distinction. La « justice constitutionnelle » est distincte d'une justice « ordinaire » ou de « droit commun », quoique ce dernier terme paraît peut-être moins discriminant mais finalement difficile à employer au regard du droit positif, si la notion de justice constitutionnelle veut être opérationnelle dans un discours juridique.

En effet, sur quoi voudrait-on insister ? Il s'agirait de mettre en exergue que la juridiction spécifique, qualifiée de « constitutionnelle », « ne bénéficie d'aucune clause générale de compétence » et que « c'est donc une juridiction d'attribution, qui ne peut être saisie que sur la base d'un texte constitutionnel ou d'une loi organique »⁶⁷ ; certains auteurs

⁶⁴ L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, 3^{ème} éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », 1996, p. 3.

⁶⁵ D. TURPIN, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 7.

⁶⁶ Voir : L. HEUSCHLING, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction théorique », op. cit., p. 92.

⁶⁷ M. WALINE, « Préface », in *GDCC*, op. cit., p. XVI.

n'hésitant pas à employer le vocable de « juridiction d'exception »⁶⁸ même s'il ne faut pas se tromper sur le sens de cette expression, notamment dans la connotation négative qu'elle peut revêtir dans la matière pénale ou militaire.

Dans cette perspective, la « justice administrative » devrait aussi être considérée comme une justice qui ne bénéficie pas d'une compétence de droit commun et qui pourrait aussi être désignée par l'idée de justice d'exception. La sphère d'application d'un droit spécifique aux activités administratives s'est fondée en grande partie sur une exorbitance par rapport à un droit dit « commun ». Rappelons-nous des termes du Tribunal des conflits dans son fameux arrêt *Blanco* du 8 février 1873 : « la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; (...) dès lors (...), l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître »⁶⁹. Il en va de même dans le développement des critères de reconnaissance des contrats administratifs, qu'il s'agisse de clauses exorbitantes⁷⁰ ou de l'application d'un « régime exorbitant du droit commun »⁷¹.

En employant une notion de « justice de droit commun » distincte de la justice constitutionnelle, il apparaît assez vite un risque de rajouter un problème de définition portant sur le sens du terme « droit commun ». Nous nous accorderons sur l'idée que « dans le droit français contemporain, l'expression "droit commun" reste en usage pour opposer les principes aux exceptions, les règles d'application générale à celles qui n'édicte que des dispositions spéciales, ou, en procédure, *les juridictions qui ont vocation à juger toutes sortes d'affaires à celles qui n'exercent que des compétences d'attribution* »⁷². Nous avons évoqué le problème de la justice administrative et du champ d'application du droit administratif, par exception à l'application d'un droit commun aux relations entre particuliers qui s'appliquerait dans la sphère de l'ordre juridictionnel judiciaire. Mais cet ordre n'est pas non plus un bloc, et les Conseils de prud'hommes⁷³, comme les Tribunaux de commerce⁷⁴ apparaissent également de

⁶⁸ J.-M. DENQUIN, « Justice constitutionnelle et justice politique », in C. GREWE et al., *La notion de "justice constitutionnelle"*, op. cit., p. 80.

⁶⁹ TC, 08/02/1873, *Sieur Blanco*, Rec. suppl. 61.

⁷⁰ Dans la lignée de : CE, 31/07/1912, *Société des Granits porphyroïdes des Vosges*, Rec. 909 (et les fameuses conclusions du commissaire du gouvernement Léon Blum).

⁷¹ Voir : CE Sect., 19/01/1973, *Société d'exploitation de la rivière du Sant*, Rec. 48.

⁷² J.-L. THIREAU, « Droit commun », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 445.

⁷³ Voir articles L. 1411-1 à L. 1411-4 du Code du travail.

⁷⁴ Voir articles L. 721-1 et L. 721-3 du Code de commerce.

ce point de vue comme des juridictions d'attribution voire d'exception, notamment dans leur composition⁷⁵.

Pour en revenir à l'ordre administratif, il apparaît dans les règles d'organisation de la justice administrative que les tribunaux administratifs sont, « en premier ressort, juges de droit commun du contentieux administratif, sous réserve des compétences que l'objet du litige ou l'intérêt d'une bonne administration de la justice conduisent à attribuer au Conseil d'Etat »⁷⁶. Ce dernier peut donc bien être considéré comme une juridiction d'attribution, parce que la justice administrative de « droit commun » se rend d'abord dans les tribunaux administratifs « en premier ressort » et des cours administratifs d'appel⁷⁷, sauf dispositions législatives contraires⁷⁸.

Qu'advierait-il pour un discours prétendument juridique dans l'emploi cette fois d'une notion de justice ordinaire distincte de la justice constitutionnelle ? Comme pour le concept de « droit commun », ou la notion de « juge » ou de « justice de droit commun », le terme « ordinaire » transporte avec lui un problème majeur de définition.

Sur un plan littéral, l'adjectif « ordinaire » revêt d'abord un sens fonctionnel attaché au rôle dans un milieu donné d'une personne ou d'un organe « qui remplit habituellement une fonction » ; mais un autre sens dérivé du terme vise la qualité de quelque chose ou de quelqu'un par rapport à un autre standard et se dirait alors de ce « qui n'a aucun caractère spécial »⁷⁹.

Au niveau du discours *de droit*, en s'intéressant au « syntagme » – « juge ordinaire », une tentative de définition pourrait se diviser en deux branches, l'une organique et l'autre fonctionnelle. Mais l'une de ces deux branches posent problème dans le savoir scientifique

⁷⁵ Pour les conseils de prud'hommes, cf. art. L. 1421-1 du Code de travail (« Le conseil de prud'hommes est une juridiction élective et paritaire. Il est composé, ainsi que ses différentes formations, d'un nombre égal de salariés et d'employeurs »). Les Tribunaux de commerce sont également des juridictions électives mais sont aussi qualifiés de juridictions consulaires, car les juges qui seront amenés à siéger au sein de ces tribunaux sont notamment élus, en application de l'article L. 723-1 du Code de commerce, par des délégués consulaires élus eux-mêmes « dans la circonscription de chaque chambre de commerce et d'industrie » (article L. 713-6 du même code).

⁷⁶ Article L. 311-1 du Code de justice administrative.

⁷⁷ Voir : article L. 321-1 du Code de justice administrative.

⁷⁸ Pour ce qui est de la compétence d'appel par exemple, l'article L. 321-2 du CJA dispose que « dans tous les cas où la loi n'en dispose pas autrement, le Conseil d'Etat connaît des appels formés contre les décisions rendues en premier ressort par les autres juridictions administratives », celles qui ne relèvent pas de la catégorie de droit commun des « tribunaux administratifs ». Il s'avère donc que pour ces « autres juridictions administratives », comme les juridictions arbitrales devant régler certains différends soulevés en matière par exemple d'archéologie préventive, le Conseil d'Etat n'est pas une juridiction d'attribution mais un juge d'appel de droit commun (voir par exemple : CE, 28/12/2005, *Union syndicale des magistrats administratifs*, Rec. 591).

⁷⁹ Pour toutes ces définitions littérales : *Le nouveau Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, éd. « Dictionnaires Le Robert ».

spécifiquement juridique. Le professeur Luc Heuschling rappelle ainsi qu'« autant la notion de "juge ordinaire" évoque dans l'esprit du juriste français une image, une réalité institutionnelle (celle des diverses juridictions judiciaires et administratives), autant la notion fonctionnelle ou matérielle de "justice ordinaire" suscite assez peu d'échos » et « plus curieux : le concept n'est guère plus approfondi par ceux-là mêmes qui ont érigé le binôme "justice constitutionnelle – justice ordinaire" en *summa divisio* »⁸⁰ du savoir juridique, et notamment dans une tentative de re-construction ou de re-« constitution »⁸¹ de la science du droit constitutionnel que nous avons évoqué précédemment.

Certains auteurs s'intéressent en effet à « cerner la notion [de justice constitutionnelle] au plan théorique, en tentant d'apprécier ce qui la distingue de la juridiction ordinaire »⁸², mais sans véritablement définir un éventuel contenu (signifié) à l'idée de « justice ordinaire ». Cette expression renvoie à un élément au sens générique défini de façon négative : la justice ordinaire pourrait être cette sphère de justice qui tout simplement « n'exerce pas la justice constitutionnelle »⁸³. Cette définition pourrait-elle suffire ?

La réponse aurait tendance *a priori* à être positive. Il semble qu'il faille s'en tenir à une signification organique de l'idée de « justice ordinaire », quitte d'ailleurs à ne plus évoquer une fonction de « justice ordinaire » mais à viser le cas échéant un ou plus globalement des « juges ordinaires », organes notamment identifiés au sein des ordres juridictionnels judiciaire et administratif, sous l'autorité « suprême » de cassation des jugements pour ce qui concerne l'application du droit – ou « la non-conformité du jugement (...) aux règles de droit » comme le définit l'article 604 du Code de procédure civile – de la Cour de cassation⁸⁴ et du Conseil d'Etat⁸⁵. Il faut bien insister sur le fait que ces juges « ordinaires » ne constituent pas une catégorie définie par une matière unique et unifiée qui pourrait être qualifiée d'« ordinaire » ; il y a des juges qui statuent en matière « civile »,

⁸⁰ L. HEUSCHLING, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction théorique », op. cit., p. 90 et pp. 90-91.

⁸¹ Voir : O. CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », préc., part. pp. 106-113 ; O. BEAUD, « Constitution et droit constitutionnel », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., pp. 258-260 ; aussi : F. SAINT-BONNET, « Le droit contre la loi. Regards sur les mutations du droit constitutionnel au XXe siècle », in S. GOYARD-FABRE (dir.), *L'Etat au XXe siècle : regards sur la pensée juridique et politique du monde occidental*, Vrin, 2004, pp. 111-112 et du même auteur, « La double genèse de la justice constitutionnelle », *RDP*, n° 3, 2007, p. 754.

⁸² V. BOUVIER, « La notion de juridiction constitutionnelle », *Droits*, n° 9, 1989, p. 119.

⁸³ Voir : L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, 13^{ème} éd., 2010, pp. 227-228.

⁸⁴ Voir : article L. 411-1 du Code de l'organisation judiciaire (« Il y a, pour toute la République, une Cour de cassation » ; art. L. 411-2 du même code (« La Cour de cassation statue sur les pourvois en cassation formés contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de l'ordre judiciaire »).

⁸⁵ Article L. 111-1 du Code de justice administrative : « Le Conseil d'Etat est la *juridiction administrative suprême*. Il statue *souverainement* sur les recours en cassation dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort par les diverses juridictions administratives... ».

« pénale », « administrative » et qui ne pourront, dans un souci avant tout de cohérence du discours, être qualifiés de « juge constitutionnel », quand bien même ils pourraient être amenés à s’immiscer dans la matière constitutionnelle par conséquent, dans l’exercice d’une fonction de « justice constitutionnelle » dont il faut arriver à une définition.

Il apparaît à ce stade intéressant et indispensable de « *rechercher une définition exclusivement stipulative, qui ne sera ni vraie ni fausse, mais seulement opératoire pour un problème spécifique. Une définition stipulative est une décision, que l’on prend au commencement d’une recherche, de constituer une classe d’objets présentant tous un certain caractère* »⁸⁶.

Ce « problème spécifique » qui concerne le présent travail est celui d’une fonction que les acteurs du système juridique – ceux qui sont censés appliquer le droit – et surtout, ceux dont les actes produisent des effets que le système d’organisation et de distribution des pouvoirs et des fonctions reconnaît comme « effets juridiques », et, en particulier, les organes juridictionnels distinguent d’autres fonctions relevant de leur office. Il n’y a qu’à se remémorer par exemple la décision du 21 octobre 1988⁸⁷ déjà évoquée du Conseil constitutionnel, dans laquelle en qualité de « juge de l’élection », il lui appartient « de faire application de la loi » électorale et pas « d’apprécier la constitutionnalité » de ladite loi. La jurisprudence des deux Cours suprêmes administrative et judiciaire abonde dans le même sens.

En effet, le Conseil d’Etat, en tant que juge administratif⁸⁸, applique le corpus de « l’ensemble des règles spéciales qui régissent l’activité administrative »⁸⁹ et dont le cadre normatif, soit l’idée selon laquelle cette « activité administrative » est soumise au droit, trouve sa source dans des actes multiples : Constitution, textes internationaux, lois, règlements...

⁸⁶ M. TROPER, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, n° 10, 1989, p. 102.

⁸⁷ ⁸⁷ CC, n° 88-1082/1117, 21/10/1988, *AN, Val-d’Oise (5ème circ.)*, préc.

⁸⁸ C’est-à-dire essentiellement dans ses « attributions contentieuses » (art. L. 111-1 du CJA) auquel il est possible d’adjoindre la procédure dite « d’avis sur une question de droit » qui correspond à un office de type contentieux comparable (voir : art. L. 113-1 du même code).

⁸⁹ P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, 5^{ème} édition, Montchrestien, 2008, p. 30 ; comp. F. BURDEAU, « Droit administratif », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 423 : « corps [des règles] spécifiques, destinées à [canaliser l’administration] dans des activités censées irréductibles à celles qui forment le commerce des acteurs ordinaires de la vie juridique » ; J. WALINE, *Droit administratif*, 23^{ème} éd., Dalloz, 2010, p. 11 : « Au sens large le droit administratif est l’ensemble des règles juridiques applicables à l’activité administrative (...). Mais, par commodité, au sens restreint, on réserve l’expression de droit administratif pour désigner les seules règles originales, c’est-à-dire distinctes de celles du droit privé » ; sur les difficultés, voire l’impossibilité de définir le droit administratif, cf. D. TRUCHET, *Droit administratif*, 3^{ème} édition, PUF, coll. « Thémis », 2010, pp. 46-49.

Ce qui signifie *in fine* que le juge administratif applique la Constitution dans le cadre du contentieux administratif, et ce, en conformité avec une position de principe⁹⁰ qui fait de la Constitution la norme suprême « dans l'ordre interne », devant primer le cas échéant sur toute autre norme. Les exemples de jurisprudence sont multiples⁹¹, concernant des problèmes juridiques extrêmement divers, mais il est une frontière que la Haute juridiction administrative se refuse à franchir. Ainsi, pour reprendre les termes d'un très célèbre arrêt, il est constant qu'« en l'état actuel du droit positif, [un] moyen n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux »⁹² et il est lié à l'inconstitutionnalité éventuelle d'une loi. A l'appui de cette incompétence, le juge administratif s'est notamment référé à « l'article 61 de la Constitution [qui] a confié au Conseil constitutionnel le soin d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution » et surtout que « les modalités [définies dans le cadre de cette disposition] excluent un contrôle de constitutionnalité de la loi au stade de son application »⁹³. Ceci va bien évidemment évoluer, en vertu du nouvel article 61-1 de la Constitution que nous avons déjà évoqué et qui n'entrera en vigueur que suite à l'adoption d'une loi organique. Il est clair que cette disposition constitutionnelle va changer le rapport du Conseil d'Etat avec la Constitution⁹⁴, mais cet article prévoit encore au bout de la procédure une décision du Conseil constitutionnel sur l'inconstitutionnalité éventuelle de la loi.

Dans l'ordre judiciaire, l'attitude de la Cour de cassation à l'égard de la Constitution est du même ordre que ce qui a pu être constaté pour la Haute juridiction administrative. Cette

⁹⁰ Depuis : CE Ass., 30/10/1998, *Sarran, Levacher et autres*, Rec. 369 ; *a contrario* du considérant : « si l'article 55 de la Constitution dispose que "les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois (...)", la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ».

⁹¹ Pour des comptes rendus récents : F. MELLERAY, « La Constitution, norme d'application par le juge : conditions et limites », in G. DRAGO (dir.), *L'application par les cours suprêmes. Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation*, Dalloz, 2007, pp. 17-29 ; B. GENEVOIS, « Le Conseil d'Etat et l'application de la Constitution », *ibid.*, pp. 31-54 ; B. GENEVOIS, « La Constitution et le juge administratif », in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, part. pp. 364-371.

⁹² CE Sect., 06/11/1936, *Sieur Arrighi*, Rec. 966.

⁹³ CE, 05/01/2005, *Melle Deprez et M. Baillard*, Rec. 1.

⁹⁴ Voir en ce sens : CE Sect., 11/12/2008, *Association de défense des droits des militaires* (3 arrêts) (site Internet du Conseil d'Etat : www.conseil-etat.fr) avec le même considérant de principe (solution forcément temporaire) : « l'article 46 de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 prévoit que les dispositions de l'article 61-1 de la Constitution entreront en vigueur dans les conditions fixées par la loi organique nécessaire à leur application ; que, tant qu'une telle loi organique n'est pas intervenue, les dispositions de l'article 61-1 de la Constitution ne sont donc pas applicables ; que, dans l'attente de cette loi organique, la conformité d'une loi à la Constitution ne peut, en conséquence, être utilement contestée devant le Conseil d'Etat, statuant au contentieux » ; aussi : CE, 24/09/2008, *M. Robert A.*, n° 305929, *Inédit*, proposant une rédaction du considérant beaucoup plus directe et explicite : « il résulte du I de l'article 46 de la loi du 23 juillet 2008 que les nouvelles dispositions de l'article 61-1 de la Constitution permettant d'invoquer la contrariété d'une loi à la Constitution devant une juridiction n'entreront en vigueur qu'après l'intervention de la loi organique nécessaire à leur application ».

ligne de conduite jurisprudentielle est résumée de façon claire par le procureur général près la Cour de cassation qui rappelle que « d'un côté... la Cour de cassation reconnaît et affirme la suprématie de la Constitution dans la hiérarchie des normes⁹⁵ et l'obligation qu'ont toutes les juridictions de respecter les normes constitutionnelles ; d'un autre côté, la Cour de cassation (...) ne peut pas contrôler la "constitutionnalité" des lois⁹⁶ et n'a pas la faculté d'écarter, le cas échéant, un texte législatif qui serait contraire à notre loi fondamentale »⁹⁷ ; et de souligner de nouveau l'évolution inhérente à la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité qui fera nécessairement intervenir la juridiction judiciaire suprême dans ce processus particulier de contrôle d'une loi par rapport « aux droits et libertés que la Constitution garantit » pour reprendre les termes de l'article 61-1 de la Constitution.

Il serait presque tentant, dans une démarche qui cherche à distinguer une justice « ordinaire » d'une justice « constitutionnelle », de lier la fonction à l'organe et de définir la justice constitutionnelle de façon assez étroite, et ne recouvrir avec cette notion que le contrôle de la constitutionnalité des lois. Le professeur Rousseau estime ainsi que « dans son principe, la justice constitutionnelle (...) se définit comme le pouvoir donné à des personnes nommées d'apprécier, de contrôler et, le cas échéant, de sanctionner la conformité à la constitution des actes pris par les pouvoirs publics et en particulier, des lois votées par les représentants élus du peuple souverain »⁹⁸.

Une réflexion qui se veut centrer sur le savoir juridique et sur la scientificité du discours des juristes – réflexion de type épistémologique – est amenée à réfléchir aux « racines intellectuelles de *l'équation si répandue en France : justice constitutionnelle = contrôle de la constitutionnalité des lois* »⁹⁹ et plus précisément, l'idée selon laquelle « *il n'y a pas de justice constitutionnelle, et donc pas de Cour constitutionnelle, sans cette attribution centrale qu'est le contrôle de constitutionnalité des lois* »¹⁰⁰. Ce sens donné à la notion de

⁹⁵ Cass. Ass. plén., 02/06/2000, *Melle Fraisse*, *Bull. Ass. plén.*, n° 4, p. 7.

⁹⁶ Origine : Cass. Crim., 11/05/1833, *sieur Paulin*, *Bull.* n° 182 ; Jurisprudence « républicaine » : Cass. Crim., 24/07/1946, *Bull. Crim.*, n° 170 ; Cass. Crim., 17/07/1947, *Bull. Crim.*, n° 182 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 03/02/1960, *Bull. Civ.*, n° 85 ; Cass. Crim., 21/01/1985, *Bull. Crim.*, n° 31 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 01/10/1986, *Bull. I*, n° 232, p. 222 ; Cass. Soc., 21/12/1989, *Bull. V*, n° 724, p. 436.

⁹⁷ J.-L. NADAL, « La Constitution et le juge judiciaire », in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, op. cit., p. 345 ; voir aussi : R. de GOUTTES, « L'application de la Constitution par la Cour de cassation : aspects généraux et perspectives de droit civil », in G. DRAGO (dir.), *L'application par les cours suprêmes. Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation*, op. cit., p. 56 ; M. JEOL, « La Cour de cassation et le contrôle de la constitutionnalité. Techniques de substitution », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995, p. 69 et s.

⁹⁸ D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 1998, p. 10.

⁹⁹ L. HEUSCHLING, op. cit., p. 93.

¹⁰⁰ L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, op. cit., p. 23 (voir aussi p. 17).

justice constitutionnelle, confondue à la fois avec la question de la constitutionnalité de la loi et l'organe spécialisé qui l'exerce, a été promu et réactualisé en France dans les travaux rattachés à ce qu'il est commun d'appeler « l'école d'Aix-en-Provence » sous l'ombre tutélaire toujours présente du doyen Louis Favoreu.

Un des actes fondateurs de cette école est sans conteste la réédition de la thèse du maître parisien Charles Eisenmann, en vue d'en apprécier la « modernité »¹⁰¹ car initialement publiée en 1928 et qui proposait dans sa première partie l'« esquisse d'une théorie juridique de la justice constitutionnelle »¹⁰². Eisenmann propose une vision instrumentale à la justice constitutionnelle, liée à une conception particulière et nouvelle en France du droit et de l'ordre juridique. Il explique : « à tous les étages du système juridique, le contrôle juridictionnel des actes a pour effet d'assurer la distinction et la hiérarchie de deux degrés de règles, en conférant par là même force obligatoire à celles du degré supérieur. La justice constitutionnelle ne fait que poursuivre et achever cette œuvre de hiérarchisation »¹⁰³ entre la loi et la Constitution, ce qui n'existe pas en France au moment où il réalise ses travaux.

L'inconstitutionnalité est donc un rapport de « régularité » qui permet de mesurer et d'« apprécier la validité juridique » de l'acte contrôlé, c'est-à-dire son « existence » en tant que « règle juridique ». Selon Charles Eisenmann, « une loi inconstitutionnelle n'est pas (...) une loi, mais un acte entaché de nullité. Légiférer, c'est en effet exécuter la Constitution, [donc] un acte ne peut être véritablement considéré comme un acte d'exécution que s'il a été fait en conformité de toutes les normes qui le règlent »¹⁰⁴.

Après l'exposé de ces principes théoriques, issu d'un discours portant sur les fondements d'une régularité à tous les niveaux au sein d'un système spécifique de règles juridiques, arrive une question d'ordre technique de concrétisation desdits principes au niveau constitutionnel. Eisenmann précise bien qu'il s'agit d'une « question relevant de la législation, c'est-à-dire de la politique juridique »¹⁰⁵ et il ajoute : « quelle que soit celle des deux solutions que l'on préfère du point de vue politique, chacune d'elles constitue (...) *un mode d'organisation possible d'une fonction spécifiquement juridictionnelle* »¹⁰⁶. Ce qu'il est important de retenir, c'est que dans la thèse d'Eisenmann, s'il est marqué une préférence pour l'une ou l'autre

¹⁰¹ Annexe à la réédition (*infra*, note 102) : L. FAVOREU, « La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle ».

¹⁰² C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, LGDJ, 1928 ; rééd. Economica – PUAM, 1986, pp. 1-23.

¹⁰³ C. EISENMANN, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁴ C. EISENMANN, *ibid.*, p. 100.

¹⁰⁵ C. EISENMANN, p. 105.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 107.

« solution »¹⁰⁷, c'est-à-dire envisager le contrôle de la constitutionnalité des actes même législatifs devant tous les juges ou plutôt « attribué à une juridiction unique, que l'on pourra qualifier de constitutionnelle », il y a bien la distinction entre la fonction « justice constitutionnelle » et l'organe « juridiction constitutionnelle » ; ce qui n'apparaît pas clairement, voire disparaît, dans les définitions proposées par ceux qui se réclameront de l'héritage¹⁰⁸ de l'éminent auteur et surtout de celui de son maître, le juriste autrichien Hans Kelsen tant il est vrai que la recherche d'Eisenmann « a systématisé une expérience conçue et vécue par le maître »¹⁰⁹. En effet, à ce moment-là, Kelsen siège à la Cour constitutionnelle créée en Autriche avec la Constitution du 1^{er} octobre 1920, et le « jurisconsulte » Kelsen a été partie prenante à la rédaction de cette Constitution, notamment pour ce qui concerne la Cour elle-même. La même année qu'Eisenmann publie sa thèse, celui-ci traduit un article du maître autrichien publié à la *Revue du Droit public*, toujours considéré aujourd'hui par certains auteurs comme « l'assise théorique du contentieux constitutionnel »¹¹⁰.

Dans ce monumental article, Kelsen définit la justice constitutionnelle comme « la garantie juridictionnelle de la Constitution »¹¹¹ et vise un « élément du système des mesures techniques » dont l'objectif est de remplir cette fonction spécifique et « qui ne l'est véritablement que lorsque l'annulation des actes inconstitutionnels est possible »¹¹². Dans le reste de l'article, Hans Kelsen se montre beaucoup plus prescriptif que Charles Eisenmann en faveur d'un système garantissant la constitutionnalité et reposant sur une juridiction unique, comme cela s'est réalisé en Autriche.

Ce qui paraît important tout de même, c'est encore une fois sur le plan juridique la distinction qu'il faut faire entre la fonction et l'organe.

¹⁰⁷ cf. C. EISENMANN, op. cit., p. 292 (cit. FAVOREU, « La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle », p. 377). Il est possible de dire que c'est l'objet même de la thèse de l'éminent auteur, derrière la présentation d'une expérience spécifique et unique en son temps et qu'il est allé observer en Autriche.

¹⁰⁸ Voir : X. MAGNON, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », op. cit., p. 237 : « H. Kelsen, C. Eisenmann, plus récemment O. Pfersmann, la lignée des orientations théoriques de l'école aixoise est claire : elle est positiviste et normativiste » ; aussi : L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 56 et p. 61 ou pp. 74-76 (partie rédigée par O. PFERSMANN).

¹⁰⁹ L. FAVOREU, « La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle », op. cit., p. 368.

¹¹⁰ A. VIALA, « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline », in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, op. cit., p. 521.

¹¹¹ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 198.

¹¹² H. KELSEN, op. cit., p. 233.

Il semble donc qu'il faille d'abord définir la justice constitutionnelle comme visant toutes les garanties « fonctionnelle et procédurale »¹¹³ qui permettent l'application de la Constitution par voie juridictionnelle¹¹⁴, c'est-à-dire en réfléchissant par étymologie selon la voie particulière d'un acte de « *jurisdictio* », soit un ensemble de pratiques reconnues comme se rattachant à la façon de dire le droit en jugeant¹¹⁵. C'est pour cela qu'il faut aussi distinguer la juridiction (« *jurisdictio* ») de l'idée de contentieux, et pouvoir envisager des fonctions juridictionnelles non contentieuses.

La notion de justice constitutionnelle porte aussi en elle un sens matériel, complémentaire et indissociable de son sens fonctionnel. Il s'agit de rattacher à cette fonction générale les actes de tous les organes juridictionnels qui peuvent être amenés à faire un contrôle de constitutionnalité, soit « l'opération intellectuelle qui consiste à confronter une norme à la Constitution »¹¹⁶.

C'est de là qu'émerge la problématique de l'organe désigné par le terme « juge constitutionnel ». Cette réflexion consiste en la mise en avant d'un organe qu'il semble possible de désigner car il apparaît comme le seul chargé d'une fonction spécifique, dérivée de la fonction globale « justice constitutionnelle », celle de pouvoir vérifier la constitutionnalité de la loi. En cela, l'organe visé pourrait être reconnu comme étant le juge constitutionnel, tout en constatant que comme il est le seul à pouvoir reconnaître l'inconstitutionnalité de la loi, il serait donc le seul à pouvoir être qualifié ainsi.

Ainsi, pour résumer, la définition qui pourrait se dégager des considérations précédentes serait la suivante : le juge constitutionnel est cet organe créé par la Constitution, et dont la compétence n'est pas seulement garantie mais définie dans la Constitution¹¹⁷, l'habilitant, et lui seul, à pouvoir être saisi en vue de contrôler la conformité de certains actes – les lois – à la Constitution, par un acte juridictionnel.

¹¹³ Voir : G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., pp. 30-31 : « On est (...) en présence de l'exercice de la justice constitutionnelle chaque fois qu'il existe une procédure ou une technique assurant la garantie de la constitution. La forme de l'organe qui assure cette garantie n'est pas ici mise en avant » ; aussi : p. 33 : « activité de nature juridictionnelle destinée à assurer la suprématie de la constitution ».

¹¹⁴ C. GREWE, H. RUIZ-FABRI, *Droits constitutionnels européens*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1995, pp. 67-68 ; D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, op. cit., pp. 17-18 et *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 7.

¹¹⁵ cf. T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, pp. 5-53 ; soulignant « l'œuvre de la Révolution » et en particulier la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, « loi qui mérite d'être marquée d'une pierre blanche, puisqu'elle a été la première à prononcer ce mot de motifs que nous essayons de rencontrer depuis si longtemps. Elle l'a fait de façon générale, posant ainsi pour toutes les catégories de juridictions une véritable règle de moralité juridique que nul depuis ne s'est avisé de contester » (p. 45).

¹¹⁶ C. GREWE, H. RUIZ-FABRI, op. cit., p. 68.

¹¹⁷ Il ne faut pas oublier dans le système français toute l'importance des dispositions organiques dans cette définition (Ordonnance n° 58-1067 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel et la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution).

§ 2 – Un problème théorique : l'application du droit dans le contentieux de la constitutionnalité des lois

Le « syntagme » nominal « juge constitutionnel » peut donc en premier lieu servir à désigner un organe spécifique. Mais sur un plan matériel, du point de vue de l'activité de l'organe, quelles peuvent donc être les implications de l'emploi du qualificatif « constitutionnel » accolé au terme de « juge » ? En d'autres termes : « le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres » ?

Ce problème s'impose comme un problème de type théorique à la sphère du savoir spécifiquement juridique. Pour le professeur Pierre Brunet, « le point de vue théorique porte (...) sur le concept même de justice constitutionnelle et ceux qui lui sont liés, tels celui de constitution, d'Etat de droit, ou celui de démocratie ; de même, c'est encore à ce niveau que se situent les analyses relatives au mode de raisonnement des juges constitutionnels »¹¹⁸. A la question posée précédemment, M. Brunet estime que la réponse généralement donnée est négative. Le juge constitutionnel ne serait pas un juge comme les autres d'un point de vue théorique, « sur un même argument selon lequel (...) l'interprétation de la constitution exigerait des méthodes d'interprétation spécifiques, elles-mêmes justifiées par le fait que la constitution ne serait pas un texte comme un autre »¹¹⁹.

Il ne va pas sans dire que la position de M. Brunet à l'égard de ces résultats s'avère assez critique, parce qu'à la « question la plus difficile que la théorie constitutionnelle ait à affronter [qui est] celle de la justification de l'existence même du contrôle de constitutionnalité »¹²⁰, et même avec toutes les réponses apportées par certains discours existants et fondées sur les arguments rappelés ci-dessus, l'auteur relève *in fine* qu'« on ne sait pas pourquoi le juge constitutionnel est plus autorisé qu'un autre à dire que telle loi est contraire à la Constitution »¹²¹.

Le discours sur le raisonnement du juge constitutionnel (A) s'inscrit donc bien dans une réflexion sur la fonction du ou de juge constitutionnel, et dépend finalement d'une autre interrogation d'ordre théorique : « comment rendre compte de la fonction du juge constitutionnel »¹²² ? La question ainsi posée pourrait être complétée de la façon suivante, en

¹¹⁸ P. BRUNET, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in C. GREWE et al., *La notion de "justice constitutionnelle"*, op. cit., p. 115.

¹¹⁹ P. BRUNET, *ibid.*, p. 116.

¹²⁰ P. BRUNET, *ibid.*, p. 124.

¹²¹ P. BRUNET, *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'Etat*, Bruylant – LGDJ, 2004, p. 341.

¹²² P. BRUNET, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 12.

exprimant une interrogation à laquelle se heurte le champ du savoir juridique qui cherche à affirmer autant sa spécificité que sa légitimité : comment en rendre compte de façon scientifique ou par une (ou des) méthode(-s) s'en rapprochant ?

Dans le champ de la science du droit, les rapports entre la science et son objet sont traditionnellement guidés et dominés par un postulat positiviste pour déterminer les critères de scientificité d'un discours ou d'une construction d'ordre théorique. Pour se vouloir scientifique ou pouvoir se rapprocher d'une telle qualité, la connaissance du droit, ou de ce qu'il faut reconnaître comme l'objet de la science du droit (le « droit positif »), la démarche du sujet connaissant semble devoir se tenir à une neutralité axiologique ou éthique par rapport à l'idée de droit a pour corollaire nécessaire une autre prescription épistémologique liée au caractère descriptif de l'activité scientifique, la question restant : que décrire ?

Il nous faut dès lors revenir sur les « deux variantes du positivisme : le normativisme et le réalisme » (B), puis en mesurer peut-être certaines difficultés par rapport à l'objet de notre recherche qui est de mesurer la spécificité de l'application du droit par un organe qui se dégage par une de ses fonctions et sa position particulière au sein du système juridique que nous observons et qu'a priori « nous tenons pour *valide* (ce que nous [appelons] l'ordre juridique français et qui nous [permet] de dire que telle règle est ou non en vigueur »¹²³.

A) Un discours sur le raisonnement du juge constitutionnel

Mais avant toute chose, peut-être faut-il d'abord réfléchir sur le sens, voire même sur la fonction d'un discours dont le but serait la production d'un savoir théorique. Dans le champ d'un savoir, prenons celui sur le droit, l'entreprise théorique porte sur la connaissance et selon Eric Millard, « comprend nécessairement une dimension épistémologique, qui décide de la nature [d'un] langage, et notamment s'il est scientifique, auquel cas elle doit préciser son objet, ses méthodes et ses conditions d'évaluation et une dimension conceptuelle qui fournit les outils intellectuels nécessaires à ce langage pour permettre la connaissance »¹²⁴. Il est alors possible de percevoir la visée analytique d'une telle recherche mais la « théorie » apparaît bien souvent défini de façon finaliste, mais ne faudrait-il pas s'intéresser à un contenu de l'idée de « théorie » ?

¹²³ E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 7.

¹²⁴ E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006, p. 1.

1. Le sens de l'idée d'un discours théorique portant sur un objet juridique

Dans une démarche épistémologique, l'aspect « théorique » s'avère source de nombreuses réflexions et interrogations. Dans un sens linguistique courant, un savoir « théorique » évoque un niveau de discours qui « consiste en connaissance abstraite », en « théories ». Dans son signifié, le terme de « théorie » porterait une idée d'abstraction qui ferait donc de cette théorie un assez vague « ensemble d'idées, de concepts (...) plus ou moins organisés, appliqué à un domaine particulier ». Dans l'absolu, et selon une acception minimale, la théorie s'oppose à la pratique.

Nous aurions dégagé là deux niveaux de connaissance et plus précisément, deux attitudes du sujet connaissant, que nous pouvons considérer comme celui qui centre sa faculté de penser (et donc, de raisonner, c'est-à-dire de déployer sa capacité de raison propre à sa qualité d'Homme au sens philosophique) vers la formulation de jugements sur une réalité donnée et qu'il se donne pour objet de connaissance. Le juriste et philosophe belge Philippe Coppens renvoie à « la dichotomie traditionnelle entre la raison théorique – productrice d'une connaissance absolue, vraie et objective, qu'elle résulte d'un raisonnement formel ou empirique – et la raison pratique qui nous guide, chacun pour ce qui nous concerne, sur la manière dont nous devons exister, c'est-à-dire agir dans le monde et vis-à-vis d'autrui »¹²⁵

Cette distinction entre le « théorique » et le « pratique » au niveau de la pensée et de l'action liée à la connaissance d'un objet existe dans la sphère juridique et plus que « l'expression d'une thèse épistémologique qui ne serait relative qu'au statut de la connaissance en général » dans ladite sphère, « elle est aussi (...) une construction assez arbitraire qui entend servir de critère entre la connaissance du droit compris comme système et la pratique juridique »¹²⁶.

Le savoir théorique, spécifiquement juridique, consisterait donc en cette entreprise de raison portant sur la « connaissance du droit compris comme système », dans la recherche de l'absolu, du vrai et surtout d'un niveau de « connaissance objective » pour reprendre les termes de M. Coppens. Le discours ne renvoie pas un ensemble plus ou moins organisé mais à un « système », et l'idée de théorie rejoint dans un sens secondaire (sur le plan linguistique) l'idée de science et celle d'une « construction intellectuelle méthodique et organisée », un

¹²⁵ P. COPPENS, *Normes et fonction de juger*, Bruylant – LGDJ, 1998, p. 1.

¹²⁶ P. COPPENS, *ibid.*, p. 2.

« corps de connaissances ayant un objet déterminé et reconnu, et une méthode propre » reconnue justement comme pouvant qualifier de « scientifique » ce domaine du savoir.

Dès lors, comment pouvait-il être envisageable de fonder une science du droit ? La « dichotomie traditionnelle » évoquée par Philippe Coppens entre la raison théorique et la raison pratique a été structurante dans la construction d'une épistémologie scientifique classique – c'est-à-dire sur le modèle des sciences dites « dures » ou de la nature – fondée sur la distinction entre la science du droit et le droit, entre la science et son objet.

2. Le positivisme et les conditions de la scientificité du discours théorique portant sur un objet juridique

La réflexion épistémologique se heurte d'ores-et-déjà à une difficulté importante. En effet : « Qu'est-ce que le positivisme juridique ? »¹²⁷. Une tentative célèbre de « caractérisation » a été notamment le fait de l'auteur italien Norberto Bobbio pour qui il paraissait « utile de distinguer trois aspects différents avec lesquels le positivisme juridique s'est présenté historiquement : 1) comme un mode d'approche du droit ; 2) comme une théorie (ou [« conception particulière du droit »]) ; 3) comme une idéologie »¹²⁸. Cette tentative, qui s'est imposée comme une référence, avait été entreprise par l'auteur pour répondre à une certaine insatisfaction de définir le positivisme juridique seulement dans des conceptions dichotomiques, par rapport à ce qu'il n'est pas ou ce qu'il ne doit pas être.

Pourtant, le positivisme peut aussi être reconnu selon Michel Troper comme « l'un des deux grands courants de la philosophie et de la théorie du droit, avec le jusnaturalisme. On admet couramment que tout auteur est nécessairement ou bien jusnaturaliste ou bien positiviste »¹²⁹. Ceci est bien évidemment trop simpliste (ce que ne conteste pas M. Troper d'ailleurs), mais force est de constater que l'argument de « jusnaturalisme » est assez fréquemment employé justement par les positivistes pour disqualifier sur le plan scientifique d'autres discours. En réalité, la stricte séparation entre *juspositivisme* et *jusnaturalisme* renvoie à une autre dichotomie fondatrice de la conception positiviste de la science du droit, et qui constitue une sorte de socle commun (un accord *a minima*) sur le plan

¹²⁷ C'est aussi le titre d'un ouvrage : U. SCARPELLI, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, trad CLAVREUL, Bruylant – LGDJ, 1996.

¹²⁸ N. BOBBIO, « Sur le positivisme juridique », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, tome I. Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz – Sirey, 1961, p. 54.

¹²⁹ M. TROPER, « Positivisme », in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1993, p. 462 ; voir aussi : id., « Le positivisme juridique », repr. in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, 1994, p. 27.

épistémologique : la dissociation entre le droit et la morale et plus précisément, entre la morale et la science du droit.

Cette dernière dissociation correspond en quelque sorte à la reprise d'un lointain héritage¹³⁰ à l'origine d'une philosophie générale des sciences d'inspiration positiviste et qui caractérise, pour un courant de pensée pouvant s'y rattacher, l'attitude de tout véritable scientifique dans la connaissance de leur objet par le « refus de la métaphysique » ou le « rejet du cognitivisme éthique » : c'est le postulat de la neutralité axiologique.

Ce postulat apparaît comme un élément fondamental de compréhension dans une démarche analytique qui s'interroge sur ce qu'il doit être entendu par « positivisme juridique ». D'abord, le postulat de la neutralité renvoie au sens qui semble actuellement dominant concernant le terme « positivisme » dans le champ juridique, celui d'un projet et un ensemble d'exigences d'ordre épistémologique concernant la science du droit.

Toutefois, à ce stade, il faut se rappeler que cette neutralité éthique n'a pas été postulée directement pour la science du droit, mais cette épistémologie positiviste s'est plutôt historiquement développée dans le domaine des sciences sociales, en vue de fonder une « orientation scientifique de l'étude des faits humains »¹³¹. La référence généralement évoquée est issue de l'œuvre du sociologue allemand Max Weber, dans ce qu'il a détaillé voire systématisé dans une œuvre épistémologique¹³² imposante une posture de

¹³⁰ Ce qui est visé ici, c'est le débat qui est fait autour du positivisme juridique et du fait de savoir s'il est une application ou un dérivé direct du positivisme philosophique appliqué au droit. Sur le plan de la pensée, il s'agit notamment de s'intéresser et de s'interroger sur l'influence d'Auguste Comte dans la fondation de postulats positivistes pour la science du droit (on peut se référer utilement à : E. MAULIN, « Positivisme », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., pp. 1171-1172).

Ainsi, Michel Troper relève que le positivisme philosophique a été identifié « avec la doctrine d'Auguste Comte et spécialement avec son projet de réforme sociale fondée sur une réforme de la science », ce qui constitue une « curieuse légende » mais qui a été à la source d'une différenciation stricte entre le positivisme philosophique et le positivisme juridique. En effet, si l'on reçoit ainsi la pensée de Comte, on est amené à estimer que « le positivisme philosophique (...) conduit à dire ce qui doit être, tandis que le positivisme juridique se borne à décrire le droit tel qu'il est » (M. TROPER, « Positivisme », op. cit., p. 462).

Mais il y a un autre aspect à la pensée de Comte, toujours communément considéré comme l'un des inventeurs de la sociologie, après avoir établi la « validité universelle » de la pensée positive dans les sciences passées de l'âge théologique à l'âge positif, non sans être passées par un âge métaphysique. Le positivisme « consiste, pour l'homme, à reconnaître l'ordre qui lui est extérieur, à avouer son incapacité d'en donner une explication dernière et à se contenter de la déchiffrer. L'esprit positif observe les phénomènes, les analyse et découvre les lois qui commandent leurs relations » (voir : R. ARON, *Les étapes de la pensée sociologique*, Gallimard, coll. « Tel », 1976, p. 99). Pour M. Troper, il est alors envisageable de considérer que l'attitude qui caractérise le positivisme philosophique par rapport à l'objet de la connaissance fait que « le positivisme juridique est une simple application au droit » de cette épistémologie globale (voir les articles « Positivisme », op. cit., pp. 462-463 et « Le positivisme juridique », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, p. 35).

¹³¹ Pour reprendre l'expression de N. BOBBIO, « Sur le positivisme juridique », op. cit., p. 56.

¹³² M. WEBER, *Essais sur la théorie de la science (Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 1922)*, Presses pocket, 1992 (1^{ère} éd. fra Plon, 1965) et notamment : « L'objectivité de la connaissance dans les sciences et la politique sociales », pp. 117-201 ; « Essai sur le sens de la "neutralité axiologique" dans les sciences sociologiques et économiques », pp. 365-433.

« *Wertfreiheit* »¹³³ à propos du sujet connaissant en sociologie et ayant l'ambition de le faire dans une attitude envisagée dès lors comme scientifique.

La référence dans le discours à Weber n'est pas neutre, mais stipulative. « Croisant ce regard sur les origines avec une description des moyens et des voies de la rationalisation du droit moderne, on trouverait chez Max Weber une puissante interprétation de l'idéal d'objectivité »¹³⁴ qui régit une rationalité propre aux représentations juridiques.

Cette évocation apparaît commandée « par des raisons d'utilité », dans la mesure où il s'avère indispensable pour « cette étude de décrire le positivisme juridique comme théorie épistémologique »¹³⁵. Dans cette optique, l'allusion à la sociologie wébérienne renvoie à une ambition du projet positiviste pour la science du droit, celui d'élever celle-ci « au groupe des sciences empiriques », c'est-à-dire faire de la science du droit un ensemble de propositions susceptibles d'être vérifiées dans une réalité à laquelle le sujet – connaissant peut accéder par une opération intellectuelle dégagée normalement de « toute métaphysique comme [de] tout jugement de valeur et de donner une description du droit tel qu'il est et non tel qu'il devrait être »¹³⁶. En outre, le retour sur les prescriptions scientifiques de Max Weber comporte – et nous l'avons déjà évoqué – une dimension historique, en ce que le personnage et son œuvre reflète le contexte intellectuel qui était celui du monde germanophone du tournant du vingtième siècle¹³⁷, et particulièrement en Allemagne et en Autriche. Plus précisément, la séparation entre le jusnaturalisme et le positivisme en ce qui concerne la scientificité des discours sur le droit semble pouvoir se lire dans un débat philosophique global et ricocher sur celui concernant les conditions de la connaissance entre un postulat idéaliste d'inspiration hégélienne et un criticisme néo-kantien¹³⁸.

En particulier, il apparaît que « la référence kantienne – donnât-elle lieu à des pluralismes, voire à des divergences de l'interprétation – reste comme une pierre blanche sur les voies difficiles d'une philosophie du droit qui refuse de s'enfermer ou dans un méta-

¹³³ Sur la traduction du terme par « neutralité axiologique », cf. J. FREUND, « La neutralité axiologique », in *Etudes sur Max Weber*, Droz, 1990, p. 11 et s. ; éventuellement : « L'imaginaire dans l'épistémologie wébérienne », *ibid.*, pp. 107-121.

¹³⁴ cf. P. BOURETZ, « Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation : l'énigmatique légitimité du juge », *Pouvoirs*, n° 74, 1995, p. 74.

¹³⁵ Voir : M. TROPER, « Le positivisme juridique », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, 1994, p. 29.

¹³⁶ M. TROPER, « Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, op. cit., p. 204.

¹³⁷ Ce qu'il est courant d'appeler la « querelle » ou le « conflit des méthodes » (*Methodensreit*) entre les sciences de l'esprit et les sciences de la nature, notamment après la publication de l'ouvrage de Wilhelm Dilthey, *Introduction aux sciences humaines (Einleitung in die Geisteswissenschaften)*, dont le premier tome est paru en 1883.

¹³⁸ Sur ce point, cf. S. GOYARD-FABRE, « De l'idée de norme à la science des normes : Kant et Kelsen », in P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, 1994, p. 211 et s.

juridisme essentialiste ou dans le positivisme et les néo-positivismes scientistes »¹³⁹ dont se réclamaient par exemple les savants rattachés au cercle de Vienne (*Wiener Kreis*). Pour ce qui est de la science du droit, il semble que cette « voie difficile » évoquée par la philosophe Simone Goyard-Fabre renvoie à l'entreprise d'un autre intellectuel viennois, Hans Kelsen¹⁴⁰. Ce dernier a fréquenté le Cercle de Vienne mais il ne s'est pas rattaché *in fine* à leur projet épistémologique de langage scientifique global et unique. En réalité, l'ambition de Kelsen est bien de fonder un langage scientifique, mais pour la connaissance d'un objet spécifique, parce que non immédiatement perceptible dans les mêmes conditions qu'un fait de nature ou un fait social, car le phénomène juridique se rattachera plutôt à cette catégorie. En effet, c'est peut-être là aussi l'un des traits communs à l'ensemble de la pensée positiviste, c'est-à-dire « la considération du droit, (...) entendu comme norme ou ensemble de normes, sous la forme de quelque chose qui a été créé, d'un objet et d'un effet d'une création humaine »¹⁴¹. En effet, selon Hans Kelsen par exemple, « le caractère positif » du droit « vient de ce qu'il est créé et annulé au moyen d'actes accomplis par des êtres humains »¹⁴², en vue d'ailleurs de « régler » ou plutôt de « réguler » dans un vocabulaire plus contemporain des conduites humaines. Il paraît possible de dire qu'en tout état de cause, le positivisme est un volontarisme. Reste à savoir si tous les auteurs s'en réclamant accordent tous le même « statut » à la volonté dans la connaissance de l'objet spécifiquement juridique, et font par exemple de la volonté « un élément constitutif de la norme juridique »¹⁴³.

B) Les « deux variantes du positivisme juridique » et la question de l'application du droit et du sens de la norme constitutionnelle

Le théoricien français du droit Michel Troper a tenté de synthétiser la distinction entre le normativisme et le réalisme. Ainsi, « le premier entend construire une science selon un modèle dérivé des sciences empiriques, mais sur un objet qui n'est pas lui-même empirique, à savoir les normes. Le réalisme prétend au contraire réduire le droit à un ensemble de faits (...) et faire de la science du droit une science empirique »¹⁴⁴.

¹³⁹ S. GOYARD-FABRE, *Philosophie critique et raison juridique*, PUF, 2004, p. 6.

¹⁴⁰ cf. V. PETEV, « Hans Kelsen et le Cercle de Vienne. A quel point la théorie du droit est-elle scientifique ? », in P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, op. cit., pp. 233-247.

¹⁴¹ N. BOBBIO, « Kelsen et les sources du droit », *Revue internationale de philosophie*, n° 138 (« Kelsen et le positivisme juridique »), 1981, p. 475.

¹⁴² H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Bruylant – LGDJ, 1997, p. 168.

¹⁴³ O. PFERSMANN, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits*, n° 28, 1999, p. 83.

¹⁴⁴ M. TROPER, *La philosophie du droit*, PUF, 2^{ème} éd., 2005, p. 20.

1. Le normativisme

Le normativisme est souvent assimilé à l'ensemble de prescriptions à vocation scientifique pour le savoir juridique issu de l'héritage de l'œuvre de l'autrichien Hans Kelsen, et particulièrement de son fameux ouvrage *Théorie pure du droit*. Sous l'angle de la pensée, par ce titre qui fait toujours débattre, il ne sera jamais assez souligné la véritable dimension de « slogan » épistémologique qui est sous-entendue dans cette expression. Derrière cela, il y a, selon Simone Goyard-Fabre qui a étudié dans de nombreux volumes cet aspect de l'œuvre de Kelsen, « la nécessité de recourir, dans la science du droit, à la réflexivité de type kantien » et qu'ainsi, « connaître le droit, c'est le *re*-construire selon les exigences pures de la raison critique »¹⁴⁵.

« Connaître le droit » d'abord. Hans Kelsen est généralement présenté comme un positiviste ; n'ouvre-t-il pas lui-même son fameux ouvrage par un précepte clair selon lequel « la théorie pure du droit est une théorie du droit positif »¹⁴⁶. Par suite, « on serait tenté de dire qu'elle est *la* théorie du droit positif, la théorisation la plus achevée du positivisme juridique »¹⁴⁷. Mais il ne s'agit en aucun cas de la théorie d'un droit positif. Kelsen insiste bien lui-même sur le fait que la *Théorie pure* « constitue une théorie général du droit »¹⁴⁸ et comme toute démarche qui se veut scientifique – en tout cas dans un sens positiviste –, si elle doit définir et délimiter son objet, l'auteur indique qu'« il est recommandable de partir tout d'abord de l'usage linguistique, c'est-à-dire d'établir la signification qu'a le mot *Recht* (...) dans la langue allemande, et qu'ont ses équivalents dans d'autres langues, tels que *law*, *droit*, *diritto*, etc. »¹⁴⁹. Il y a dans cette proposition véritablement l'amorce de ce qui fait la spécificité de l'épistémologie kelsénienne.

En effet, la connaissance qualifiée de « juridique » ne peut se situer dans le domaine des faits, la science du droit devant construire son objet en une expérience « logique – transcendantale » et qui, du coup, ne peut se circonscrire à décrire *une*¹⁵⁰ expérience de droit positif à moment *x* donné ou territorialement située mais qui peut permettre ou contribuer à le faire une fois le modèle établi. Prenons par exemple l'Etat, ordre juridique « par excellence »

¹⁴⁵ S. GOYARD-FABRE, *Philosophie critique et raison juridique*, op. cit., p. 186.

¹⁴⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. C. EISENMANN, rééd. Bruylant-LGDJ, 1999, p. 9.

¹⁴⁷ P. AMSELEK, « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », *Revue internationale de philosophie*, n° 138, 1981, p. 460.

¹⁴⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 9.

¹⁴⁹ H. KELSEN, *ibid.*, p. 39.

¹⁵⁰ Reprenons la citation complète : « la théorie pure du droit positif – du droit positif en général ; sans autre spécification : elle n'est pas une théorie d'un ordre juridique déterminé ; elle n'a pas pour objet l'interprétation de tel ou tel ensemble de normes juridiques, nationales ou internationales. Elle constitue une théorie générale du droit » (*Théorie pure du droit*, op. cit., p. 9).

selon Kelsen. « L'important, dans la théorie kelsénienne de l'Etat moderne, est que soit exclu de sa compréhension toute référence à des éléments phénoménaux. L'Etat, en soi, n'est pas une réalité empirique, mais purement conceptuelle »¹⁵¹.

En d'autres termes, si l'Etat peut être considéré comme un ordre juridique, c'est qu'il peut être pensé comme tel selon une rationalité spécifique « comme un tout présentant une signification, un tout intelligible »¹⁵² et « si Kelsen s'appuie sur la réalité factuelle du corpus de règles établies par le droit positif [considérées comme des « matériaux donnés à la science du droit], c'est pour mettre en lumière non seulement la structure analytique de l'ordre juridique mais les fondements purs de son architectonique »¹⁵³. Il s'agit non pas de mettre au jour des essences mais des propriétés spécifiques à certaines prescriptions encadrant et sanctionnant éventuellement des conduites humaines.

Il émerge véritablement une positivité spécifique de l'objet de la science du droit, c'est-à-dire l'établissement d'une relation spécifique entre deux comportements humains. Reprenons l'exemple de l'Etat. Si l'Etat peut être pensé comme un ordre juridique, c'est qu'« aucun acte étatique ne peut être expliqué de manière causaliste : le problème philosophique de l'Etat est un problème d'imputation »¹⁵⁴. Cela signifie que la science du droit porte sur une certaine catégorie de prescriptions de conduite humaine, les normes juridiques, qui peuvent être justement imputables à certains comportements. Mais il n'y a pas de relation causale (dans le sens d'un déterminisme) entre la norme et le comportement, justement parce que la norme prescrit et qu'elle ne peut être décrite par la science du droit que par une proposition qui ne pourra la lier à des comportements humains que par un devoir-être (*Sollen*). « Dans la proposition juridique, il n'est pas dit, comme dans la loi naturelle, que si A est, B est ; il y est dit que, si A est, B doit être (*soll sein*) ; et ceci n'implique nullement que B sera réellement chaque fois que A sera. Le fait que la signification de la connexion des éléments dans la proposition juridique ne soit pas identique à ce qu'elle est dans la loi naturelle a sa source dans cette donnée que, dans la proposition juridique, la connexion est établie par une norme posée par l'autorité juridique, c'est-à-dire par un acte de volonté »¹⁵⁵.

La question de la volonté ramène la théorie kelsénienne sur le terrain de l'épistémologie et des conditions de la connaissance juridique, l'enjeu étant celui de l'existence de la norme. Pour Kelsen, celle-ci ne peut être normative, commandée par un

¹⁵¹ S. GOYARD-FABRE, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, PUF, 1997, p. 212.

¹⁵² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 80.

¹⁵³ S. GOYARD-FABRE, *Philosophie critique et raison juridique*, op. cit., p. 190.

¹⁵⁴ S. GOYARD-FABRE, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, op. cit., p. 212.

¹⁵⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 85.

principe de validité qui est la propriété essentielle de l'imputation qui peut être qualifiée de « juridique ». C'est aussi la propriété fondamentale du droit, celle qui fait qu'il ne peut être un objet de connaissance simplement factuel ou empirique : le droit règle lui-même sa propre création, ce qui conditionne la connaissance juridique qui ne peut être que normative. Une norme *n* ne peut découler que d'une autre norme *n'*, qui elle-même découle dans son existence et son applicabilité d'une autre norme *N* habilitant par exemple un organe du système juridique à éventuellement poser la norme considérée au départ et qui encadre une conduite humaine donnée. Comment une telle démarche aborde-t-elle la question de l'application du droit ?

Prenons une norme posée au niveau constitutionnel et qui énonce qu'une loi est inconstitutionnelle si elle « tend à permettre, pour la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines, de la discrimination et de l'intégration, (...) la réalisation de traitements de données à caractère personnel faisant "apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques" des personnes »¹⁵⁶. Considérons ceci comme la norme *n* du schéma-type que nous avons décrit précédemment. Celle-ci découle d'une norme *n'* issue d'un « principe énoncé par l'article 1er de la Constitution » selon lequel « [la République française] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Ce principe normatif à valeur constitutionnelle peut se voir opposer à l'acte législatif (que nous pouvons considérer comme une conduite humaine à dimension collective puisqu'il est adopté au sein d'une institution elle-même créée par la technique humaine en vue d'exercer le pouvoir au sein de la société, le Parlement) parce qu'une norme *N* reconnaît la compétence d'un organe – le Conseil constitutionnel pour l'hypothèse qui nous intéresse – à pouvoir se prononcer sur la « conformité à la Constitution » des lois adoptées par le Parlement, conformément aux termes de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution. Mais une interrogation peut être soulevée et mettre l'accent sur la portée du verbe « assurer » qui est employé par l'article 1^{er} du texte constitutionnel, à l'indicatif de surcroît. Le principe d'égalité n'est pas seulement protégé par la République, mais il pourrait éventuellement être envisagé de façon plus dynamique, dans une perspective où la République *doit* assurer de façon effective de tous les citoyens et citoyennes sans distinction.

¹⁵⁶ CC, n° 2007-557 DC, 15/11/2007, Rec. 360, cons. 24.

Prenons un autre exemple justement, celui dit des « quotas par sexe »¹⁵⁷. Un projet de loi réformant les élections municipales comportait une disposition selon laquelle, dans les communes de 3500 habitants et plus, « les listes de candidats ne peuvent comporter plus de 75 pour cent de personnes du même sexe ». Cette disposition devait se lire, au regard des motifs de la loi et de la réalité sociologique des élus, comme instaurant un quota de 25 pour cent de femmes¹⁵⁸ sur les listes se présentant aux élections municipales. Saisi du projet de loi, le juge constitutionnel oppose d'office à cette disposition une conception strictement égalitariste du droit de vote et d'éligibilité des citoyens¹⁵⁹, issu du « rapprochement » des termes de l'article 3 de la Constitution de 1958 et de la quatrième phrase de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 qui, comme corollaire à l'égalité de tous les citoyens devant la loi, reconnaît qu'ils « 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 ».

Le Conseil constitutionnel estime ainsi que « ces principes de valeur constitutionnelle s'opposent à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles (...) pour tout suffrage politique »¹⁶⁰. La position du juge constitutionnel pouvait laisser place là encore à certaines interrogations. Dans sa décision du 18 novembre 1982, il semble à la fois écarter de sa solution les dispositions d'un autre texte constitutionnel, celles de l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme » et un tempérament nécessaire au principe d'égalité que le juge constitutionnel avait déjà consacré en 1982 et qui fait que ce principe « ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, il n'en est ainsi que lorsque cette non-identité est justifiée par la différence des situations et n'est pas incompatible avec la finalité de cette loi »¹⁶¹. Ce raisonnement sera maintenu et repris par le Conseil dans une décision du 14 janvier 1999 à propos cette fois d'une loi relative à l'élection des conseils régionaux et de l'Assemblée de Corse qui voulait imposer « la parité entre les candidats féminins et masculins » sur les listes constituées à l'occasion de ces scrutins. La majorité parlementaire anticipait de quelques mois une révision constitutionnelle annoncée qui devait ajouter un cinquième alinéa à l'article 3 de la Constitution, disposant que « la loi favorise l'égal accès

¹⁵⁷ Voir : L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., n° 31, p. 480 et s. [14^{ème} édition ; 15^{ème} édition, n° 15, obs. pp. 235-242].

¹⁵⁸ Cf. *JO AN (CR)* n°87, 28/07/1982, « 3^{ème} séance du 27 juillet 1982 », p. 4912 et p. 4913.

¹⁵⁹ CC, n° 82-146 DC, 18/11/1982, Rec. 66, cons. 7 : « la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu ».

¹⁶⁰ CC, n° 82-146 DC, *ibid.*

¹⁶¹ CC, n° 78-101 DC, 17/01/1979, Rec. 23 ; CC, n° 79-107 DC, 12/07/1979, Rec. 31.

des hommes et des femmes aux mandats électoraux et aux fonctions électives »¹⁶². Au moment de rendre sa décision n° 407 DC, le Conseil considère « qu'en l'état¹⁶³, et pour les motifs énoncés dans la décision susvisée du 18 novembre 1982, (...) les dispositions contestées doivent être déclarées contraires à la Constitution »¹⁶⁴. Le juge constitutionnel a par la suite pris acte de la modification de la loi fondamentale en matière d'élections politiques¹⁶⁵.

Mais le thème de l'égalité entre les hommes et les femmes est revenu devant le Conseil. Dans un texte législatif concernant l'égalité salariale ont été insérées des dispositions instituant des mesures de quotas par sexe contraignantes, en vue de garantir « l'accès des femmes à [diverses] instances délibératives et juridictionnelles » (conseils d'administration et de surveillance d'établissements publics comme de sociétés privées, comités d'entreprise, délégués du personnel, conseil de prud'hommes ou commissions administratives paritaires de la fonction publique). A leur encontre, la juridiction constitutionnelle en revient à une conception stricte¹⁶⁶ du principe d'égalité, faisant primer l'article 6 de la Déclaration de 1789 sur l'article 3 du Préambule de 1946 en considérant que « si la recherche d'un accès équilibré des femmes et des hommes aux responsabilités autres que les fonctions politiques électives n'est pas contraire aux exigences constitutionnelles rappelées ci-dessus, elle ne saurait, sans les méconnaître, *faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune*¹⁶⁷ »¹⁶⁸. En outre, le Conseil constitutionnel restreint expressément le champ de l'ancien¹⁶⁹ article 3 de la Constitution, les « mandats électoraux » et les « fonctions électives » correspondant seulement à « des mandats et fonctions politiques », se référant à l'appui de cette solution aux « travaux parlementaires » pour respecter de façon étroite la volonté du pouvoir de révision constitutionnelle.

A priori, nous sommes amenés à conclure qu'appliquer le droit, dégager une norme juridique applicable à une espèce donnée suppose un choix, même si la question pouvait

¹⁶² Art. 1^{er} de la loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 ; cet alinéa a été déplacé vers l'article 1^{er} de la Constitution par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (art. 1, loi constitutionnelle n° 2008-724).

¹⁶³ Qui signifie « en attendant », cf. note J.-E. SCHOETTL, *AJDA*, 1999, p. 154.

¹⁶⁴ CC, n° 98-407 DC, 14/01/1999, *Rec.* 21, cons. 12.

¹⁶⁵ CC, n° 2000-429 DC, 30/05/2000, *Rec.* 84.

¹⁶⁶ Voir : F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, PUAM – Economica, 1997, pp. 139-140.

¹⁶⁷ C'est nous qui soulignons.

¹⁶⁸ CC, n° 2006-533 DC, 16/03/2006, *Rec.* 39.

¹⁶⁹ La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 précitée a non seulement déplacé ce qui était le cinquième alinéa de l'article 3 de la Constitution, mais l'a aussi complété, en créant un deuxième alinéa à l'article 1 de notre loi fondamentale rédigé ainsi : « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales », permettant de dépasser ainsi la décision du Conseil constitutionnel du 16 mars 2006.

paraître relativement « facile » comme cela semblait être le cas pour la question des statistiques ethniques.

La difficulté provient du fait qu'il faille appréhender du point de vue du sujet connaissant (et non pas de l'acteur du système juridique) le problème de l'application du droit, selon une démarche qui se voudrait scientifique. Cette interrogation avait été formulée au préalable pour confronter une démarche normativiste à cette question, c'est-à-dire un projet théorique dont l'ambition épistémologique est de faire de la science du droit une science spécifiquement normative. Il est toujours important de souligner que « Kelsen entendait que sa théorie pure du droit fût comprise comme une théorie de la connaissance du droit »¹⁷⁰.

Il s'en suit que la science du droit est connaissance de la norme juridique et plus précisément, du sens objectivement connaissable de cette norme juridique. Et plus encore, cette science juridique doit pouvoir imputer à des comportements humains, « actes de droit (*Rechtsakte*) » ou « actes contre le droit [ou] actes illicites (*Unrechtsakte*) », une « signification de droit caractéristique (...) [qu'ils] reçoivent de normes qui ont trait à eux ; ce sont ces normes qui leur confèrent une signification juridique » et qui « remplissent la fonction de schémas d'interprétation »¹⁷¹. Il revient à la sphère scientifique de formuler par des propositions (et non pas des prescriptions qui leur feraient perdre leur caractère scientifique, donc vérifiables) lesdits « schémas » ou sens « possibles » de la norme. Kelsen assimile cette activité de « détermination du sens de la norme à appliquer » à l'idée « d'interprétation » et par là, la science du droit à l'interprétation.

L'interprétation apparaît d'ores et déjà comme un enjeu épistémologique majeur. Selon le professeur Otto Pfersmann, « l'enjeu est de taille. *Une connaissance scientifique du droit en tant qu'ordre normatif présentant des propriétés spécifiques* est liée à la possibilité de l'interprétation au sens strict comme délimitation des choix admissibles, rigoureusement distincte de la question des choix souhaitables et de leur éventuelle justification. La science du droit n'est dans une telle perspective rien d'autre que l'interprétation au sens strict et la science du droit constitutionnel rien d'autre que l'interprétation de la constitution au sens strict »¹⁷². L'objet d'un tel discours est de mesurer ces « propriétés spécifiques » et de

¹⁷⁰ S. L. PAULSON, « Introduction », in H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Bruylant – LGDJ, 1997, p. 3.

¹⁷¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 12.

¹⁷² O. PFERSMANN, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution », in F. MELIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, 2005, p. 60.

« rendre compte de la normativité du droit »¹⁷³, c'est-à-dire s'agissant par exemple de la norme constitutionnelle, de « savoir ce que la constitution autorise, ordonne, interdit »¹⁷⁴.

Le normativisme tel qu'il est envisagé par exemple par M. Pfersmann s'impose d'abord comme un formalisme, critiquant le cas échéant d'autres « conceptions de l'interprétation [visant] à justifier des changements de la constitution sans en respecter les procédures prévues à cette fin »¹⁷⁵. Par là, l'auteur souhaite insister sur une distinction entre interprétation et application (ou « concrétisation ») du droit. Sur le plan épistémologique, il s'agit d'une prescription imposant un strict rapport d'extériorité au sujet connaissant par rapport à son objet. Il n'est de science du droit possible « que pour autant qu'il s'agit de l'opération cognitive consistant dans l'analyse des actes de langage exprimant une norme. L'interprétation d'une norme n'a strictement aucune valeur normative puisqu'il ne s'agit pas, par définition, d'une opération de production normative »¹⁷⁶. Cependant, il convient de souligner que cette « opération de production normative » admet dans son déroulement un acte d'interprétation accessible à la connaissance justement parce qu'il ne peut être admis que « normativement déterminé ».

Il en découle un second enjeu épistémologique, tout aussi important que celui touchant à l'interprétation. Il a trait à la question de la volonté qui sous-tend à l'interrogation positiviste sur le droit rappelons-le. Kelsen rappelle ainsi jusque dans ses derniers écrits que « du point de vue du positivisme moral ou juridique, n'entrent en considération, comme objets de connaissance que les normes positives, c'est-à-dire posées par des actes de volonté et plus précisément par des actes de volonté humaine »¹⁷⁷. Il est constant, et presque obligé pour le théoricien autrichien, de considérer que la norme est la signification d'un acte de volonté.

Certains normativistes comme le professeur Pfersmann vont tenter de minimiser la portée de ce postulat de la volonté dans la théorie de Kelsen et au-delà, dans la définition de l'objet de la science du droit. M. Pfersmann considère la volonté comme « une donnée qui n'a, en tant que telle, rien de problématique »¹⁷⁸ ; problématique d'autant plus vite résolue si

¹⁷³ O. PFERSMANN, « De l'impossibilité du changement de sens de la constitution », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 355. Voir aussi du même auteur, « Arguments ontologiques et argumentation juridique », in O. PFERSMANN, G. TIMSIT (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 15 et p. 32.

¹⁷⁴ O. PFERSMANN, « Le sophisme onomastique... », op. cit., p. 51.

¹⁷⁵ O. PFERSMANN, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution », op. cit., p. 33.

¹⁷⁶ O. PFERSMANN, « De l'impossibilité du changement de sens de la constitution », op. cit., p. 356.

¹⁷⁷ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, trad. fr. O. BEAUD et F. MALKANI, PUF, 1996, p. 5.

¹⁷⁸ O. PFERSMANN, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », op. cit., p. 84.

le sujet connaissant envisage le normativisme comme une « théorie linguistique », centrée principalement sur une « problématique d'analyse du discours ». Ainsi, « les auteurs qui s'interrogent sur la nature de la norme s'intéressent moins à son support causal qu'à son médium linguistique »¹⁷⁹. Il s'agit principalement de se protéger de plusieurs écueils, dont celui d'avoir la tentation de confondre la volonté nécessaire à l'appréhension de l'objet juridique avec une notion d'ordre psychologique par exemple. Certes, « la volonté est une condition nécessaire de la norme, mais il n'existe aucune explication relative à la nature de la volonté si ce n'est qu'il s'agit de ce qui a intentionnellement pour objet la réalisation d'une certaine action humaine »¹⁸⁰. La volonté se trouve objectivée et pensée « en structure (schéma d'imputation) ou en entité normative (la "volonté" de l'Etat) »¹⁸¹ ; en d'autres termes, « le terme de volonté ne servirait que de raccordement à toutes ces différentes expressions d'obligations à une origine unique et (...) à résoudre la question de l'unité du système juridique mais non à apporter une explication psychologique de la validité de l'obligation »¹⁸².

Dans une épistémologie normativiste, « l'interprétation est considérée comme l'attribution d'une signification »¹⁸³, envisagée nécessairement comme un acte de connaissance distinct d'un éventuel acte de volonté qui ne ressortit plus de l'activité scientifique mais qui relève dès lors de la compétence, de l'habilitation, voire du pouvoir d'appliquer la norme¹⁸⁴. Kelsen pouvait ainsi résumer dans une formulation assez célèbre que « dans l'application du droit par un organe juridique, l'interprétation du droit à appliquer, par une opération de connaissance, s'unit à un acte de volonté par lequel l'organe applicateur de droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de

¹⁷⁹ O. PFERSMANN, *ibid.*, p. 85.

¹⁸⁰ O. PFERSMANN, pp. 92-93.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 90.

¹⁸² O. PFERSMANN, « Théories de l'interprétation constitutionnelle », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XVII – 2001, p. 353.

¹⁸³ Voir : O. PFERSMANN, « Théories de l'interprétation constitutionnelle », *op. cit.*, p. 361.

¹⁸⁴ Cf. P. HACK, *La philosophie de Kelsen. Epistémologie de la Théorie pure du droit*, Helbing et Lichtenhahn, 2003, pp. 160-161 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1^{ère} éd., trad. H. THEVENAZ, La Baconnière, 1953, p. 138 (« L'interprétation d'une norme ne conduit donc pas nécessairement à une solution unique, qui serait la seule juste. Elle peut fournir plusieurs solutions, qui au point de vue juridique sont toutes d'égale valeur si elles sont en accord avec la norme à interpréter. En revanche, l'organe chargé d'appliquer la norme peut attribuer à ces solutions des valeurs différentes du point de vue politique ou moral. Il a la compétence de choisir celle qui lui paraît la plus appropriée... »), pp. 140-141 (« Un commentaire scientifique doit se borner à indiquer les interprétations possibles d'une norme. Il ne peut pas décider que telle d'entre elles est la seule correcte ou la seule juste. Cette décision est un acte de volonté incombant exclusivement à l'organe qui a la compétence d'appliquer la norme en en créant une nouvelle. La plupart des commentaires qui se disent scientifiques sont en réalité des ouvrages de politique juridique. [...] le juriste qui décrit le droit n'est pas une autorité juridique. Il ne lui appartient ni de le créer, ni de l'appliquer par un acte de volonté »).

connaissance »¹⁸⁵. Qu'est-ce que cela peut bien signifier dans la pensée de Kelsen ? Pour le professeur Pfersmann, certes, « la volonté est une condition nécessaire de la norme, mais il n'existe aucune explication relative à la nature de la volonté »¹⁸⁶ et si le sujet connaissant souhaite s'en tenir à une démarche normativiste, il « doit abandonner la définition de la norme comme expression d'un acte de volonté et s'attacher plus particulièrement à la signification d'énoncés prescriptifs »¹⁸⁷.

En réalité, cette posture rigoureuse apparaît aujourd'hui comme un *kelsenisme pur*, ou au moins entendu de façon assez restreinte. En effet, l'œuvre de Kelsen est non seulement abondante, complexe, mais longue dans le temps, ce qui implique certains phénomènes d'évolution, voire de rupture, ne serait-ce parce qu'il fut contraint à l'exil aux Etats-Unis dès le début de la Seconde guerre mondiale jusqu'à la fin de sa vie (1973) et qu'il dût se confronter à une culture juridique à l'opposé de celle dans laquelle il a développé sa théorie de la science du droit, ce qu'il va d'ailleurs relater dans un article de 1942 dans lequel il confronte les modèles autrichien et américain de justice constitutionnelle¹⁸⁸. Même si la chose est assez difficile à appréhender dans tous ses aspects, il n'est pas impossible de lier le contexte américain et certaines inflexions que va subir notamment la *Théorie pure* entre la première édition de 1934 et la deuxième qui paraît en 1960. L'une des plus marquantes est l'adjonction d'un dernier chapitre aussi court qu'intrigant sur « l'interprétation » qui s'apparente à « un processus intellectuel qui accompagne nécessairement le processus d'application du droit dans sa progression d'un degré supérieur à un degré inférieur »¹⁸⁹.

C'est principalement cette conclusion que certains auteurs vont tenter de radicaliser pour en proposer une approche réaliste quant à l'opération d'application du droit et par ricochet, de ce que la science du droit doit décrire. Cet objet est toujours la norme spécifiquement juridique (distincte de la norme morale par exemple), mais le sujet connaissant doit approcher son objet « en tenant bien présent à l'esprit que l'interprétation [apparaît comme] un acte de création ou de re-création permanente »¹⁹⁰.

¹⁸⁵ H. KELSEN, *ibid.*, p. 340.

¹⁸⁶ O. PFERSMANN, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », op. cit., p. 92.

¹⁸⁷ O. PFERSMANN, « Théories de l'interprétation constitutionnelle », op. cit., p. 354.

¹⁸⁸ Cet article a été traduit en français de façon assez récente, cf. H. KELSEN, « Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 17 et s.

¹⁸⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 335.

¹⁹⁰ N. BOBBIO, « Kelsen et les sources du droit », op. cit., p. 475.

2. Le réalisme et la théorie des contraintes juridiques

L'objet sera ici de mesurer en quoi « la théorie réaliste de l'interprétation, telle qu'elle est développée en France par Michel Troper, est souvent perçue comme une théorie du droit excessive dans ses présupposés comme dans ses conclusions »¹⁹¹.

L'un des présupposés majeurs de cette construction théorique repose sans aucun doute dans le principe selon lequel « les acteurs du droit [en particulier les juges] se comportent librement au sein du système juridique, lorsqu'ils décident d'accomplir des actes juridiques »¹⁹². En d'autres termes, l'interprétation authentique, c'est-à-dire « celle à laquelle l'ordre juridique attache des effets, celle qui ne peut être contestée et qui par conséquent, dans le cas de l'interprétation d'un texte, s'incorpore à ce texte, alors l'interprète est toute autorité compétente pour donner cette interprétation. // Il s'agit naturellement tout d'abord des juridictions suprêmes »¹⁹³, comme la juridiction constitutionnelle dont les décisions quelle qu'elles soient « ne sont susceptibles d'aucun recours » selon l'article 62, alinéa 3 de notre loi fondamentale.

Selon l'expression courante, cette interprétation est un acte de volonté. Le produit de cette interprétation est une norme ou la signification d'un acte juridique, plus précisément d'un texte de droit (le plus courant dans un système de droit écrit). Mais si c'est l'interprète qui détermine la norme, il n'y a donc pas de norme avant l'interprétation, ce qui revient à dire que « le texte utilisé, appliqué par une autorité juridique quelconque, n'est pas du droit »¹⁹⁴. En d'autres termes, ceux de M. Troper lui-même, « le texte interprété n'a pas et ne peut avoir d'autre sens que celui que lui a donné l'autorité habilitée, même si ce sens paraît contraire à toutes les interprétations données par d'autres personnes, même si elle paraît déraisonnable et même si elle va à l'encontre de tout ce qu'on peut savoir de l'intention de l'auteur du texte »¹⁹⁵. On relèvera ici que la question du sens commence à prendre toute sa dimension dans un travail théorique sur l'interprétation, et une autre question semble pouvoir s'imposer dès lors : quel(-s) sens pouvons-nous connaître et pouvons-nous exposer en restant dans le

¹⁹¹ J.-C. LE COUSTUMER, « Réalisme, scepticisme et contraintes juridiques », *Droits*, n° 36, 2002, p. 161.

¹⁹² V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », 2005, p. 11.

¹⁹³ M. TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, coll. « Léviathan », 2001, p. 80.

¹⁹⁴ J.-C. LE COUSTUMER, « Réalisme, scepticisme et contraintes juridiques », art. cit., p. 163.

¹⁹⁵ M. TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », op. cit., pp. 71-72.

cadre d'un travail juridique, dit de « théorie du droit » ? Dans la perspective de la théorie réaliste de l'interprétation, « le sens d'un énoncé [juridique] n'est pas contenu dans l'énoncé. Ce dernier est seulement un ensemble de mots, de marques graphiques sur du papier, des signes qui ne sont pas signifiants ou qui, au mieux, ouvrent sur une pluralité de signifiés. Dès lors, c'est pour le juge, *choisir, inventer, créer*¹⁹⁶ le sens du texte et ainsi, par une allocation de sens, lui donner... sa qualité de norme »¹⁹⁷.

Le professeur Le Coustumer relève dans les postulats tropériens une « position sceptique, qui vise à retirer au texte toute qualité juridique avant son application, et donc à bannir de l'objet de la théorie juridique une éventuelle étude du sens possible de ce texte avant son application par une autorité authentique. (...) Avant l'utilisation concrète d'un texte, celui-ci reste indéterminé juridiquement son sens ne s'étant pas transformé en signification, et il ne peut donner prise à un quelconque commentaire spécifiquement juridique »¹⁹⁸. Si M. Le Coustumer ne relève qu'un paradoxe – « comment envisager l'unité et la cohérence du système juridique en lui-même, si seul [l'usage des textes par leurs interprétations authentiques], *a priori* indéterminable pour l'avenir et pour les autres acteurs du système juridique, porte la signification juridique, la juridicité ? » – Michel Troper évoque quant à lui une véritable objection à sa propre construction théorique. Ainsi, « si l'on accepte, comme invite à le faire la théorie de l'interprétation, que les acteurs juridiques sont libres d'interpréter les énoncés juridiques, il faut convenir qu'ils ont le pouvoir d'agir selon leurs caprices », ou du moins « l'existence incontestable du pouvoir interprétatif dont disposent certains acteurs du système juridique ». De surcroît, « les tribunaux des Etats de droit écrit ne sont pas soumis à la règle du précédent, ils n'ont pas l'obligation de se conformer aux règles jurisprudentielles et pourtant, les revirements de jurisprudence ne sont pas si fréquents »¹⁹⁹.

Les acteurs juridiques s'orientent en réalité « vers un nombre restreint de solutions »²⁰⁰ orientées par certains facteurs, certaines causes, regroupés sous le concept de « contraintes juridiques », tandis que par exemple, une partie de la doctrine américaine avait cherché des solutions dans des facteurs extérieurs au système juridique d'ordre psychologique, sociologique (origine et appartenance sociales), dans les croyances idéologiques, morales

¹⁹⁶ En italique dans le texte.

¹⁹⁷ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9^{ème} édition, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 2010, pp. 144-145.

¹⁹⁸ J.-C. LE COUSTUMER, art. cit., p. 164.

¹⁹⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, C. GRZEGORCZYK, « Introduction », in *Théorie des contraintes juridiques*, op. cit., pp. 1-2.

²⁰⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », op. cit., p. 11.

voire religieuses. Les seuls facteurs intéressants pour une démarche voulant s'inscrire dans une connaissance spécifiquement juridique sont ceux « qui résultent uniquement de la configuration du système juridique ».

La Théorie des contraintes juridiques est censée résoudre le problème épistémologique de la causalité en droit, exclue du langage de la science juridique notamment dans les travaux de Hans Kelsen et les normativistes. Pour ce courant de pensée, rappelons que « si les normes juridiques appartiennent au monde du devoir, leur expérience doit être d'un type particulier, non factuel. C'est ce que Kelsen appelle la validité. Elle constitue le mode d'existence spécifique des normes »²⁰¹. Pour qu'une éventuelle connexion puisse se faire dans une réalité spécifiquement normative et juridique, il faut l'intervention d'un tiers humain habilité à rattacher un fait à la signification d'un énoncé normatif. « L'imputation (...) est établie par un acte de volonté, dont une norme est la signification, tandis que la causalité (c'est-à-dire la relation entre une cause et un effet par une loi naturelle) est indépendante d'une telle intervention »²⁰².

Par conséquent, si dans la lignée de la conception kelsénienne, « la science normative du droit [apparaît comme] une science sociale non causale »²⁰³, l'ambition de la Théorie des contraintes est pourtant de rechercher les conditions de l'établissement d'une causalité proprement juridique. L'une des premières conditions semble être que la théorie du droit doit porter non pas seulement sur des normes valides, mais sur des faits. C'est ce que permet la théorie réaliste de l'interprétation. « Un énoncé a la signification d'une norme, non pas en raison de sa conformité à une norme supérieure, mais du fait qu'il a été interprété par une autorité habilitée comme signifiant qu'une certaine conduite doit avoir lieu. C'est donc le processus d'application (...) qui conduit à identifier un énoncé comme ayant la signification objective d'une norme juridique. [...] Au contraire, la théorie réaliste permet de traiter le droit comme un ensemble de faits empiriques, puisqu'il s'agit des actes par lesquels les interprètes déterminent la signification des énoncés »²⁰⁴.

Quelle peut bien être la nature et la portée de cette causalité pouvant revêtir une qualité juridique ? Les professeurs Champeil-Desplats et Troper précisent que « la causalité visée

²⁰¹ C. MIGUEL-HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Les presses de l'Université Laval, Québec, 2004, p. 37.

²⁰² H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, op. cit., pp. 31-32.

²⁰³ E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 117.

²⁰⁴ M. TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », op. cit., pp. 76-77.

(...) est celle qui résulte de la perception par les acteurs des normes et des relations entre les normes qui forment le système juridique. (...) [Les causes recherchées] sont internes au système juridique (...). Mais elles peuvent agir sur les acteurs, qui ne sont ni parfaitement informés, ni parfaitement rationnels, dans des sens différents, voire contraires. Il n'est donc pas envisageable de formuler des prédictions, ni même de donner une explication de tous les comportements, mais seulement de certains. C'est d'une causalité faible qu'il s'agit, qui permet de comprendre *a posteriori* que certains événements se sont produits »²⁰⁵. « Faible » n'est peut-être pas vraiment le terme adéquat car quel pourrait-bien être son intérêt dans une démarche de connaissance, de rechercher une cause à peine secondaire dans le comportement global de l'acteur ou de l'institution étudiée. « Restreinte » pourrait apparaître comme un qualificatif plus appropriée, parce que cette causalité est justement spécifiquement juridique, et qu'elle intéresse alors principalement le juriste qui se trouve alors confronté à un problème fondamental touchant ses propres méthodes et l'objet même de sa connaissance.

Il apparaît dès lors que si cette analyse à destination du savoir juridique part bien d'une interrogation fondamentale pour la théorie réaliste de l'interprétation, touchant à son postulat dominant lié à la prédominance de la volonté de l'interprète authentique dans le processus de définition de la norme juridique, elle s'oriente vers une sorte d'impasse, en tout cas pour une approche dite de « théorie du droit ».

Sur le plan méthodologique, la volonté d'introduire la causalité dans l'appréhension du système juridique et plus précisément, de la compréhension du comportement des autorités juridiques dans ce système, c'est-à-dire dont l'interprétation produit des effets pouvant être qualifiés de « juridiques » ; ce projet semble traduire une volonté de rattacher la science juridique au rang des sciences sociales sans en oublier la spécificité. Il y a là une forme de relativisme intéressant (forme de modestie du savoir juridique) mais qui se heurte à un danger important : vouloir s'inscrire dans la démarche compréhensive des sciences sociales sans adopter les méthodes reconnues comme légitimes dans ce champ de savoir risque de faire de la Théorie des contraintes juridiques, selon les points de vue, à la fois une sociologie du droit incomplète et une théorie du droit fragilisée dans sa scientificité (positivité) qui se voudrait spécifique²⁰⁶.

²⁰⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *op. cit.*, p. 14.

²⁰⁶ Voir, pour une synthèse : J.-C. LE COUSTOMER, « Troper Michel », in O. CAYLA, J.-L. HALPERIN (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 583.

Sur un plan épistémologique plus global, et plus particulièrement sur le plan du déroulement de la démarche elle-même, une interrogation dans ses propres fondements peut lui être opposée et serait formulée ainsi : « quel intérêt y-a-t-il à postuler une liberté interprétative de principe si elle est immédiatement limitée par des éléments contraignants lors de son exercice »²⁰⁷, exerçant même en quelque sorte une forme de déterminisme. Michel Troper semble connaître cette objection et renvoie un éventuel contradicteur à « une confusion entre libre arbitre et liberté au sens juridique »²⁰⁸. Dans un célèbre article paru à la *Revue Française de Droit Constitutionnel* au début des années 1990, il rapproche le principe de la volonté de l'interprète et la qualité dudit interprète. Cette approche fonctionnelle lui permet d'écrire qu'un juge constitutionnel « participe à la production de la loi et accomplit un acte de volonté, mais, contrairement à une assemblée parlementaire (...), il ne se prononce pas en opportunité. Il ne peut pas apprécier si les fins sont désirables ou les moyens adéquats aux fins. S'il ne le peut pas, ce n'est pas parce que le texte constitutionnel lui prescrit de se prononcer "en droit", mais bien parce que la situation dans laquelle il se trouve placé et la procédure qu'il suit font peser sur lui des contraintes »²⁰⁹. Il convient de rappeler que ce principe figure depuis longtemps dans la jurisprudence constitutionnelle²¹⁰ et constitue une ligne de conduite par laquelle le Conseil constitutionnel français a pu trouver sa légitimité en tant qu'organe juridictionnel, appuyée en plus par l'autorité de ses décisions définie par la Constitution elle-même, soit le texte duquel il peut fonder sa propre compétence.

Dans ces développements, M. Troper distingue déjà deux catégories de contraintes²¹¹ juridiques pesant sur le juge constitutionnel. Des « contraintes externes » d'une part, c'est-à-dire qu'effectivement « le juge doit nécessairement tenir compte des réactions possibles des autres autorités », que l'auteur et son groupe de travail engloberont dans l'idée de « configuration du système juridique ». Rien de plus logique finalement, le juge constitutionnel étant un pouvoir constitué, ses décisions sont revêtues d'une certaine autorité

²⁰⁷ J.-C. LE COUSTOMER, « Réalisme, scepticisme et contraintes juridiques », op. cit., p. 178.

²⁰⁸ Voir : M. TROPER, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant – PUAM, 1995, p. 241 ; « Une théorie réaliste de l'interprétation », op. cit., p. 83. Dans « l'introduction » de l'ouvrage collectif *Théorie des contraintes juridiques*, il est clairement rappelé dans que « dire que l'interprète est juridiquement libre implique que son comportement est arbitraire et capricieux uniquement si la liberté au sens juridique du terme, c'est-à-dire le droit d'accomplir n'importe quelle action ou de donner n'importe quel contenu à ses décisions était la même chose que la liberté au sens philosophique, l'absence de tout déterminisme » (p. 2).

²⁰⁹ M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 342.

²¹⁰ Exemple célèbre : CC, n° 74-54 DC, 15/01/1975, Rec. 19 : « Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité des lois à la Constitution des lois déferées à son examen ».

²¹¹ M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie », op. cit., pp. 343-344.

mais il ne peut tirer sa légitimité de juge que de son pouvoir « d'avant-dernier mot » selon l'expression du professeur Pierre Pactet²¹². En effet, une révision de la constitution peut remettre en cause une solution dégagée par le juge constitutionnel. Le cas s'est par exemple produit en France après une décision défavorable à la majorité politique gênée dans ses projets politiques²¹³, et le Conseil constitutionnel a confirmé par la suite son inclination à l'égard de la souveraineté pleine et entière du pouvoir de révision constitutionnelle²¹⁴.

L'autre catégorie renvoie à des catégories dites « internes », ou « liées à la nature de la fonction, c'est-à-dire principalement à la nécessité de justifier les décisions ». La chose est relativement aisée à identifier. En effet, cette obligation se situe à l'article 20 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 « portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ».

C'est par ces éléments que l'aspect strictement anti-cognitivistique (il n'y a pas de droit avant l'interprétation) de la théorie réaliste de l'interprétation va montrer quelques limites. Repartons de la définition du « système juridique » donnée par les réalistes dans l'ouvrage présentant la *Théorie des contraintes juridiques* : « le système juridique est constitué par un ensemble d'énoncés à fonction prescriptive produits par les acteurs juridiques. [Ces derniers] sont ceux qui sont désignés comme tels par les énoncés du système juridique »²¹⁵. Dès lors, la logique de la motivation (contrainte interne) de leurs actes juridiques, touchant plus particulièrement les « acteurs juridiques » à caractère juridictionnel, implique que le juge, s'il « entend donner à sa décision la plus grande efficacité possible (...), la motivation [doit avoir] pour fonction non seulement de justifier la décision prise *in concreto* en montrant qu'elle dérive logiquement d'un texte ou d'un principe, mais aussi et surtout d'affirmer l'objectivité de ce principe ou de la signification de ce texte »²¹⁶.

Ainsi, pour le professeur Le Coustumer, « chez Michel Troper le système juridique se confond donc avec le système des contraintes spécifiquement juridiques, ce qui finalement se comprend si l'on se souvient que chez lui c'est l'acte de volonté qui seul peut faire naître la signification objective et qui doit, pour que la décision soit efficace, la justifier et par là se soumettre à des contraintes »²¹⁷, car – et cette fois c'est Michel Troper qui l'écrit – « s'il a affirmé une fois l'existence objective d'une norme, il ne peut par la suite ignorer cette norme ». En quelque sorte, le juge constitutionnel serait soumis à une contrainte de sens, une

²¹² P. PACTET, « A propos de la marge de liberté du Conseil constitutionnel », in *Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, p. 292 et s.

²¹³ CC, n° 93-325 DC, 12-13/08/1993, *Rec.* 224 ; comp. Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993 relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile (article 53-1 de la Constitution du 4 octobre 1958).

²¹⁴ CC, n° 2003-469 DC, 26/03/2003, *Rec.* 293.

²¹⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, op. cit., p. 13.

²¹⁶ M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie », op. cit., p. 344.

²¹⁷ J.-C. LE COUSTOMER, « Réalisme, scepticisme et contraintes juridiques », op. cit., p. 176.

signification linguistique qui implique de sa part une obligation de cohérence sans laquelle il ne pourrait trouver son auditoire pour reprendre une expression perelmanienne. Or, dans un système de droit comme ceux qui nous intéressent, ces « énoncés à fonction prescriptive » proviennent quasi exclusivement de sources écrites. Cette cohérence de sens par rapport aux textes écrits correspond à l'idée selon laquelle la causalité « directe » d'une contrainte d'argumentation qui provient du fait que « les textes le prévoient et même l'exigent. Ainsi se retrouve posée la question de la soumission de la décision juridique au sens des textes qui sont utilisés comme référence dans cette décision (...). Or, la théorie réaliste renonce à cette conception de la fonction du texte »²¹⁸.

La théorie juridique doit-elle renoncer à l'évaluation critique ? « Ramenées à la seule volonté décisionnelle [des interprètes authentiques], les règles de droit – *issues des raisonnements propres à leur application* – ne [pourraient-elles] être analysables que dans le cadre des catégories de la science qui a pour objet la description des comportements des individus – la psychanalyse ou la psychologie – ou qui a pour objet la mise au jour des stratégies de pouvoir – la sociologie politique »²¹⁹ ?

La théorie du droit n'aurait-elle donc pas accès au raisonnement du juge parce que la liberté de l'interprète est une réalité indépassable pour elle ? Certes, il ne s'agit ni de se mettre "à la place de...", ni de s'attacher à des considérations psychologiques, ou à des entretiens biographiques. Nous nous en tiendrons principalement à la contrainte argumentative issue de l'obligation de motiver les décisions de constitutionnalité et à la définition de Chaïm Perelman du raisonnement juridique : « raisonnement du juge tel qu'il se manifeste dans un jugement ou un arrêt qui motive une décision. (...) *seul le jugement motivé nous fournit l'ensemble des éléments [nous permettant] de dégager les caractéristiques du raisonnement juridique* »²²⁰.

²¹⁸ J.-C. LE COUSTOMER, « Réalisme, scepticisme et contraintes juridiques », art. cit., p. 176.

²¹⁹ D. ROUSSEAU, « Propositions pour construire la pensée du droit dérobé », in D. ROUSSEAU (dir.), *Le droit dérobé. Actes du colloque de Montpellier. 10 et 11 avril 2003*, Montchrestien, 2007, p. 11.

²²⁰ C. PERELMAN, « Le raisonnement juridique », in *Ethique et droit*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 576.

II. Tentative de définition de méthodes pour la présente étude : pour un postulat post-positiviste ; non méthodologique

« Là où Kelsen pensait devoir s'arrêter, là commence le travail »²²¹. Tel est le constat d'un théoricien du droit allemand, Friedrich Müller, dont l'œuvre n'a été que très récemment traduite en France. Mais pas seulement « là où Kelsen pensait devoir s'arrêter », ce sont en réalité également l'ensemble des constructions théoriques néo-kelséniennes, qu'elles soient strictement normativistes ou réalistes, qui semblent pouvoir être affectées par le constat de l'auteur allemand.

En effet, nous l'avons déjà évoqué, « la *Théorie pure du droit* s'achève sur le problème de l'interprétation »²²². Certains auteurs ne manquent pas de relever à ce propos une véritable « aporie »²²³ de la théorie de Kelsen à propos de l'interprétation. « La science du droit est interprétation des normes, détermination de leurs significations possibles, mais, si nous suivons Kelsen sur ce point, elle ne peut que prendre acte des décisions de l'autorité, même si celles-ci s'écartent totalement de ces significations possibles »²²⁴. En réalité, il apparaît en effet que le niveau d'interrogations décrit dans la citation précédente n'est pas le problème de la *Théorie pure*, et plus globalement d'une épistémologie normativiste. Le professeur Otto Pfersmann²²⁵, par exemple, paraît d'ailleurs aisément le reconnaître. En distinguant l'interprétation « authentique » de l'interprétation « scientifique », la posture kelsénienne vise à introduire en réalité deux concepts différents d'interprétation et de « volition », entre une activité qui relève d'une sphère de connaissance et des actes de volonté qui ne peuvent en être l'objet. Il y a là une nette césure entre ce qui relève de l'interprétation ou de la science, et « l'application du droit par un organe juridique ». Pour Kelsen, « cette activité n'est pas connaissance du droit positif, mais connaissance d'autres normes qui peuvent y déboucher dans la procédure de création du droit : normes de la morale, de la justice, jugements de valeur sociaux »²²⁶. Rappelons-le, c'est toute l'ambition de la théorie kelsénienne et de conception de la science du droit qui en découle de purifier la connaissance

²²¹ F. MÜLLER, *Strukturierende Rechtslehre*, 2^{ème} éd., Duncker & Humblot, 1994, p. 439 (trad. JOUANJAN).

²²² O. JOUANJAN, « Présentation », in F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, PUF, 1996, p. 7.

²²³ Voir par exemple : O. BEAUD, « Repenser la démocratie constitutionnelle : le pari d'une théorie "post-positiviste" du droit », *Critique*, n° 642, 2000, p. 954.

²²⁴ P. HACK, *La philosophie de Kelsen. Epistémologie de la Théorie pure du droit*, op. cit., p. 163.

²²⁵ « L'interprétation – au sens strict – ne permet pas de résoudre le problème de savoir laquelle parmi les solutions possibles devra être choisie en vue de trancher le cas d'espèce. Et ce n'est pas un défaut, car attribuer à un organe l'habilitation d'agir en choisissant entre plusieurs solutions veut bien dire que la norme applicable ne procède pas par elle-même à ce choix et que *par conséquent le problème s'arrête proprement ici* », cf. O. PFERSMANN, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution », op. cit., p. 51.

²²⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 340.

juridique de tous ces éléments, si celle-ci veut respecter une posture de neutralité axiologique. Par les distinctions précédemment évoquées, l'épistémologie normativiste se rassure en quelque sorte de ce point de vue. Cependant, il apparaît que « purifiée de ces éléments perturbateurs, la théorie pure s'achève en abdiquant devant eux : la science du droit en est purifiée, mais pas la pratique »²²⁷.

En outre, il s'avère aussi, à l'inverse d'une démarche strictement normativiste, que « la théorie pure peut basculer en un réalisme juridique radical », ayant pour « conséquence extrême » que, dans un édifice théorique concernant le droit, il n'y aurait « plus guère de place pour l'idée d'une "*application*" des normes, si ce terme doit avoir un sens »²²⁸. La théorie réaliste de l'interprétation est une théorie des actes qui peuvent être reconnus comme spécifiquement juridiques et qui, par souci de neutralité respectant en cela un paradigme positiviste, est amenée à *prendre acte* desdits actes qui sont l'objet de la science du droit, puisqu'elle veut être indifférente elle aussi aux « éléments perturbateurs » de leur signification juridique, valeurs morales ou autres conceptions de la justice par exemple. « Si Kelsen affirme que la norme juridique est la signification objective d'un acte de volonté, comment peut-il dire que cette signification lui est conférée par une norme supérieure, si cette norme est elle-même une signification ? (...) La difficulté vient donc essentiellement de la coupure établie par Kelsen entre les actes de volonté et leur signification » et pour tenter de dépasser ce problème d'ordre méthodologique (du point de vue du sujet connaissant), Michel Troper prescrit une autre conception des « éléments mis en relation. Dans le système juridique, un acte humain, par exemple un acte de langage, acquiert la signification objective d'une norme, parce qu'un autre acte, qui présente lui-même cette signification, la lui accorde. Les termes de la relation sont donc les normes, mais les actes, qui acquièrent, les uns par rapport aux autres, la signification de normes »²²⁹.

Au vu de ces apories quant au problème théorique de l'application du droit issu, quelles qu'en soient les nuances et les distinctions, « de la faiblesse de la théorie kelsénienne de l'interprétation »²³⁰, il convient dès lors de s'intéresser à la réflexion sur un éventuel dépassement du « positivisme légaliste », « logique », ou encore « réaliste ». En d'autres termes, que pourrait-être une approche « post-positiviste » ?

²²⁷ O. JOUANJAN, op. cit., p. 7.

²²⁸ O. JOUANJAN, *ibid.*, p. 8.

²²⁹ M. TROPER, « Système juridique et Etat », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, op. cit., p. 173.

²³⁰ Voir : O. JOUANJAN, op. cit., p. 9.

§ 1 – Quel paradigme pour une théorie de l'application du droit constitutionnel « post-positiviste » ?

L'emploi du préfixe « post- » n'est bien évidemment pas neutre. Il indique une part de réflexion qui s'inscrit dans le temps, même s'il ne s'agit pas de proposer une histoire de la pensée juridique, ou autre histoire des idées juridiques. En revanche, il paraît possible d'envisager une certaine historicité de la théorisation sur le droit. Dans cette perspective, « la théorie contemporaine du droit pourrait être dite, dans son ensemble, "interprétative" dans la mesure, d'abord, où elle serait devenue particulièrement sensible à l'importance centrale de l'interprétation dans l'expérience juridique ou, en d'autres termes, au caractère éminemment interprétatif du droit ou de sa pratique »²³¹.

Que peut bien signifier cet axiome interprétatif ? La formulation peut se faire en deux temps. Pour être appliquée, une règle de droit doit être interprétée comme norme juridique. La signification juridique de ladite norme suppose un acte de volonté. Au final, si l'intérêt de l'étude porte sur le processus d'application du droit, une forme de syllogisme nous amène à considérer d'une façon générale que l'application du droit suppose, à un moment donné de son cheminement, un acte de volonté.

La portée de ce « moment volitif » semble devoir s'imposer comme l'enjeu majeur d'une entreprise théorique « post-positiviste », entendue seulement dans un premier temps simplement comme l'expression d'une volonté de dépassement. En effet, il n'y a aucune volonté de totale remise en cause. Par l'idée de « post-positivisme » employée ici, la réutilisation du terme « positivisme » n'est pas et ne peut pas être vide de sens. Mais surtout, par rapport aux développements précédents, ce réemploi se restreint et veut seulement se traduire comme l'adhésion à un postulat réaliste et non normativiste.

L'application du droit suppose un acte de volonté, telle est l'amorce de notre réflexion. L'exigence de dépassement d'ores-et-déjà manifestée touche à certains excès de la posture réaliste, et en particulier un reproche de « scepticisme » qui peut lui être fait, car comme le relève le professeur Olivier Jouanjan, « l'interprétation devient une opération purement volitive dès lors qu'il apparaît impossible d'asseoir le moment cognitif »²³². Envisageons par exemple le principe selon lequel le juge constitutionnel doit motiver ses décisions. Ce qui

²³¹ G. JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, L'Harmattan, 2005, p. 45.

²³² O. JOUANJAN, « Présentation », in F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, op. cit., p. 8.

apparaît pourtant pour certains comme une véritable « règle de moralité juridique »²³³ ne devient dans une théorie réaliste du droit qu'un « masque » cherchant à « faire illusion », une simple obligation d'ordre idéologique qui « dissimule le fait du pouvoir en valeur du droit ». En effet, en considérant que l'interprétation et l'acte juridique qui lui sert de support sont des actes de volonté, que « s'ils émanent d'organes compétents, l'interprétation est authentique, [alors] les propositions énoncées dans l'acte juridique ont la signification objective de norme, quelle que soit la pertinence ou l'absurdité du raisonnement qui les accompagne »²³⁴.

Le problème, c'est que le positivisme vise à cantonner la scientificité de la connaissance juridique dans une posture rigoureusement descriptive, « [centrée] sur l'affirmation que "le langage de la connaissance doit, en dernière analyse, refléter la réalité, représentée la réalité telle qu'elle est, de manière passive et neutre" ». Pour tendre vers une épistémologie qui se voudrait « post-positiviste », le sujet connaissant doit-il pour autant souscrire à un modèle constructiviste « centré sur l'affirmation que "la connaissance est une œuvre sociale collective (avec un caractère partiellement lié au langage), une pratique sociale qui comporte une intervention active sur la réalité" »²³⁵ ?

Le débat fut posé par les professeurs belges Ost et van de Kerchove il y a une vingtaine d'années par une question *a priori* simple : « d'où vient la science du droit »²³⁶ ? Le point de vue adopté par le discours de la connaissance semble s'insérer dans une alternative prenant l'image d'une métaphore : la connaissance scientifique (ou prétendue comme telle) pourrait se situer soit « sur la scène » ou « au balcon », c'est-à-dire « rendre compte du point de vue interne des sujets de droit » ou s'en tenir à un point de vue *purement* externe, selon un schéma en réalité repris de l'édifice théorique de l'auteur anglais Herbert Hart²³⁷, sachant que l'éminent professeur prévenait aussitôt que « l'une des difficultés auxquelles se heurte toute théorie du droit soucieuse de rendre justice à la complexité des faits, consiste à se souvenir de la présence de ces deux points de vue, et ne pas considérer l'un d'eux comme inexistant »²³⁸.

²³³ T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », op. cit., p. 45 ; voir aussi : P. GODDING, « Jurisprudence et motivation des sentences du Moyen Âge à la fin du 18^{ème} siècle », in C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, 1978, part. pp. 65-67.

²³⁴ M. TROPER, « La motivation des décisions constitutionnelles », in *La motivation des décisions de justice*, op. cit., p. 301, 302 et p. 295.

²³⁵ V. VILLA, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, 1994, p. 288.

²³⁶ Voit : F. OST, M. van de KERCHOVE, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », in F. CHAZEL, J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991, p. 67 et s.

²³⁷ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. van de KERCHOVE, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976, pp. 114-115.

²³⁸ H. L. A. HART, *ibid.*, p. 116.

A) *Un paradigme herméneutique. Délimitation d'un « contexte »*

« La théorisation sur le droit est incontestablement, comme toute activité humaine, un phénomène historico-culturel. Toutes ses manifestations ont lieu à l'intérieur d'un contexte socioculturel et à un moment donné du processus, celui du devenir humain. Elles se trouvent donc insérées dans un univers contingent et plus ou moins complexe de structures organisationnelles, de besoins, de problèmes, d'attentes, de pratiques, de goûts, de valeurs, de savoirs, de visions du monde, de relations avec le passé, d'expectatives envers l'avenir »²³⁹.

Où il s'agit alors de mettre en exergue deux niveaux de données :

1. Données culturelles : postulats de la connaissance du sens de l'action

Dans la sphère du savoir interprétatif (qui nous intéresse), une première influence épistémologique majeure se situe sans aucun doute dans l'œuvre de Wilhelm Dilthey dans la deuxième moitié du 19^{ème} siècle. « Afin de fonder la spécificité méthodologique des sciences humaines, Dilthey s'inspire de la distinction (...) entre l'expliquer ("Erklären") et le comprendre ("Verstehen"). Alors que les sciences pures cherchent à expliquer les phénomènes à partir d'hypothèses et de lois générales, les sciences humaines veulent comprendre une individualité historique à partir de ses manifestations extérieures. La méthodologie des sciences humaines sera ainsi une méthodologie de la compréhension »²⁴⁰.

L'un de ses héritiers intellectuels, Hans-Georg Gadamer, va donner une dimension langagière à cette philosophie herméneutique des sciences humaines et sociales (toujours en opposition aux sciences de la nature), au-delà de la stricte conception méthodologique de l'herméneutique diltheyienne. Dans une approche synthétique, le philosophe québécois Jean Grondin reformule l'une des interrogations de l'œuvre de Gadamer : « n'y a-t-il pas un "mode de connaissance" impliquant l'individu qui peut servir de modèle aux sciences humaines ? Si ce modèle a perdu (...) sa force contraignante, c'est que le positivisme scientifique a imposé un modèle unique de savoir, celui de la connaissance méthodique, indépendante de

²³⁹ G. JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, L'Harmattan, coll. « Ouverture philosophique », 2005, p. 9

²⁴⁰ J. GRONDIN, *L'herméneutique*, PUF, 2006, p. 23.

l'interprète »²⁴¹. Il s'agit peut-être d'insister sur l'un des éléments fondamentaux de la pensée herméneutique : l'importance du contexte historique et la conscience de l'interprète d'être un élément de cette histoire ; qui pourrait se résumer dans la formule suivante : « l'histoire me précède et devance ma réflexion ; j'appartiens à l'histoire avant de m'appartenir »²⁴². Le philosophe allemand concevait ainsi que « le comprendre (...) doit être pensé moins comme une action de la subjectivité que comme une insertion dans un événement de tradition où se médiatisent constamment le passé et le présent. Voilà ce qu'il faut reconnaître dans la théorie herméneutique, qui est beaucoup trop dominée par les idées de procédure et de méthode »²⁴³. Le philosophe français Paul Ricœur, lecteur de Gadamer avant de développer sa propre philosophie herméneutique, résume l'apport du penseur allemand en ce que « *le caractère universellement langagier de l'expérience humaine (...) signifie que mon appartenance à une tradition ou à des traditions passe par l'interprétation des signes, des œuvres, des textes dans lesquels les héritages culturels se sont inscrits et offerts à notre déchiffrement* »²⁴⁴.

Pour Paul Ricœur, « le ressort essentiel de l'œuvre de Gadamer, [c'est] l'opposition entre distanciation aliénante et appartenance. Cette opposition est une antinomie, parce qu'elle suscite une alternative intenable : d'un côté (...) la distanciation aliénante est l'attitude à partir de laquelle est possible l'objectivation qui règne dans les sciences de l'esprit ou sciences humaines ; mais cette distanciation, qui conditionne le statut scientifique des sciences, est en même temps la déchéance qui ruine le rapport fondamental et primordial qui nous fait appartenir et participer à la réalité historique que nous prétendons ériger en objet. D'où l'alternative sous-jacente au titre même de l'œuvre de Gadamer *Vérité et Méthode* : ou bien nous pratiquons l'attitude méthodologique, mais nous perdons la densité ontologique de la réalité étudiée, ou bien nous pratiquons l'attitude de vérité, mais alors nous devons renoncer à l'objectivité des sciences humaines »²⁴⁵, et dès lors aussi, à leur caractère de science. L'enjeu est fondamental, à tel point que se repose la question de la science du droit. C'est là que Ricœur va remettre la « chose du texte » au centre du travail de connaissance dans la démarche des « sciences de l'esprit ». Le texte est « beaucoup plus qu'un cas particulier de communication interhumaine, il est le paradigme de la distanciation dans la

²⁴¹ J. GRONDIN, *L'herméneutique*, op. cit., p. 51.

²⁴² P. RICŒUR, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique, II.*, Seuil, coll. « Esprit », 1986, p. 98.

²⁴³ H.-G. GADAMER, *Vérité et Méthode*, « Préface », 1^{ère} trad. partielle, Seuil, 1976, p. 14.

²⁴⁴ P. RICŒUR, *Du texte à l'action.*, op. cit., p. 100.

²⁴⁵ P. RICŒUR, « La fonction herméneutique de la distanciation », in *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique, II.*, op. cit., p. 101.

communication »²⁴⁶ parce qu'il n'appartient ni à son auteur ni à son lecteur selon Ricœur. En effet, le texte est envisagé en quelque sorte un élément de la réalité historique, un objet de connaissance à traduire et à comprendre dans le langage du moment de la connaissance.

Il est possible de mesurer l'intérêt certain de ce cadre épistémologique pour la connaissance juridique. Le droit est une expérience langagière et sur un plan de la culture juridique dont pourrait relever notre système juridique, celle-ci peut aisément être qualifiée de « textuelle », que ce soit dans l'assise du moment cognitif, puis dans la compréhension du moment volitif et de l'action de l'interprète reconnu comme « authentique ».

2. Données historiques et institutionnelles quant à l'objet

La procédure instituée par l'article 61-1 de la Constitution et la promotion du caractère « prioritaire », dans l'ordre juridique étatique, de la norme constitutionnelle relative aux « droits et libertés » ravivent une certaine « tension » récurrente à propos de la justice constitutionnelle, vue dans l'ensemble comme un progrès pour la garantie des droits des citoyens-justiciables, ne pouvant toutefois empêcher une part de méfiance à l'égard de l'extension annoncée du « pouvoir d'abrogation » conféré à une institution de type juridictionnel.

Ainsi, certains auteurs ont été amenés à rappeler, contre l'apparence d'un unanimisme ambiant, que « depuis le 1^{er} mars 2010, onze personnes ont désormais le droit d'annuler ce que la majorité parlementaire a voté au nom de la représentation nationale. Censée protéger les institutions, la Constitution deviendrait-elle l'instrument d'un nouveau gouvernement du juge constitutionnel ? »²⁴⁷.

Il apparaît plus globalement que le discours sur la justice constitutionnelle se départit difficilement d'une tension d'ordre démocratique, et de certains écarts entre des conceptions démocratiques dominantes et des formes démocratiques impliquées par la présence de la juridiction constitutionnelle dans un système politico-juridique donné. La tension, et plus encore la perception de ces écarts s'exprime inévitablement en termes de *légitimité démocratique* de l'institution.

Relatant sa propre expérience au sein du Conseil constitutionnel, la sociologue Dominique Schnapper estime que « toutes les cours constitutionnelles sont confrontées au

²⁴⁶ P. RICŒUR, op. cit., p. 102.

²⁴⁷ P. BLACHÈRE, « Vers un gouvernement du juge constitutionnel ? », *AJDA*, 2010, p. 465.

problème de leur nature et de leur compétence, comme l'a montré un colloque réunissant des responsables de Cour rue de Montpensier en novembre 2006. Leurs membres s'interrogent sur leur nature politique ou juridictionnelle, ils se demandent jusqu'où et comment les Cours peuvent s'insérer dans l'ordre politique sans outrepasser leur rôle. Ils se posent la question des limites de leur pouvoir et de leur légitimité à contrôler, fût-ce au nom de la Constitution elle-même, l'activité du législateur directement issu du suffrage universel, expression de la souveraineté du peuple. C'est là un sujet existentiel qui suscite les passions parmi les conseillers et les juristes »²⁴⁸.

Cette donnée du problème prend d'autant plus d'ampleur que, sur un plan socio-historique, « il est courant, depuis maintenant presque vingt-cinq ans, de constater une crise de la démocratie représentative »²⁴⁹. Mais il paraît aussi assez bien établi dans la pensée démocratique et sur la démocratie, qu'« en réalité, cette dernière n'est que l'émergence périodiquement douloureuse d'un malaise sourd et constant »²⁵⁰.

La conscience historique du phénomène démocratique semble devoir prendre en compte et mesurer l'évolution des systèmes démocratique à l'aune de ce que « la démocratie n'a cessé de constituer un problème et une solution pour instituer une cité d'hommes libres. En elle se superposent depuis longtemps le bien et le flou. Cette coexistence a ceci de particulier qu'elle ne tient pas principalement au fait qu'elle serait un idéal lointain sur lequel tout le monde s'accorderait, les divergences sur sa définition renvoyant à l'ordre des moyens à employer pour la réaliser »²⁵¹. En d'autres termes, « la démocratie n'est pas une essence donnée une fois pour toutes, c'est une histoire et les formes concrètes qu'elle prend évoluent avec les sociétés elles-mêmes »²⁵².

Pourtant, au sein de l'ordre constitutionnel en vigueur, dans la réaffirmation notamment de l'« attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789 », une interrogation fondatrice et fondamentale reste de mise : « comment constituer un ordre politique et social sur la base des volontés individuelles » ?²⁵³.

²⁴⁸ D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, 2010, p. 139.

²⁴⁹ G. PROTIERE, « La démocratie représentative à l'épreuve des jurys citoyens », *Politeia*, n° 11, 2007, p. 114.

²⁵⁰ G. VEDEL, « Préface », in D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, LGDJ – Bruylant, 1995, VIII.

²⁵¹ P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, coll. « Folio Histoire », 2003, p. 12.

²⁵² D. SCHNAPPER, op. cit., p. 370.

²⁵³ cf. B. MANIN, « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », *Le débat*, n° 33, 1985, p. 75.

En effet, la modernité du discours démocratique réside en l'avènement de principes individualistes dans « le but de toute association politique » et l'action « de toute institution politique », et qui s'est traduit en particulier par l'établissement de sujets juridiques bénéficiant d'une égalité au moins formelle au sein de la « Société » politique. Il suffit de se rappeler les termes de l'article 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, selon lesquels « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ». Mais il n'est pas de liberté absolue totalement compatible avec « le maintien de la Constitution » d'une « société », d'une « association » ou encore dans l'idée d'un « corps social » qui dépasse bien évidemment celle du seul individu. Dès lors, « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits » (article 4 de la Déclaration).

Il apparaît alors que la possibilité d'une direction commune, imputée à un exercice démocratique du pouvoir, ne trouve son fondement que par le biais d'une fiction unanimiste. « La Loi est l'expression de la volonté générale. (...) Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Pour Bernard Manin, il s'agit là de la mise en exergue de « la force du réquisit d'unanimité dans la pensée politique dérivant de l'individualisme »²⁵⁴, qu'elle soit à caractère démocratique, ou plus simplement libérale, et de façon plus complexe les deux à la fois. Le « principe de légitimité, dans l'ordre politique, est l'unanimité ».

« C'est ainsi l'horizon de l'unanimité qui a depuis l'origine sous-tendu l'idée démocratique : est démocratique, au sens le plus large du terme, ce qui exprime la généralité sociale »²⁵⁵. Au fond, le fonctionnement pratique de la société démocratique ne fait que refléter un rapport de force nécessaire entre les prérogatives de l'individu et les « choix qui déterminent la vie commune » pour reprendre une expression de Dominique Schnapper. Dans l'équilibre de ce rapport, s'est imposé dans notre tradition démocratique un « principe de décision (la majorité) » au détriment d'un strict « principe de légitimité (l'unanimité) ». Sur ce plan-là, les travaux historiques de Pierre Rosanvallon rappellent que « la France de 1789 et l'Amérique de 1787 partagent une même certitude pratique : qu'il s'agisse d'organiser constitutionnellement une indépendance fraîchement acquise ou d'inventer les formes politiques de la rupture avec un ordre absolutiste, nul ne songe à instaurer un régime de démocratie directe. La mise en place d'un système représentatif s'impose dans les deux cas

²⁵⁴ B. MANIN, *op. cit.*

²⁵⁵ P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, 2008, pp. 10-11.

comme une sorte d'évidence pratique»²⁵⁶. Ainsi, « suivant la théorie classique de la représentation élaborée à la fin du XVIIIe siècle, la démocratie était "épurée" par l'élection »²⁵⁷.

Toutefois, la réflexion démocratique contemporaine semble vouloir s'arrêter sur ce que « l'énoncé » précédent « recouvre une approximation d'importance : l'assimilation pratique de la volonté générale à l'expression majoritaire. (...) Se sont ainsi mêlés dans l'élection démocratique un *principe de justification* et une *technique de décision*. Leur assimilation routinière a fini par masquer la contradiction latente qui les sous-tendait »²⁵⁸.

La remise en valeur, voire le primat, de l'individu dans les sociétés contemporaines, dans l'infrastructure socio-économique comme dans la superstructure juridico-politique (institutions, idéologies), paraît rendre difficile les conditions de réalisation de la fiction unanimiste par l'incarnation de la volonté majoritaire dans le moment électoral. Paradoxalement, ceci est justement dû aux progrès de la condition individuelle qui a, en partie au moins, permis une meilleure « intériorisation chez les citoyens des valeurs et des exigences de l'individualisme démocratique ». Dans ce que Dominique Schnapper appelle « la démocratie extrême d'aujourd'hui, le souci de l'individu est devenu premier, on accorde une valeur privilégiée à la recherche de l'authenticité de soi à travers la consécration des identités de chacun, individuelle et collective. C'est un régime de l'immédiat et du donné, du hic et nunc, étranger à toute transcendance... comme à toute fiction. Il affaiblit la fiction politique du fait majoritaire et la légitimité des procédés par lesquels s'organisait la représentation »²⁵⁹. Mais ceux-ci doivent-ils pour autant figer les représentations de ce qu'il faut entendre par « système démocratique » ? N'est-il pas possible d'envisager des procédés, des organes ou des fonctions, « au-delà de la représentation »²⁶⁰ électorale qui pourraient se rattacher au fonctionnement d'un système toujours régi par un principe d'imputation démocratique de l'acte normatif qui pourrait en résulter.

Pour ce faire, il s'agirait d'admettre dans le discours sur l'objet – la fonction considérée – en lien avec une théorie démocratique complexe l'hypothèse selon laquelle « la vie des démocraties s'élargit donc de plus en plus au-delà de la sphère électorale-

²⁵⁶ P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée*, op. cit., pp. 14-15.

²⁵⁷ D. SCHNAPPER, op. cit., p. 371.

²⁵⁸ P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique*, op. cit., p. 9 et p. 10.

²⁵⁹ D. SCHNAPPER, op. cit., p. 372.

²⁶⁰ cf. par exemple : D. ROUSSEAU, « De la démocratie continue », in ID. (dir.), *La démocratie continue*, Bruylant – LGDJ, 1995, p. 7 et s.

représentative. Il y a dorénavant bien d'autres façons, à la fois concurrentes et complémentaires de la consécration par les urnes, d'être reconnu comme démocratiquement légitime. Contrairement aux légitimités d'établissement et d'identification qui étaient indissociables de propriétés considérées comme appartenant intrinsèquement à certains pouvoirs (...), ces formes émergentes sont constituées par des qualités. La légitimité n'est jamais acquise dans leur cas. Elle reste toujours précaire, continuellement remise en jeu, dépendante de la perception sociale de l'action et du comportement des institutions »²⁶¹ ; domaine où le champ de la théorie juridique se retrouve alors bien interrogé quant à ses possibilités d'appréhension de l'*action* juridique censée légitimer une fonction paradoxale²⁶² de justice constitutionnelle dans – et pour – l'Etat de droit démocratique, prise dans une dialectique mettant en rapport d'une part, le progrès engendré par le droit et la technique constitutionnelle, et d'autre part, un certain scepticisme démocratique.

B) Critique d'un postulat méthodologique pour une théorie herméneutique du droit

A ce niveau de réflexions épistémologiques, l'idée est donc de vérifier les conditions de développement du discours sur le raisonnement du juge constitutionnel en discours sur la fonction *de* juge constitutionnel, selon un axiome interprétatif ou herméneutique pour ce qui s'apparente à un travail de théorisation juridique.

« Que peut être aujourd'hui une théorie herméneutique du droit ? Que pourrait représenter un point de vue spécifiquement herméneutique dans un panorama théorique entré (...) dans l'ère d'un véritable "tournant interprétatif" ? (...) En tout état de cause, la question se pose de savoir si l'on peut concevoir une théorie juridique herméneutique – une conception ou définition herméneutique du droit et un mode herméneutique de théoriser sur le droit – qui désigne autre chose qu'un degré maximal d'adhésion aux différents aspects de l'interprétativisme que l'on attribue à la théorie contemporaine du droit »²⁶³.

²⁶¹ P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique*, op. cit., p. 19.

²⁶² Voir : J. HABERMAS, « Le paradoxe de l'Etat de droit démocratique », *Les temps modernes*, n° 610, 2000, p. 77 : « Pour que la fondation normative de l'Etat de droit démocratique soit consistante, il semble que l'on doive accorder le primat à l'un des principes concurrents, droits de l'homme ou souveraineté populaire. Ou bien les lois, y compris la Loi fondamentale, ne sont légitimes que pour autant qu'elles sont conformes aux droits de l'homme, indépendamment de ce qui en fonde la légitimité. Dans ce cas, le législateur démocratique ne décide souverainement que dans ces limites – ce qui porte préjudice au principe de souveraineté populaire. Ou bien les lois, y compris la Loi fondamentale, ne sont légitimes que pour autant qu'elles sont le résultat d'une formation démocratique de la volonté. Dans ce cas, le législateur démocratique peut se donner la Constitution de son choix et, le cas échéant, enfreindre sa propre Loi fondamentale – ce qui porte préjudice à l'Etat de droit ».

²⁶³ G. JUST, « La "jurisprudence herméneutique" et son horizon : l'interprétation entre ses conditions et ses possibilités », *Droits*, n° 40, 2004, p. 219.

A partir d'interrogations autour du courant allemand dit de la « jurisprudence herméneutique », le philosophe du droit brésilien Gustavo Just propose l'esquisse suivante : « une théorie herméneutique du droit pourrait se distinguer dans le panorama actuel entre autres par son insistance sur la démarcation entre le domaine de l'interprétation (...) et celui de l'argumentation (...); par sa méfiance à l'égard de toute ambition de maîtrise, méthodologique ou simplement conceptuelle, des processus interprétatifs ; par sa vocation à associer radicalement le point de vue herméneutique et le point de vue historique, et à leur subordonner la compréhension du droit et de son intelligibilité »²⁶⁴.

Il faut bien reconnaître que « le contact direct avec la JH est en France surtout l'affaire des spécialistes de la pensée juridique allemande, n'ayant pas suscité beaucoup d'intérêts chez les autres théoriciens »²⁶⁵. D'une façon générale, le débat « juridico-théorique » dans les milieux intellectuels a plutôt été réceptif d'une influence anglo-saxonne dans la mesure du tournant interprétatif de l'entreprise savante sur le droit, en particulier à partir de l'œuvre de Ronald Dworkin et de ses accents de philosophie politique. De ce point de vue, il est vrai que cette « culture juridique anglo-américaine » a été elle-même très peu sensible, voire indifférente, au courant herméneutique allemand.

Tout de même, il convient de relever que l'un des auteurs convoqués à l'analyse de Gustavo Just connaît un intérêt qui semble en constante évolution, par l'initiative de traductions d'ouvrages et d'articles ainsi que la promotion de travaux universitaires théoriques et comparatistes nourris de littérature allemande. Il s'agira ici d'évoquer les constructions « théorico-méthodologiques » du professeur Friedrich Müller et de la « Théorie Structurante de Droit », introduite et identifiée actuellement dans la pensée juridique française (et francophone) par le professeur Olivier Jouanjan. Après en avoir discuté de façon critique les prémisses (1), il se dégagera alors pour l'objet de notre propre discours les conditions d'une épistémologie relativiste (2).

1. Une théorie des structures langagières du discours de l'acteur juridique ?

La Théorie Structurante de MM. Friedrich Müller et Olivier Jouanjan semble vouloir s'apparenter, sans tautologie, à une structure globale pour une pensée juridique. L'idée de « *Strukturierende* » viserait « un concept d'ensemble qui comprend dogmatique,

²⁶⁴ G. JUST, op. cit., p. 243.

²⁶⁵ G. JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, op. cit., p. 62.

méthodologie, théorie (de la norme) juridique et théorie de la Constitution et les met en relation les uns avec les autres. Ces quatre domaines de travail désignent les terrains matériels d'opération de la théorie structurante du droit »²⁶⁶.

La théorie structurante s'apparente donc pour une part à « une théorie de la Constitution », ce qui apparaît comme permettant de pouvoir situer le « contexte » herméneutique de production d'un tel type de discours, c'est-à-dire, rappelons-le, « essayer d'appréhender l'appartenance historico-culturelle de la pensée juridique à partir de la référence (...) aux structures et à la dynamique de l'organisation politique et juridique »²⁶⁷. Comme le souligne le « fondateur » de l'école structurante, une telle entreprise « s'efforce de répondre à l'exigence de mise à jour à "la manière de Savigny" des niveaux d'interprétation qui correspondent au *droit actuel* »²⁶⁸. Depuis l'avènement de la Loi fondamentale de 1949, la culture juridique allemande s'est largement reconstruite autour du droit constitutionnel, sous l'impulsion de la puissance de la Cour constitutionnelle dans le système juridico-politique. Il ressort que la théorie de Friedrich Müller paraît s'inscrire dans cette sorte de « tropisme constitutionnel »²⁶⁹ dont le « substrat » – génériquement désigné par le terme de « droit constitutionnel » – est formé par « la jurisprudence constitutionnelle de la cour de Karlsruhe ».

D'où il ressort également très vite l'aspect « dogmatique » de la construction théorique. En effet, il s'agit de « prendre la Constitution au sérieux en tant que loi », soit certainement ici dans l'esprit de l'auteur, en tant que norme effective de droit positif, puisqu'il signifie aussitôt que la prescription précédente « veut dire prendre au sérieux *la structure de son effectuation en tant que concrétisation* »²⁷⁰. Le caractère « dogmatico-doctrinal »²⁷¹ du discours tenu vient de ce que les protagonistes peuvent considérer que « le mode de production des normes dépend aussi, en dernière analyse, du type d'organisation du pouvoir dans laquelle il s'inscrit. Autrement dit, il dépend de ses conditions constitutionnelles et institutionnelles qu'il s'agit également d'explicitier. La Théorie Structurante du Droit n'a pas

²⁶⁶ F. MÜLLER, « Notiz zur Strukturierende Rechtslehre », in ID., *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*, Duncker et Humblot, 1990, p. 120 (voir O. JOUANJAN, F. MÜLLER, « Présentation », in *Avant Dire Droit. Le texte, la norme et le travail du droit*, Presses de l'Université Laval, 2007, pp. 18-20).

²⁶⁷ G. JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, op. cit., p. 32.

²⁶⁸ F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, op. cit., p. 235.

²⁶⁹ O. BEAUD, « Repenser la démocratie constitutionnelle : le pari d'une théorie "post-positiviste" du droit », *Critique*, n° 642, 2000, p. 942.

²⁷⁰ F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, op. cit., p. 113.

²⁷¹ cf. A. JEAMMAUD, « Une typologie des activités savantes prenant le droit pour objet », *Sciences de l'Homme et de la Société*, n° 54, 1999, p. 10.

vocation à être une doctrine désincarnée applicable à tout système juridique en tant que tel. Elle est une théorie de l'agir juridique dans le cadre d'un certain type de système constitutionnel – l'Etat de droit démocratique moderne – dont il s'agit de faire aussi la théorie »²⁷².

C'est à partir de là que pour notre part commence une discussion critique. En effet, cette théorie de l'Etat « de droit » mentionnée ci-dessus s'impose comme une théorie de la norme et plus encore, de la normativité. Dit autrement, le postulat structurant « s'oriente résolument vers une théorie rationnelle de la signification juridique qui met l'accent sur la pratique, l'usage effectif des concepts juridiques, décrit comme essentiel, dans l'opération globale de construction de la décision juridique, le travail des interprètes sur le texte qui est à appliquer et à concrétiser »²⁷³.

Mais, au risque pourtant d'apparaître comme une « théorie sans objet »²⁷⁴, « la Théorie Structurante se refuse à poser d'emblée, *a priori* et abstraitement, un concept de la norme juridique. Elle évite de fixer donc par un acte premier l'"objet" de la science juridique »²⁷⁵. Dans l'action juridique, la norme est en quelque sorte présupposée. Elle en est le résultat, l'aboutissement qui qualifie l'acte envisagé de « juridique ». Et là se situe bien l'objet de la théorie structurante. Au-delà d'une théorie de la norme juridique, elle consiste en un discours à vocation globalisante sur la signification normative et de ses conditions de production et plus encore, de leur maîtrise. En cela, elle tente de dépasser le « paradoxe sceptique » qui peut affecter les postulats de la théorie réaliste de l'interprétation²⁷⁶, pour ce qui concerne notamment la textualité dans l'expérience juridique. Des travaux de Friedrich Müller, Olivier Jouanjan insiste sur ce que « la norme doit (...) être formulée pour le cas concret à partir d'un travail sur les textes, d'une part, c'est-à-dire sur les données linguistiques (*Sprachdaten*), et d'un travail sur les données factuelles, les données réelles (*Realdaten*). De ce double travail découle *la structure de la norme* en un programme normatif (résultat du travail d'interprétation) et un champ normatif (résultat du travail d'analyse du segment de la réalité concernée) »²⁷⁷.

²⁷² O. JOUANJAN, F. MÜLLER, « Présentation », in *Avant Dire Droit. Le texte, la norme et le travail du droit*, Presses de l'Université Laval, 2007, pp. 18-19.

²⁷³ J.-C. LE COUSTOMER, « Texte, norme et Etat de droit chez Friedrich Müller », inédit, source : www.theoriedudroit.net/notes/index.php/2008/03/18/29-texte-et-norme-chez-friedrich-muller (fichier PDF, p. 2).

²⁷⁴ Repr. O. PFERSMANN, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *RFDC*, n° 52, 2002, p. 759.

²⁷⁵ O. JOUANJAN, F. MÜLLER, « Présentation », op. cit., pp. 10-11.

²⁷⁶ cf. *supra*.

²⁷⁷ O. JOUANJAN, « Présentation », in F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, op. cit., p. 15.

Il se dégage alors, comme contrepoids à l'imprécision de la « norme » en tant qu'objet de la science juridique, une forte prétention à la rationalité. Ainsi, pour reprendre un exemple précédent, « prendre la Constitution au sérieux (...) on n'y parvient pas en niant, comme en ne posant pas, le problème de la valorisation concrétisante, mais en clarifiant *rationnellement* la structure de la concrétisation afin que l'interprète soit placé dans cette situation où il peut trouver les critères nécessaires aux opérations de valorisation et de concrétisation dans les directives de la Constitution »²⁷⁸, ajoutant dans d'autres productions que « la Théorie Structurante du Droit travaille depuis longtemps () sur ce front de la politique juridique : *réduire l'irrationalité, rendre l'arbitraire plus difficile* et le rendre également plus reconnaissable »²⁷⁹. Comme le relève alors Gustavo Just, dans cette optique, « *la conception herméneutique de la structure des processus décisionnels prend des allures plus "constructivistes"*. Il ne s'agit pas simplement de "poser" l'image d'un va-et-vient du regard à la place de la conception hiérarchisée et compartimentée de l'application, mais aussi de l'explorer méthodiquement : la concrétisation inclut aussi bien l'interprétation du texte que l'analyse du domaine normatif, la prise en charge méthodique de cette dernière constituant alors tout un programme théorique »²⁸⁰.

Pour procéder à ce dépassement du *modèle scientifique*²⁸¹ et cette construction nécessaire de la normativité dans ses postulats, le structuralisme juridique a recours à la notion de « langage » comme objet « méthodologico » – théorique (puisque les deux aspects sont mis sur le même plan épistémologique). Mais dans la perspective justement de l'épistémologie, il doit s'agir là d'une véritable « rupture » pour reprendre un vocabulaire bachelardien. La théorie structurante « négocie, dans le droit, un tournant pragmatique radical »²⁸², assumé comme « wittgensteinien »²⁸³, notamment parce qu'il semble à ses

²⁷⁸ F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, op. cit., p. 113.

²⁷⁹ F. MÜLLER, « Travail de textes, travail de droit. La question linguistique dans la Théorie Structurante du Droit », in *Avant Dire Droit*, op. cit., p. 38.

²⁸⁰ G. JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, op. cit., pp. 73-74.

²⁸¹ O. JOUANJAN, F. MÜLLER, « Présentation », in *Avant Dire Droit*, op. cit., p. 11 : « Il s'agit de libérer d'abord l'approche du droit de certaines conceptions traditionnelles de la science et de leur application à la science juridique. Les constructions épistémologiques de la "science juridique" ont depuis le XIXe siècle ordinairement emprunté deux voies : soit il s'agit d'établir la science du droit sur le modèle des sciences de la nature ; soit il s'agit, à l'inverse, de s'emparer de l'opposition faite dans la seconde moitié du XIXe siècle entre sciences de la nature et sciences de l'esprit (Geisteswissenschaften), la science juridique étant alors considérée comme une science normative de l'esprit. Cette seconde orientation a été développée par le courant *herméneutique* dans la théorie juridique ».

²⁸² O. JOUANJAN, « D'un retour de l'acteur dans la théorie juridique », in *Avant Dire Droit*, op. cit., p. 77.

²⁸³ cf. O. JOUANJAN, « Nommer/Normer. De quelques aspects du rapport Langage/Droit du point de vue de la Théorie Structurante du Droit », in *Avant Dire Droit*, op. cit., p. 47 ; B. JEAND'HEUR, « Science du langage et science du droit : problèmes communs du point de vue de la théorie structurante du droit », *Droits*, n° 28, 1999, p. 143 ; voir aussi l'analyse de : O. BEAUD, « Repenser la démocratie constitutionnelle : le pari d'une théorie "post-positiviste" du droit », op. cit., p. 948 : « Certes, Müller souligne l'analogie de sa propre théorie

protagonistes que l'approche selon une « herméneutique juridique laisse, en règle générale, la *structure* même du problème de l'application du droit dans l'état dans lequel elle l'a trouvée. Elle se contente, pour l'essentiel, de complexifier les procédés et les méthodes. (...) L'herméneutique juridique courante, même si elle le complique, reste tributaire du modèle syllogistique du jugement. Elle y ajoute seulement une médiation : le juge doit faire passer le sens, faire accéder la norme à la parole »²⁸⁴.

Comme l'analyse le professeur Olivier Beaud à propos de *ce* programme théorique, « en remplaçant le mot d'interprétation par celui de concrétisation ou par celui de construction, Müller revendique un changement copernicien qui apparaît bien si l'on trace le parallèle avec le tournant pragmatique de la linguistique »²⁸⁵. Dès lors, la « dose parfois accentuée de constructivisme méthodologique » qui *le* sous-tend « se traduit par l'articulation d'un discours systématique autour de directives méthodiques et de principes d'interprétation ou de concrétisation, *véhiculé en langage parfois rigoureux et sophistiqué* »²⁸⁶.

Ce dernier trait vient rappeler un axiome important du paradigme herméneutique pour la connaissance juridique : le droit est une expérience discursive et langagière. Dans un « ordre constitutionnel » comme le nôtre, soit un « ordre juridique que l'on peut caractériser en général comme forme langagière et qui se laisse précisément décrire du point de vue de sa *structure textuelle* », « le droit est nécessairement lié au langage, à la formulation linguistique, à l'interprétation du langage²⁸⁷, comme, en tout état de cause, à une activité linguistiquement médiée »²⁸⁸ ; la grande difficulté, une fois l'hypothèse établie, étant de « *situer* » le travail de « linguistique juridique ».

De ce point de vue et dans une approche plutôt contemporaine, il semblerait qu'il faille distinguer entre une réflexion sur l'insertion du discours de la connaissance juridique dans un « contexte "austinien" » et celle qui le ferait relever d'un « contexte "wittgensteinien" ». En

structurante avec la théorie linguistique du second Wittgenstein, mais cette analogie ne signifie pas détermination de celle-là par celle-ci. La rencontre avec Wittgenstein est postérieure à l'élaboration de sa théorie ».

²⁸⁴ O. JOUANJAN, « Nommer/Normer », op. cit., pp. 46-47.

²⁸⁵ O. BEAUD, « Repenser la démocratie constitutionnelle : le pari d'une théorie "post-positiviste" du droit », op. cit., p. 950.

²⁸⁶ G. JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, op. cit., p. 122.

²⁸⁷ D'ailleurs, précisant les conditions de transmission et de renvoi sur le concept de « disposition législative » en application de l'article 61-1 de la Constitution, le juge constitutionnel a tenu à rappeler, notamment face aux réticences de la Cour de cassation, que « tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère » à une disposition textuelle en cause lors de l'instance à l'occasion de laquelle le moyen en inconstitutionnalité est soulevé (CC, n° 2010-39 QPC, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, publ. *JO*, 07/10/2010, p. 18154, cons. 2).

²⁸⁸ B. JEAND'HEUR, « Science du langage et science du droit : problèmes communs du point de vue de la théorie structurante du droit », op. cit., p. 145.

simplifiant, il s'agirait de procéder à la différenciation d'une herméneutique juridique par laquelle « le problème de la connaissance équivaut à un problème d'identification »²⁸⁹ à partir d'un système de signes juridiques considéré comme un donné à l'action d'application normative, avec un discours qui se situerait au niveau des *usages linguistiques* qui concourent à la production du droit.

C'est donc à ce type de modèle que se réfère la théorie structurante du droit dans le tournant pragmatique qu'elle souhaite insuffler au discours *de*²⁹⁰ droit. « La "linguistique juridique", dans ces conditions, non pas comme l'addition de deux disciplines autosatisfaites, mais comme un lieu où chacune d'entre elles se laisse mettre fondamentalement en question et dont le point de départ se trouve dans la *pratique* de la parole dans un langage naturel autant que dans celle de la décision juridique quotidienne. Et décider juridiquement n'a rien à voir avec la mise en œuvre d'un algorithme certain : la langue du droit n'est rien d'autre qu'une langue naturelle enrichie de termes techniques sur la base d'une polysémie qui en est un caractère général et constant »²⁹¹.

Dès lors, le travail de théorisation juridique consisterait en un ouvrage de sémantisation. Pour appréhender cet aspect, le sujet connaissant paraît se trouver contraint d'en revenir à la distinction classique, dans le champ « des activités savantes » sur le droit, entre le texte et la norme, ou, comme le précise le professeur Müller, « entre la chaîne de signes (sémiotique) et la signification (sémantique) ». L'analyse en termes de « sémantisation » porterait par conséquent sur le passage du signe à la sémantique, ou bien encore au « signifié » ; en d'autres termes, du sens à la signification. Tout en sachant que la théorie structurante du droit suit l'axiome de la « sémantique pratique » selon lequel « le langage n'est pas un système préexistant à la pensée et à l'agir. Au contraire, à chaque degré, il s'exécute : dans l'usage, en tant qu'usage. Il en va de même pour le droit (qui ne peut être qu'en tant que langage), il est exécuté : la norme qui gouverne le cas, qui en décide effectivement n'est pas préexistante. Elle doit être créée dans le cas d'espèce par le travail juridique concret qui est une forme particulière d'agir communicationnel »²⁹².

Depuis ce postulat, sur le plan épistémologique, l'analyse rebondit sur la question du statut du texte dans le processus décrit d'application du droit et d'émergence de la norme

²⁸⁹ cf. S. CAVELL, *Les voix de la raison : Wittgenstein, le scepticisme, la moralité et la tragédie*, Seuil, trad. S. LAUGIER, 1996, p. 125.

²⁹⁰ Et non pas seulement au discours *du... sur...* ; pour faire référence à la vocation globalisante de la théorie.

²⁹¹ F. MÜLLER, « Travail de textes, travail de droit », op. cit., p. 25.

²⁹² F. MÜLLER, « Travail de textes, travail de droit », op. cit., p. 31.

constitutionnelle dans le travail de l'acteur juridictionnel génériquement désigné par le syntagme « juge constitutionnel ». Comment comprendre que « ce n'est pas le texte de norme qui règle le cas concret, mais bien le travailleur du droit en tant que sujet du processus de concrétisation » ? En développant un paradigme herméneutique pour le discours à vocation scientifique sur le droit, faut-il, voire même, est-il seulement envisageable d'admettre que « le texte de norme n'a que valeur de signe, il ne contient pas des concepts juridiques réifiés, mais bien seulement des données linguistiques qui doivent être étudiées en fonction, à chaque fois, du type d'usage qui en est fait »²⁹³ ?

2. Hésitation(-s) sur les sources d'un constructivisme méthodologique

Il semble que les développements précédents convergent vers l'idée que, même si elle revendique l'attache à « quatre champs matériels d'opération », même cinq avec ce qui touche à la « linguistique juridique », *la théorie structurante du droit* consiste, « par la démarche même qui l'établit », voire *constitue d'abord un paradigme méthodologique pour le champ du méta-discours juridique*, celui-ci étant au fondement d'une connaissance juridique voulue comme scientifique qui, pour l'acteur juridique ou « travailleur » du droit, lui « fournit correctement et pleinement l'ensemble des étapes méthodiques, opère avec elles d'une manière susceptible de généralisation et précise quelles sont les règles de préférences pour l'hypothèse où divers arguments pourraient se contredire »²⁹⁴.

Il se dégage alors ce qui peut être qualifié d'aporie et qui peut même s'apparenter en fait, sur le plan intellectuel, à une sorte de « dilemme »²⁹⁵ pour le modèle épistémologique herméneutique reconnu comme applicable à la science du droit. « On est ainsi en présence d'un contraste entre d'un côté une rationalité post-positiviste posée comme principe mais qu'il faut encore construire de toutes pièces (...) et, de l'autre, une dépendance accrue de l'argument juridique de légitimité, avec la conséquente hypertrophie des attentes dirigées au caractère non arbitraire et publiquement contrôlable de l'application du droit »²⁹⁶. La théorie structurante initiée en Allemagne par le professeur Friedrich Müller veut être à la fois une dogmatique, une théorie et une pratique constitutionnalistes conformes au droit constitutionnel *en vigueur*, et particulièrement aux principes découlant de certains articles de

²⁹³ B. JEAND'HEUR, op. cit., p. 149.

²⁹⁴ F. MÜLLER, « Travail de textes, travail de droit », op. cit., p. 29.

²⁹⁵ cf. G. JUST, « La "jurisprudence herméneutique" et son horizon : l'interprétation entre ses conditions et ses possibilités », op. cit., p. 230 et s.

²⁹⁶ G. JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, op. cit., p. 121.

la «Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne», en particulier l'article 20, § 3 qui énonce que « le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit » et qui fait partie justement des « principes » pour lesquels « toute modification » de ladite Loi fondamentale « est interdite » en vertu de son article 79, § 3.

Il apparaît clairement dans la pensée de l'auteur allemand que « les problèmes de l'interprétation juridique et de la concrétisation des normes ne sont pas déterminés par des considérations tirées de l'herméneutique philosophique ou de l'herméneutique générale des sciences de l'esprit, mais bien, avant tout, par les formes spécifiquement juridiques de la pensée et par les prescriptions du droit en vigueur, au nombre desquelles il faut compter surtout les impératifs constitutionnels qui gravitent autour du principe de l'Etat de droit »²⁹⁷, que les tenants de la théorie vont pourtant chercher au sein de la « structure textuelle » de ce qu'ils considèrent – par le biais même de cette « structure » – comme un « type » particulier d'« ordre constitutionnel ». « Seules les modalités de structuration et le type de sémantique des masses textuelles produites par l'Etat démarquent un Etat de droit des autres configurations étatiques. (...) L'Etat de droit se légitime par un effort de rationalité et celle-ci ne peut se développer que dans l'élément de langage »²⁹⁸.

Pourtant, sur le statut du texte, certaines analyses peuvent relever, « encore que cet enjeu n'ait pas été explicitement élaboré et affronté au sein de la jurisprudence herméneutique, l'évolution de ce courant connaît, parfois chez un même auteur, des oscillations et des vacillations qui traduisent précisément la tension entre sa matrice philosophique et les aspirations (à la fois théorétiques et pragmatiques) indissociables de sa propre émergence dans le monde des idées juridiques »²⁹⁹.

A ce propos, l'idée générale paraît être résumée de façon indéniable par la considération selon laquelle « la méthodologie structurante, comme la théorie réaliste, refuse toute conception du texte qui lierait l'interprète par un sens ou une signification claire et qui devrait trouver une application quasi-mécanique »³⁰⁰. Ainsi, dans ses constructions « théorico-méthodologiques », Friedrich Müller prescrit « d'évacuer la conception traditionnelle d'une limite textuelle, laquelle amènerait à assigner au texte de norme une force limitatrice donnée

²⁹⁷ F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, op. cit., p. 111.

²⁹⁸ F. MÜLLER, « Travail de textes, travail de droit », op. cit., p. 36.

²⁹⁹ G. JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, op. cit., p. 109.

³⁰⁰ J.-C. LE COUSTOMER, « Texte, norme et Etat de droit chez Friedrich Müller », op. cit., p. 3.

d'avance »³⁰¹. Un autre auteur structurant rappelle que « la critique que la théorie structurante du droit adresse à l'image que le positivisme se fait du processus de formation de la décision s'attaque en premier lieu au modèle positiviste de la norme. La réduction, que celui-ci emporte, de la norme à son texte de norme est considérée comme une description insuffisante de l'activité juridique, incapable de satisfaire aux exigences qui doivent caractériser un travail juridique intelligible. *La théorie structurante du droit ne conçoit le texte de norme (...) comme la "point de l'iceberg" »*³⁰².

Toutefois, il n'en demeure pas moins dans ce modèle épistémologique « une référence aux textes *indispensable* dans un cadre constitutionnel »³⁰³. D'ailleurs, « on appelle en conséquence "norme juridique" le résultat du travail que, *à l'aide des textes disponibles* (textes de normes/*Normtexte*) et sur la base des données concrètes du cas d'espèce qu'il convient de sélectionner, analyser et typifier, le juriste décideur fournit pour établir les motifs déterminants, la *ratio decidendi* du cas »³⁰⁴. En d'autres termes, le *texte* représente un horizon théorique difficilement dépassable. Pour une analyse juridique structurante, il s'agit de suivre un axiome faisant du travail du droit, un « travail de textes »³⁰⁵ (*Textarbeit*), soit « un travail sur des textes », ou bien « un travail de production de textes », en tout état de cause « un travail avec des textes ».

Sur cet aspect, la complexité du modèle provient de ce qu'il est amené à distinguer entre plusieurs niveaux de textes, qui renvoient donc à plusieurs niveaux de langage et par conséquent correspondraient à plusieurs niveaux de droit ou de juridicité : le « texte de norme » d'abord (*Normtext*) ou « formulaire » sur le plan de la linguistique juridique, qui renvoie au droit *en vigueur* au moment de l'action juridique considérée ; ensuite, le « texte de la norme juridique » (*Text der Rechtsnorm*) produit par le « travailleur du droit » et qui revêt dès lors le caractère de droit *positif* concret, ou concrétisé dans le processus décisionnel.

Dans une certaine logique d'analyse puis épistémologique, au regard d'éléments précédemment développés sur le cadre de l'expérience juridique à l'aune de la théorie structurante du droit, la donnée textuelle privilégiée devrait bien évidemment se situer au second niveau ainsi défini. Est-ce véritablement un élément complètement clair et acquis pour une tentative *externe* au courant de description et de systématisation de la démarche ?

³⁰¹ F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, op. cit., p. 385.

³⁰² B. JEAND'HEUR, op. cit., pp. 148-149.

³⁰³ J.-C. LE COUSTOMER, op. cit.

³⁰⁴ O. JOUANJAN, F. MÜLLER, « Présentation », in *Avant Dire Droit*, op. cit., p. 17.

³⁰⁵ Voir le titre de l'article de F. MÜLLER, « Travail de textes, travail de droit », op. cit. ; aussi, pour l'expression en français : O. JOUANJAN, « Présentation », in F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, op. cit., p. 21.

Une lecture avisée fait effectivement surgir une question d'importance : « la relativisation du ["*Normtext*"] que fait subir cette théorie du droit ne diminue-t-elle pas l'élément de certitude juridique (consubstantielle à l'Etat de droit) qu'entraîneraient le primat du processus de concrétisation et l'intervention des circonstances de fait ? »³⁰⁶ On en revient alors aux « oscillations » et aux « vacillations », car même dans les approches structurantes les plus strictes, il est indiqué certes que « le texte de norme (...) ne sert qu'à formuler le programme normatif qui renvoie au champ normatif vise »³⁰⁷, il n'en reste pas moins que celui-ci doit être « pris comme *donnée linguistique de départ* du processus décisionnel » et s'impose tout de même au rang d'« *élément coconstitutif* de la prescription juridique ». Le qualificatif employé revêt un signifié suffisamment explicite pour d'ores-et-déjà être dans l'obligation d'admettre une portée significative justement, à tout le moins non négligeable, de la donnée juridique « formulaire » ou « *Normtext* ».

La Théorie Structurante du Droit montre là une véritable hésitation, avec des formulations assez curieuses : « au plan méthodologique, l'élément linguistique ne pèse pas plus lourd que les autres même si, en règle générale, le texte de norme fournit les premiers points d'appui »³⁰⁸. A l'instar du professeur Olivier Beaud, « sans entrer dans les détails de l'analyse du [*Discours de la méthode juridique*], signalons que selon son auteur, le "texte" conserve une sorte de prééminence en cas de conflit entre les éléments de la structure de la norme »³⁰⁹. La qualification de « critère de premier rang » est d'ailleurs employée à cet effet, particulièrement adaptée à la textualité constitutionnelle. D'ailleurs, dans le travail juridique qui en découle, il s'agit de mesurer que « l'impératif d'une concrétisation des normes dans la soumission aux textes de normes s'impose en droit constitutionnel, par comparaison avec les autres disciplines juridiques »³¹⁰, au point que « *les décisions que transgressent manifestement la lettre d'un texte de norme sont irrégulières*. Cela vaut, bien que la norme et le texte de norme ne soient pas identiques et bien que le texte de norme n'ait à l'égard de la norme juridique et de la norme-décision établies dans le cas individuel dans le cas individuel qu'un effet indicatif ». Au final, sur le statut de la structure textuelle, il faut sans conteste envisager

³⁰⁶ O. BEAUD, « Repenser la démocratie constitutionnelle : le pari d'une théorie "post-positiviste" du droit », op. cit., p. 953.

³⁰⁷ cf. B. JEAND'HEUR, op. cit., p. 149.

³⁰⁸ F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, op. cit., p. 241.

³⁰⁹ O. BEAUD, « Repenser la démocratie constitutionnelle... », op. cit., p. 953.

³¹⁰ F. MÜLLER, op. cit., p. 130.

le texte comme un élément « linguistique » qui « trace les limites extrêmes des différents sens possibles qui peuvent être fonctionnellement soutenus et constitutionnellement autorisés »³¹¹.

Mais, finalement : « n'est-ce pas redonner au [« *Normtext* »] une primauté qui était, de prime abord, combattue ? »³¹². Pourquoi parler de « programme normatif » *coconstitutif*, avec un « champ normatif »³¹³, de la structure spécifiquement « juridique » émanant du processus de concrétisation s'il faut considérer en même temps qu'« aucune normativité n'émane du texte de norme lui-même »³¹⁴ qui n'est rappelons-le qu'une structure, qu'une indication. Cependant, encore de façon assez curieuse, « cela vaut non pas pour des raisons tirées de la théorie de la norme ou de la méthodologie, mais pour des *raisons normatives* liées au principe de l'Etat de droit »³¹⁵ ; ce qui signifie bien alors que la structure textuelle qui le compose revêt nécessairement une dimension normative. « Comment soutenir à la fois que le texte de la constitution ne prédétermine pas la norme qui sera fondée sur lui mais qu'il participe à sa détermination de façon normative ? »³¹⁶.

Inspirée d'un paradigme herméneutique, « la JH ne peut certes pas renier son anti-formalisme radical, de sorte que ce qui acquiert ainsi le statut de postulat ce n'est pas la conception purement déductive ou instrumentale du raisonnement juridique, qui s'était fortement associée, dans un large contexte des sociétés capitalistes libérales, à l'Etat de droit, mais simplement ce qui constitue l'argument de fond de ce dernier, c'est-à-dire le caractère non arbitraire des décisions de justice, leur non-réduction à la simple subjectivité de

³¹¹ F. MÜLLER, *ibid.*, p. 240.

³¹² O. BEAUD, *op. cit.*

³¹³ Ou « portion de la réalité sociale prise dans sa structure fondamentale » (F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, *op. cit.*, p. 191), à chercher dans « des données extra-linguistiques, de nature socio-politique », au sein « d'un fonctionnement effectif, d'une reconnaissance effective, d'une actualité effective de cet ordre constitutionnel à l'égard de motivations empiriques qui relèvent de son domaine » (p. 169). Il s'agit là d'une rupture épistémologique majeure avec ce que l'auteur qualifie d'école « positiviste légaliste » et qui entre comme posture de la « dogmatique » structurante, en témoigne cet extrait : « Pour le positivisme, la science juridique doit se limiter au droit positif existant. Il ne saurait accepter que, à l'occasion de l'interprétation et de l'application des normes, soient pris en compte des contenus philosophiques ou idéologiques, ni même historiques, politiques ou sociaux à l'extérieur, en marge ou à l'intérieur du champ de la réglementation normative. (...) Mais qui, sinon le juriste qui les concrétise, devrait alors prendre en considération ces moments dans leurs rapports aux normes ? La politologie, la sociologie, l'économie politique, l'historiographie ne sont pas appelées à assurer la législation, l'administration, le gouvernement, ni la juridiction dans le cadre de la Constitution et de l'ordre juridique, non plus que dans leur concrétisation. *Si ce n'est pas une mission authentique du juriste de découvrir la portée des textes de normes en vigueur lors du processus matériel de mise en œuvre du droit en la tirant de ces domaines qu'abstraitement l'usage catalogue en "politique", "histoire", "réalité sociale", s'il ne s'agit pas d'un travail authentiquement juridique, alors ce n'est la tâche de personne* » (p. 102).

³¹⁴ B. JEAND'HEUR, *op. cit.*

³¹⁵ F. MÜLLER, *op. cit.*, p. 240.

³¹⁶ J.-C. LE COUSTOMER, « Texte, norme et Etat de droit chez Friedrich Müller », *op. cit.*, p. 7.

l'apporteur »³¹⁷, d'autant plus « dans un contexte de culte du droit ». C'est peut-être là une clé de lecture importante, qui assume son inspiration de la philosophie herméneutique, de constater que la théorie structurante du droit est une construction allemande, empreinte fortement du contexte juridico-politique allemand. Dans sa position au sein du champ scientifique, « l'activité savante sur le droit » doit pouvoir assumer un statut de savoir qui « est toujours le produit d'un certain contexte social et évolue avec ce contexte »³¹⁸, sur un support qui permet de le penser forcément mouvant et changeant. Sa prétention à la scientificité ne peut s'appuyer sur un « constructivisme méthodologique » comme projet théorique et épistémologique, même s'il est possible qu'il en soit le résultat, mais assumer plutôt un relativisme constructiviste « interprétatif ».

³¹⁷ G. JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, op. cit., p. 121.

³¹⁸ J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, n° 50, 2002, p. 117.

« Mais à larguer les amarres qui nous attachent aux rives fermes et rassurante du positivisme, ne nous livrons-nous pas à une interminable dérive ? A rompre avec les conceptions dogmatiques, conceptualistes, objectives, n'est-on pas condamné à l'irrationalisme, au nihilisme méthodologique, à l'arbitraire subjectif ? On ne le croit pas »³¹⁹

La problématique épistémologique découlant des conditions de fixation d'un paradigme herméneutique pour la théorie du droit émerge à deux niveaux d'hypothèses : la science du droit consiste en une science herméneutique (a) ; en parallèle, le droit constitue un objet herméneutique (b) pour la sphère « savante » l'ayant choisi comme tel.

Dans une autre formulation, « le paradigme épistémologique que l'herméneutique contribue à instaurer pourrait bien être organisé (...) autour de ces trois postulats-ci : (a) la connaissance (celle des sciences humaines, en tout cas) est inséparable de l'interprétation, (b) celle-ci est inséparable de l'application et (c) intervient sur la réalité même à interpréter (le caractère créateur de l'interprétation), ces deux derniers contenant précisément des éléments de ce qui pourrait être un "concept" d'interprétation »³²⁰.

La nouvelle donnée (c) mise en exergue ci-dessus permettrait donc de décrire et de proposer une représentation du sujet connaissant dans le domaine du savoir juridique en fonction du paradigme adopté. Il y a donc une réflexion nécessaire à conduire sur le (ou les) lien(-s) pouvant être établis entre les assertions (a), (b) et (c) ; le (c) apparaissant comme la « résultante » possible – si la métaphore scientifique est possible – comme la clé de résolution d'un rapport intellectuel entre les deux premiers niveaux de matériaux épistémologiques (a) et (b) alors que ceux-ci étaient conçus comme distincts et parallèles et devant donc faire l'objet de discours séparés.

Selon le paradigme herméneutique, le lien entre ces deux assertions trouve un fondement, nous l'avons déjà évoqué, dans l'idée de « contexte ». Le modèle épistémologique qui en découle doit pouvoir être en mesure de mettre en interaction trois éléments en réalité : un « contexte », un sujet connaissant et un objet ; la *mise en contexte* de l'objet s'accompagnant *in fine* et nécessairement à une inscription de type historique de la démarche dudit sujet connaissant. « Affirmer que la théorie du droit possède une structure interprétative

³¹⁹ O. JOUANJAN, « Nommer/Normer », in O. JOUANJAN, F. MÜLLER, *Avant Dire Droit. Le texte, la norme et le travail du droit*, Presses de l'Université Laval, 2007, p. 54.

³²⁰ G. JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, op. cit., p. 20 (cf. aussi, p. 47).

signifie alors, tout d'abord, postuler que chaque théorie ne prend pleinement un sens que lorsqu'elle est considérée comme une réponse, historiquement concrète et située, à une question qui l'est tout autant ». Il peut être ajouté que la « *question* » théorique, à laquelle le discours théorique doit proposer des voies de résolution critique, « n'est alors plus envisagée comme un "problème" conceptuellement défini, abstrait et universel, mais plutôt comme un complexe de questionnements interconnectés et qui n'ont guère de sens en dehors de leur environnement historique et culturel, caractérisé d'entre autres par une forme historique concrète de l'organisation et de l'expérience juridiques et politiques »³²¹.

Le biais théorique retenu pour cette recherche se situe dans la notion de « raisonnement ». Les interrogations juridiques, d'ordre politique, historique, sociologique, socio-historique... sur le raisonnement (fonction) *du* juge constitutionnel paraissent pouvoir être englobées en *une* « question théorique » suivant la formulation suivante : dans l'Etat de droit démocratique (système juridico-politique donné à l'analyse), *le* juge constitutionnel peut-il être identifié par la spécificité d'un raisonnement propre à l'application de la norme constitutionnelle à l'encontre de la loi ?

Et s'« il ne s'agit plus seulement de caractériser la "science juridique" comme une connaissance de l'interprétatif (...), mais de la concevoir comme une connaissance interprétative »³²², celle-ci doit être amenée à s'inscrire dans une épistémologie relativiste (A), expression en dernière analyse de choix herméneutiques pour la compréhension de contraintes fonctionnelles (B).

A) Une épistémologie relativiste pour la science du droit

L'acceptation et le développement d'un paradigme herméneutique pour le champ du savoir juridique supposent, voire même *présupposent*, une forme de *relativisme constructiviste*, comme, en réciproque, il implique une sorte de *constructivisme relatif*. Il s'agirait d'une certaine façon de poser l'axiome selon lequel la production de science juridique correspond au discours compréhensif du sujet connaissant, soit d'un *interprète non authentique* du droit, c'est-à-dire dont l'interprétation sera dépourvue d'effets reconnus comme spécifiquement juridiques dans la réalité qu'elle est censée appréhender. L'interprétation « scientifique » ne peut jamais être valide ou non valide et revêtir une qualité

³²¹ G. JUST, *Ibid.*

³²² G. JUST, *op. cit.*, p. 47.

de « positivité » ; celle-ci s'avère au mieux valable ou non valable au regard de la sphère reconnue – le plus largement possible – comme « droit positif » et tend à se positionner au sein d'une communauté de jugements sur cette réalité, ou *champ scientifique*, à laquelle justement elle s'adresse en premier lieu.

En arrière-plan, il y a la reconnaissance nécessaire de différents niveaux de « langage juridique ». La mesure d'un tel *élément structurant* de la pensée juridique doit venir étayer que l'herméneutique consiste en un postulat langagier. En d'autres termes, l'expérience juridique se mesure de façon analytique en termes de langages.

Le théoricien polonais Jerzy Wroblewski a pu ainsi établir que « le discours juridique, c'est le discours dans lequel on formule le droit, ou dans lequel on parle du droit : notion plutôt vague (...) mais [qui] a seulement pour but de circonscrire et d'organiser la diversité des langages liés au droit »³²³ au niveau épistémologique, du point de vue d'un « méta-méta langage »³²⁴ de type juridique. Il s'agit pour certains auteurs du « champ de la théorie du droit »³²⁵, ou, pour reprendre une distinction hartienne sur le schéma interne/externe, du « savoir juridique de "point de vue externe" (...) par rapport à l'expérience phénoménale du droit et du savoir dogmatico-doctrinal cultivé par le milieu professionnel que l'on nomme "la doctrine" et ses productions ("science du droit" pour la plupart des juristes) »³²⁶. Par cette « typologie », à côté du « langage légal » ou « langage du droit », « on peut distinguer trois types de langages relevant du discours du droit et les traiter ensemble comme langage juridique, c'est-à-dire – au moins partiellement – comme un méta-langage par rapport au langage légal. Il s'agit du langage juridique jurisprudentiel, du langage juridique scientifique et du langage juridique commun. Il n'y a pas de différence syntaxique entre ces types, mais des différences sémantiques et/ou pragmatiques »³²⁷. Le professeur Antoine Jeammaud également, dans son « modèle idéal »³²⁸ de la normativité juridique, inclut dans le « langage

³²³ J. WROBLEWSKI, « Les langages juridique : une typologie », *Droit et Société*, n° 8, 1988, pp. 15-16.

³²⁴ M. TROPER, *La philosophie du droit*, op. cit., p. 33.

³²⁵ comp. E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 16 : « Une philosophie du droit entendue sur un fondement analytique, c'est-à-dire une théorie analytique du droit, vise donc à permettre la constitution d'une doctrine juridique comme science : à permettre la description d'un objet. (...) Elle constitue le *métalangage doctrinal*, c'est-à-dire un langage qui porte sur le langage doctrinal ».

³²⁶ A. JEAMMAUD, « De la polysémie du terme "principe" dans les langages du droit et des juristes », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 50.

³²⁷ J. WROBLEWSKI, op. cit., p. 17.

³²⁸ A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, chron., p. 203 (« si un ordre juridique comme le droit étatique français de ce temps se présente d'abord comme un ensemble de normes, celles-ci ne constituent pas toutes, tant s'en faut, des règles de conduite. Il s'agit, tout au plus, de règles pour des actions. C'est en cela qu'elles appartiennent au genre des normes éthiques, et non en raison de ce que serait nécessairement leur objet », p. 199).

des juristes (métalangage) », catégorie de « discipline juridique de "point de vue interne" », les décisions de justice qui « ne font donc jamais que décrire en métalangage (...) les règles qu'en fait elles consacrent mais qu'elles sont (constitutionnellement) réputées ne pas formuler (en langage du droit) »³²⁹.

Bien qu'elles ne ressortissent pas de la même ontologie juridique, ces deux constructions paraissent proposer la même vision statique de la structure de la pensée attachée aux conditions de la connaissance juridique, dans la recherche du droit positif en tant que « perspective de référence » ou « variété d'étalon ». Concernant le « langage du droit », « sa vocation sera de *permettre l'évaluation* de situations, rapports, actes, actions, conduites, ou d'autres objets encore, c'est-à-dire de déterminer comment ils doivent être, devront être ou auraient du être du point de vue du système auquel appartient cette norme, afin d'être conformes à ses dispositions et de procurer, le cas échéant, les résultats attachés à cette conformité »³³⁰. Dès lors, le rattachement du langage jurisprudentiel au niveau du métalangage s'opère en lien avec « l'opposition entre création et application du droit »³³¹. « Une "distance infranchissable" sépare ainsi l'énoncé de la règle de "l'activité réelle" sur laquelle elle est réputée exercer une manière de contrainte »³³².

Une radicalité opposée pourrait centrer l'approche sur l'acte d'application du droit. « Encore faut-il accepter de saisir cette compréhension sur un mode *vraiment herméneutique*, celui qui a été théorisé par le courant dit herméneutique de la philosophie contemporaine, et dont le souci principal est de rendre compte de la signification du discours en acte, autrement dit de la *parole*, lorsque celle-ci se présente sous la forme d'une *parole de lecture d'un texte* que le lecteur adresse, sur le mode dialogique, à un tiers »³³³.

L'effort métalinguistique (théorique) dans le champ de la science juridique doit s'enrichir de la pragmatique austinienne³³⁴, les linguistes insistant eux-mêmes sur le fait que « s'il est une discipline qui est directement concernée par la question des actes de langage, c'est bien le droit », allant même jusqu'à « considérer le droit comme le champ d'application privilégié de la notion d'acte de langage »³³⁵.

³²⁹ A. JEAMMAUD, « De la polysémie du terme "principe" dans les langages du droit et des juristes », op. cit., p. 52.

³³⁰ A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », op. cit., p. 203.

³³¹ cf. J. WROBLEWSKI, op. cit., p. 17 et p. 20.

³³² A. JEAMMAUD, « Les règles juridiques et l'action », *D.*, 1993, chron., p. 207.

³³³ O. CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », op. cit., p. 133.

³³⁴ cf. J.-L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, trad. G. LANE, Seuil, 1970.

³³⁵ cf. C. KERBRAT-ORECCHIONI, *Les actes de langage dans le discours*, Armand Colin, 2001, réimpr. 2005, p. 165 et s.

L'insertion de la construction de théorisation juridique au sein d'une telle perspective renvoie aux travaux du professeur Olivier Cayla sur la signification, que nous conviendrons non seulement d'ériger au rang de variante pragmatique du réalisme interprétatif mais qui plus encore, ont érigé le réalisme en tant que philosophie analytique du droit.

Pour l'auteur, « ce que la théorie austinienne des actes de langage entreprend radicalement de débusquer, à la faveur d'une analyse concrète des échanges discursifs qu'effectuent des interlocuteurs situés dans un contexte déterminé – c'est-à-dire à la faveur d'une perspective résolument "pragmatique" –, c'est *l'existence d'un phénomène juridique au cœur même de la signification* »³³⁶. En d'autres termes, « ce à quoi il s'agit donc de s'atteler, est principalement *d'inclure la recherche de la définition de la juridicité, relevant spécifiquement de la théorie du droit, dans le cadre général de la théorie de la communication dialogique*. Ce qui conduit à devoir, par hypothèse, faire dépendre la théorie du droit de la théorie de la communication dialogique, *comme l'espèce peut dépendre d'un genre*³³⁷ »³³⁸. Ainsi, à l'instar de ce que nous avons pu dégager à propos de la Théorie structurante du droit de Friedrich Müller qui adhère au même type de paradigme langagier, la juridicité, ou normativité spécifiée par un contexte juridique, ne se comprend que dans l'effectuation concrète, c'est-à-dire dans l'usage et dans le cas. « Autrement dit, ce n'est pas le texte de ce qu'on a compris être un commandement (par exemple "il est interdit de fumer"), déchiffrable par l'application des règles lexicales et grammaticales dans un ordre linguistique donné, qui porte dans sa lettre la marque de sa force de commandement : le même texte peut aussi bien être celui d'une simple recommandation, voire d'une description par un observateur d'un commandement édicté par un tiers. La seule écriture d'un énoncé textuel est en effet par définition impuissante à faire surgir la force expressive de commandement (ou de recommandation, ou de prière, ou de plate description, etc.), qui détermine la signification pragmatique de l'acte d'énonciation »³³⁹. « Autrement dit, *c'est parce que la dimension illocutoire du discours, étant un phénomène de signification autant, si ce n'est plus, que sa dimension locutoire, et la juridicité étant un phénomène de signification illocutoire, la détermination de la force (et du degré de force) juridique d'une disposition, est une question essentielle d'interprétation qui joue de façon décisive dans la détermination de son sens*

³³⁶ O. CAYLA, « **Austin** John Langshaw », in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, op. cit., p. 15.

³³⁷ C'est nous qui soulignons.

³³⁸ O. CAYLA, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, thèse (dact.), Paris II, 1992, p. XXI.

³³⁹ O. CAYLA, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *CCC*, n° 7, 1999, p. 78.

locutoire et qui, surtout, confère au juge (et à tout organe d'application en général) une puissance créatrice que, par principe, les textes écrits ne sauraient domestiquer »³⁴⁰.

La mesure de ces constructions pragmatiques laisse présager des résultats spectaculaires et radicaux concernant la structure de l'entité « droit positif » susceptible de pouvoir faire l'objet d'un « examen empirique ». « Ce n'est que de la vocalisation du texte (...) par des actes d'application que [la norme] tient sa vigueur »³⁴¹. En d'autres termes, par exemple, « la constitution, en tant que norme, n'émerge que dans le second temps de la lecture du texte, effectuée par les divers corps constitués qui ont à l'appliquer : les organes législatifs, exécutifs et juridictionnels qui l'interprètent »³⁴². En quelque sorte, sur un plan épistémologique, le discours du droit ne devrait pouvoir se situer que dans l'«état»³⁴³ de la «jurisprudence» des interprètes authentiques. «C'est pourquoi rares sont les constitutionnalistes qui prennent cette thèse nihiliste au sérieux, et se laissent troubler par la noirceur de son déconstructionnisme radical »³⁴⁴ qui prête le flanc à des critiques en termes d'excès qui amèneraient plutôt à envisager qu'« il faut admettre que la Constitution de 1958 énonce sans ambiguïté le cadre général de la mission du Conseil constitutionnel. À moins de considérer qu'une Constitution n'a aucune portée normative (dans ce cas il serait paradoxal de constater qu'un contrat, situé en bas de la hiérarchie des normes, impose plus d'obligations juridiques qu'une Constitution, censée chapeauter cette même hiérarchie), la sécurité juridique permet de supposer que la norme constitutionnelle confère aux pouvoirs publics des compétences minimales dont la signification est clairement établie. C'est le cas du Conseil constitutionnel en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois votées »³⁴⁵.

La question sur les conditions de la connaissance reste donc celle du statut de la référence au *texte*. « Comment se lie le sens qui relève du domaine conceptuel et cette force qui elle relève du domaine de la volonté ? Si la force vient de l'inscription du sens dans un contexte *extralinguistique*, comment peut-on appréhender cette force pour celui qui commente une décision juridictionnelle ? Le commentateur n'a bien sous les yeux qu'un texte. Où est alors passée la force ? Où chercher la détermination de cette force volitionnelle contextuelle

³⁴⁰ O. CAYLA, « La chose et son contraire (et son contraire, etc.) », *Les Etudes philosophiques*, n° 3, 1999, p. 306.

³⁴¹ O. CAYLA, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, op. cit., p. 1063.

³⁴² O. CAYLA, « L'obscur théorie du pouvoir constituant originaire ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 261.

³⁴³ cf. O. CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », op. cit., p. 132.

³⁴⁴ O. CAYLA, « La chose et son contraire (et son contraire, etc.) », op. cit., p. 292.

³⁴⁵ P. BLACHER, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 18.

mais *extralinguistique* ? Et si la volonté est dans cette force mais que celle-ci reste inidentifiable cela pose un problème sérieux pour son analyse. (...) On peut bien sûr dire que le Conseil constitutionnel met en œuvre une volonté, ou qu'une volonté s'exprime, lorsqu'il rend une décision, mais cette volonté ne fait pas de son texte un texte qui signifie quelque chose si l'on ne peut *juger du sens* du texte qu'il interprète. Ainsi, la proposition d'Olivier Cayla laisse en suspend la détermination d'un quelconque lien conceptuel entre le sens du texte interprété et la détermination finale du texte produit par l'interprète »³⁴⁶.

Nous serions alors proches de l'idée globale en lien avec le modèle des sciences sociales soulignant « l'insuffisance de l'approche volontariste des actes sociaux, comme ne permettant aucune compréhension ni explication, mais tout au plus une description, en termes de manifestations purement extérieures, des *résultats* des mouvements d'une volonté présumée, elle, autonome et libre »³⁴⁷ mais en même temps irrémédiablement *contrainte* par le sens de son action.

De cette aporie, semble surgir pour le langage de la connaissance juridique le besoin d'une herméneutique renouant avec la « chose du texte » pour appréhender la positivité du droit, correspondant au niveau de l'analyse linguistique à la reconnaissance de la part du « locutoire » dans la détermination du « performatif »³⁴⁸, ce qui relève de la normativité au sein de la structure de la pensée juridique. Pour reprendre un précepte de l'herméneutique ricœurienne, « c'est pour résoudre cette aporie qu'il faut, à mon avis, faire converger les deux voies de la philosophie du langage [sémiotique et sémantique], la voie de la *référence* identifiante et celle de la *réflexivité* de l'énonciation »³⁴⁹.

Dans les données de la science juridique, cette convergence apparaît en ce que le discours du droit, ou « sphère de signification normative », est perçu comme regroupant les niveaux de langage législatif et jurisprudentiel. Les conditions de la connaissance de cette « signification normative » tiennent à ce que le discours authentique médiatise. « Si tel le critique qui évalue l'interprétation qui évalue l'interprétation du texte proposée par les acteurs, le scientifique veut réellement rendre compte du droit, il doit nécessairement prendre pour objet d'analyse, au moins dans un premier temps, les textes juridiques, ainsi que les multiples représentations et discours qui les accompagnent dans la pratique des acteurs du

³⁴⁶ J.-C. LE COUSTUMER, « Réalisme, scepticisme et contraintes juridiques », op. cit., p. 166 et p. 168.

³⁴⁷ C. GRZEGORCZYK, « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », *Droits*, n° 7, 1988, p. 52.

³⁴⁸ cf. et comp. C. GRZEGORCZYK, « Le rôle du performatif dans le langage du droit », *APD*, n° 19, 1974, p. 241.

³⁴⁹ P. RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, Seuil, 1990, p. 68.

monde juridique »³⁵⁰. De façon irréductible, il convient « d'admettre que l'observateur est obligé () de prendre en compte le langage des acteurs du droit ; autrement dit, il ne peut pas, pour des raisons herméneutiques, reconstruire entièrement son objet juridique »³⁵¹.

L'assise du moment volitif, ou de la force volitionnelle, dans la construction de la juridicité implique le postulat du fait empirique que « c'est l'ordre juridique, objet de la science du droit, qui statue lui-même sur sa propre juridicité, c'est-à-dire sur sa propre aptitude à être l'objet de la science du droit : l'ordre juridique étatique est donc à la fois le sujet et l'objet du discours de la science du droit. Le droit qui s'enseigne dans les facultés comme une science n'est du droit que par la volonté arbitraire de l'Etat s'exprimant par la voix d'organes interprétatifs, notamment juridictionnels, et le professeur de droit, loin de pouvoir s'évader de ce *cercle* entièrement dans les mains de l'Etat, demeure toujours tributaire, dans l'exercice de sa "science", de ces interprétations authentiques »³⁵².

Mais, la reconnaissance de l'authenticité du discours implique la perception de l'immédiateté d'un *horizon référentiel* commun au discours *du* droit et au discours *de* droit. C'est ainsi que se structure la sphère du « sens conceptuel », censée fournir l'assise d'un moment cognitif et/ou compréhensif de l'expérience juridique autour de la « *médiateté* » du *texte*, locutoire et décisoire, comme critère de distanciation critique nécessaire à la scientificité du discours du sujet connaissant. « L'opération de compréhension est rendue possible par la capacité dont chaque conscience est dotée de se transférer dans une conscience étrangère, non pas sur le mode immédiat de re-vivre mais sur le mode médiat de la reproduction du processus créateur sur la base des expressions extérieures », dans la limite de l'éthique de l'« *expliquer plus afin de comprendre mieux* »³⁵³. Comme le relève les professeurs Ost et van de Kerchove, « idéalement, la compréhension d'un objet ne peut dès lors faire oublier la pertinence de son explication et que l'explication de cet objet ne peut davantage dispenser de sa compréhension »³⁵⁴ ; se met alors en place « l'image du cercle herméneutique. Du sujet à la chose à comprendre se dessine en effet () une relation circulaire qui, engagée avec la pré-compréhension du sens qui s'y manifeste, rejaillit à son tour sur

³⁵⁰ F. OST, M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publ. des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, pp. 465-466.

³⁵¹ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, PUF, 1994, p. 22.

³⁵² O. CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », op. cit., p. 125.

³⁵³ P. RICŒUR, « L'herméneutique et la méthode des sciences sociales », in P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, op. cit., p. 16 et p. 25.

³⁵⁴ F. OST, M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 463.

l'anticipation originaire. Une attente de sens déterminé guide la compréhension, mais, en retour, la chose à comprendre précise et oriente cette pré-compréhension »³⁵⁵.

Pour la pensée juridique, c'est ainsi, selon nous, que peut se forger l'image du « système juridique » pour figurer le rapport herméneutique de la partie et du tout qui n'émerge dans un acte de connaissance que par l'interaction de parties de sens – littérature juridique au sens large dans les structures du champ scientifique – et de réalités de signification – normes juridiques concrétisées ou interprétations établies et/ou reconnues comme authentiques. « Le cercle n'est donc pas de nature formelle, il n'est ni subjectif ni objectif ; il ne fait au contraire que présenter le comprendre comme le *jeu* où passent l'un dans l'autre le mouvement de la tradition et celui de l'interprète. L'anticipation de sens qui guide notre compréhension d'un texte n'est pas un acte de la subjectivité, mais se détermine à partir de la communauté (*Gemeinsamkeit*) qui nous lie à la tradition. Or, cette communauté est saisie en continuelle formation dans notre rapport à la tradition »³⁵⁶.

La dialectique du sens et de la signification traduit la condition historique (contextuelle) et interprétative (par le biais de la lecture) de la connaissance juridique qui implique, sur un plan analytique (conditions d'appréhension de la réalité étudiée) et pragmatique (structures langagières employées), une relation d'extériorisation atténuée ou « modérée » de la science par rapport à son objet. Ce « point de vue externe modéré » s'impose comme « celui de l'observateur externe qui se réfère au point de vue interne des juristes, sans pour autant adhérer à celui-ci »³⁵⁷, « en rendant compte de la réalité même de ces catégories "subjectivistes" – au sens où elles font partie intégrante à la fois du contenu des normes juridiques en vigueur et des représentations véhiculées par les acteurs du système juridique – tout en s'efforçant de développer, par rapport à cette réalité, un discours explicatif – et donc nécessairement objectivant – qui mette en lumière ses conditions historiques d'apparition »³⁵⁸, qui correspond épistémologiquement à une « réinterprétation globale de l'objet étudié » dans les conditions d'une « compréhension critique et construite »³⁵⁹.

Car c'est bien de production de sens dont il s'agit : celui du développement de la *justice constitutionnelle* en lien avec « l'exigence contemporaine »³⁶⁰ de l'*Etat de droit*

³⁵⁵ F. OST, M. van de KERCHOVE, op. cit., pp. 461-462.

³⁵⁶ H.-G. GADAMER, *Vérité et Méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, éd. intégrale, Seuil, 1996, p. 315.

³⁵⁷ F. OST, M. van de KERCHOVE, op. cit., p. 465.

³⁵⁸ F. OST, M. van de KERCHOVE, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », op. cit., p. 80.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 75.

³⁶⁰ O. CAYLA, *La notion de signification en droit*, op. cit., p. VIII.

démocratique. Le « système juridique » précédemment évoqué « n'est pas simplement une condition préliminaire à laquelle nous sommes depuis toujours soumis ; au contraire, nous produisons cette communauté même dans la mesure où nous comprenons, ou nous participons à l'évènement de la transmission, et où nous ne cessons pas ainsi de déterminer cet évènement même. Le cercle du comprendre n'est donc absolument pas un cercle "méthodique" : il représente au contraire un élément structurel ontologique de la compréhension »³⁶¹.

B) Choix pour la compréhension d'une contrainte fonctionnelle

Reprenant la logique du cercle, au problème posé de la spécificité du raisonnement *du* juge constitutionnel (organiquement identifié) lorsqu'il contrôle la constitutionnalité de la loi, nous voudrions vérifier l'hypothèse que la spécificité de la fonction ainsi supposée tient à sa propre définition : « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »³⁶². Nous stipulons donc que « le respect de la Constitution » fonde la spécificité du raisonnement fonctionnel. Dans un autre sens, il faudrait pouvoir établir l'autonomisation de la sémantique d'un discours spécifiquement *constitutionnel*.

1. La structure herméneutique : la norme constitutionnelle

Une sorte de paradoxe semble devoir se faire jour au stade de la pré-compréhension de la structure du langage juridique : la détermination d'une fonction ontologiquement interprétative – au stade de « pouvoir » – repose sur l'établissement d'une sorte de normalité. Par là, n'est-il pas postulé d'une « dualité () problématique d'une fidélité du juge à la règle et en même temps du besoin ressenti de faire droit à la dynamique d'une interprétation toujours à reconstruire »³⁶³ ? Pragmatiquement, « comment, en effet, assurer la *représentation* de tous les intérêts concernés par la norme lorsqu'elle ne prend son sens que dans les contextes toujours particuliers et toujours renouvelés de ses applications »³⁶⁴ ?

Sur un plan analytique, il semblerait que « se révèle (...) *la structure éminemment paradoxale qui ne peut manquer d'être à la base de l'opération du sens, qui ne peut manquer de traverser et de conclure l'opération signifiante elle-même*. (...) A le dire autrement, le discours ne peut se produire que sur le mode d'une auto-citation constante qui est en même

³⁶¹ H.-G. GADAMER, *Vérité et Méthode*, op. cit., p. 315.

³⁶² CC, n° 85-197 DC, 23/08/1985, *Rec.* 70, cons. 27.

³⁶³ J. LENOBLE, A. BERTEN, *Dire la norme. Droit, politique et énonciation*, Bruylant – LGDJ, 1996, p. 53.

³⁶⁴ P. COPPENS, *Normes et fonction de juger*, op. cit., p. 4.

temps le ressort de l'invention. L'opérateur paradoxal qu'est le sujet de l'énonciation génère tout à la fois la structure répétitive de l'auto-citation et en même temps, corrélativement, l'émergence d'un sens toujours nouveau sous les contraintes de l'idéal d'une vérité ramenée à la seule rationalité procédurale et argumentative »³⁶⁵. Tel est le ressort de ce que médiatise le langage jurisprudentiel dans un contexte pensé comme post-moderniste, ou en tout cas de mutations de la modernité démocratique par la promotion même dans le discours du paradigme de la justice constitutionnelle.

2. Deux axes herméneutiques structurels : « rapport » et « décision » de constitutionnalité

Le contexte philosophique permet de soutenir l'horizon d'une certaine rationalité, retenue comme « procédurale et argumentative », autour d'une structure normative afférente à un langage *de droit* (*du* et *sur* pour schématiser) dont elle constitue le champ référentiel commun dans le cadre d'une approche externe de type « modéré ». La relation de la « partie » et du « tout », comme hypothèse nécessaire à la compréhension au sein du système langagier – en tout cas, pensé comme tel –, retient la catégorie de « contraintes » en tant que structures rationnelles (théoriques et/ou méta-linguistiques) soutenant la réalisation du discours normatif (*acte* de signification pratique), pourtant irréductible de l'expression d'une pure volonté. Mais la réalité du constat de la liberté interprétative du juge relève plus d'une autonomie d'attribution de sens et de choix de significations que d'un strict arbitraire. La rationalité « procédurale et argumentative » de la *jurisdictio* de type juridictionnel constitue un marqueur culturel fort autour de l'idée de « justice », qui peut devenir un facteur de légitimité eu égard à certains principes de pouvoir sous-tendant à la notion d'« Etat de droit démocratique ». La structuration « procédurale et argumentative » de l'exercice de l'office juridictionnel renvoie à deux niveaux de contraintes internes que le « point de vue » externe peut appréhender au niveau du système de production de sens normatif, par l'extériorisation justement impliquée par l'énonciation de la signification normative : des contraintes relationnelles (1^{ère} partie) « avec les intérêts concernés par la norme » constitutionnelle et une contrainte décisionnelle (2^{ème} partie) sans laquelle la signification ne peut émerger au système. Nous comprenons alors que la spécificité de la qualité « constitutionnelle » s'exprime en termes de contenus, du *signifié* de structures conceptuelles attachées à la sémantique portant sur la nature et l'objet du « respect de la Constitution » et de la fonction juridictionnelle qui s'y rattache.

³⁶⁵ J. LENOBLE, A. BERTEN, op. cit., p. 35 et p. 36.

PREMIERE PARTIE :

RAISONNEMENT ET RAPPORT DE CONSTITUTIONNALITE. DES CONTRAINTES RELATIONNELLES DU JUGE CONSTITUTIONNEL

La notion de « système » est assez fréquemment employée dans le discours des juristes. Il semble relativement assez courant de considérer que l'emploi d'un langage théorique traduit un effort intellectuel de systématisation du droit, en tout cas de ce qui est considéré comme constituant l'objet de la science du droit.

L'usage de cette notion se fait bien souvent de façon indifférente avec celle d'« ordre juridique ». Plus précisément, une certaine idée de l'« ordre juridique » trouve un signifié dans l'emploi du terme « système ». Ainsi, le maître autrichien Hans Kelsen était amené à considérer que « toutes les normes dont la validité peut être rapportée à une seule et même norme fondamentale forment un système de normes, un ordre normatif »¹. Une attitude dogmatique de droit comparé fera plutôt référence à des « systèmes de droit », tendant à « désigner une "famille" de droits positifs qui s'apparentent par le contenu ou l'origine historique : le système "système" romano-germanique, le "système" anglo-américain »².

Comme le relève le professeur Gérard Timsit, « la générosité de la science juridique dans l'emploi de la notion de système n'a d'égale que la disparité des significations qu'elle lui attribue. Le recours fréquent de la doctrine à ce concept mal défini (...) veut, semble-t-il, dans tous les cas, indiquer qu'elle traite d'un ensemble complexe constitué de parties liées entre elles par des relations stables »³.

Par l'idée de contraintes systémiques pesant sur le juge constitutionnel, il s'agit bien pour le sujet connaissant d'exprimer la volonté de se placer dans un premier temps dans l'appréhension d'un ensemble de « parties » qu'il va falloir déterminer, et qu'il faudrait donc

¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. EISENMANN (1962), Bruylant – LGDJ, 1999, p. 194.

² M. HARTNEY, « Système juridique », in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1993, p. 596 ; réf. R. DAVID (avec C. JAUFFRET-SPINOSI), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^{ème} éd., Dalloz, coll. « Précis. Droit privé », 2002, pp. 14-19.

³ G. TIMSIT, « Système », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1462.

envisager comme « liées entre elles » dans un certain type de relations. Ces relations considérées apparaissent comme relevant de deux ordres, organique, soit sous l'angle des « parties », et matériel, sous la considération plutôt des contenus normatifs. Mais à quoi peuvent-elles bien se rapporter ?

La construction sur le plan intellectuel de ces relations destinées à s'insérer dans une réflexion systémique doit permettre à une meilleure compréhension de ce qui fait la spécificité de la compétence du juge constitutionnel dans cette globalité. La chose est aisément identifiable et rappelons-le, c'est finalement la seule qui soit identifiée dans le langage du droit (en droit positif) : le juge constitutionnel peut être amené à vérifier la constitutionnalité de certains actes et surtout, quels que soient les actes et quelles que soient les procédures mises en place (du point de vue par exemple du droit comparé) et les conséquences juridiques qui y sont attachées, la juridiction constitutionnelle peut seule déclarer l'inconstitutionnalité de l'acte en question.

Dans l'organisation constitutionnelle française, l'habilitation conférée au Conseil constitutionnel porte sur des actes de nature législative « *avant* leur promulgation »⁴ ou *a priori*, « leur mise en application »⁵ ou leur éventuelle soumission au référendum⁶, ainsi que sur des engagements internationaux avant leur entrée en vigueur, selon qu'ils soient

⁴ Il s'agit des lois organiques (article 61, al. 1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; contrôle obligatoire) et des lois (article 61, al. 2 ; contrôle facultatif).

⁵ Cela concerne « les règlements des assemblées parlementaires » (article 61, al. 1 de la Constitution ; contrôle obligatoire). Il peut paraître curieux de rattacher à une notion d'« actes de nature législative », ces actes relatifs seulement à l'organisation interne et au fonctionnement des assemblées parlementaires. Certains auteurs insistent sur le fait qu'« il ne s'agit pas d'une loi mais d'une simple résolution » (F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 30^{ème} éd., LGDJ, 2007, p. 834). Nous ne voulons parler ici de « nature législative » qu'en tant que ces « résolutions » sont adoptées par les assemblées elles-mêmes et qu'elles peuvent (en réalité, elles doivent) de ce fait être soumises au contrôle de constitutionnalité (voir la présentation de G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 326 : proposant une approche organique du « contentieux constitutionnel des normes » et traitant de façon globale du « contrôle [par le juge constitutionnel] des actes des assemblées parlementaires »).

⁶ La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 a ajouté au premier alinéa de l'article 61 de la Constitution de 1958 un contrôle obligatoire des « propositions de loi mentionnées à l'article 11 » de ladite loi fondamentale. Il ne s'agit pas des « propositions de loi » relevant de la procédure législative ordinaire et qui vise l'initiative parlementaire en matière (article 39 de la Constitution). Les « propositions de loi mentionnées à l'article 11 » émanent indifféremment du Gouvernement, du Parlement (« proposition conjointe des deux Assemblées ») ou « un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales ») et peuvent être soumises au référendum sur décision du Président de la République, exerçant ici un pouvoir sans contreseing (article 19). Le pouvoir de révision constitutionnelle (cf. « Compte-rendu intégral – séance du mardi 24 juin 2008 », *JO*, 25/06/2008, n° 51 S. (C.R.), p. 3351) semble avoir repris ici un souhait formulé, non pas par le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République (dit Comité « Balladur »), mais par le Comité « Vedel » en 1993 (*JO*, 16/02/1993, p. 2549) estimant par cette obligation de contrôle préalable devant le Conseil que « l'article 11 ne peut être utilisé pour modifier la Constitution » et qu'il s'agirait « d'éviter que, par le biais de consultations référendaires provoquées dans un moment de trouble ou de violente émotion peu propice à la réflexion, des données institutionnelles fondamentales ou des libertés ou des droits essentiels ne soient mis en cause ».

simplement approuvés ou nécessitant l'adoption d'une loi de ratification⁷, adoptée soit par voie parlementaire ou référendaire. Dans ce cadre, il ne peut déployer son office que par l'action de ce qu'il est convenu d'appeler des « autorités » de saisine : Président de la République, Premier ministre, présidents des assemblées parlementaires, soixante députés ou soixante sénateurs. Les contraintes systémiques sont déterminées principalement par ces relations organiques qui font que le juge constitutionnel se trouve dans la difficulté d'apparaître comme un maillon juridictionnel au sein d'un système politique (Titre I).

A posteriori, rappelons-le, « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation »⁸. Dans cette procédure préjudicielle, les contraintes systémiques se rapportent en premier lieu à des relations matérielles : un contenu législatif « porte atteinte » à un contenu constitutionnel précisé autour de la question des « droits et libertés ». Le juge constitutionnel est alors envisagé dans un système juridictionnel (Titre II), pensé comme unité plus ou moins complexe autour de ce contenu spécifique et concurrentiel du point de vue de la garantie des droits et libertés.

⁷ Cf. article 54 de la Constitution ; Selon l'article 52 du même texte, en principe, « le Président de la République négocie et ratifie les traités ». Cependant, l'article 53 énonce que « les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi ».

⁸ Article 61-1 de la Constitution de 1958.

Titre I – « A priori » : le juge constitutionnel dans un système politique. Développement d'une logique du raisonnable

Il convient de préciser ce qui peut être entendu par l'emploi de la notion de « système politique ». Celui-ci est appréhendé en tant que système juridique et par là, du point de vue de la production de normes juridiques applicables dans l'ordre juridique étatique ; en fait, sous l'angle d'une matérialisation sur le plan juridique d'un certain nombre de choix politiques, directement liés à l'exercice de compétences souveraines ou attributs de souveraineté : faire la loi et engager, le cas échéant l'Etat dans des relations avec d'autres Etats.

La question est bien celle de « l'exercice de la souveraineté nationale », en ce qu'elle comporte classiquement deux dimensions : une dimension interne (souveraineté dans l'Etat, exercée au nom de l'entité souveraine) et une dimension externe (souveraineté de l'Etat, du point de vue de sujets de droit aux attributs comparables et de leurs éventuelles relations entre entité juridiques égales sur le plan du droit).

Lorsqu'il est saisi dans le cadre de compétences défini comme s'exerçant « *a priori* », le juge constitutionnel a eu l'occasion de s'affirmer comme garant à l'égard de la loi de « missions de souveraineté incombant par nature à l'Etat » et « dont l'exercice n'appartient qu'à l'Etat »⁹, ou comme protecteur à l'encontre d'engagements internationaux des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »¹⁰, conformément selon lui à la définition donnée à « l'article 3 de la Constitution de la République française ».

Selon cette disposition, « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum » et dès lors, pour le Conseil constitutionnel statuant sur le mandat conféré au suffrage universel direct aux « représentants des peuples des Etats membres à l'Assemblée des communautés européennes [Parlement européen] », la souveraineté, « tant dans son fondement que dans son exercice, ne peut être que nationale et

⁹ CC, n° 2003-484 DC, 20/11/2003, *Rec.* 438, cons. 88 et 89 : à propos de dispositions législatives autorisant l'Etat à passer des marchés avec des sociétés agréées de droit public ou privé portant sur le transport de personnes retenues en centre de rétention ou maintenues en zones d'attente ; et notamment la possibilité pour des agents privés d'être armés lors de ces transferts qui « n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de permettre à ces agents d'exercer des missions de surveillance des personnes transportées » (cons. 90).

¹⁰ Pour la première fois : CC, n° 70-39 DC, 19/06/1970, *Rec.* 15, cons. 9.

que seuls peuvent être regardés comme participant à l'exercice de cette souveraineté les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République »¹¹.

Ces « institutions de la République » constituent l'auditoire principal de la juridiction constitutionnelle lorsqu'elle est amenée à exercer son contrôle de constitutionnalité qualifié « d'abstrait » selon certaines classifications. Non seulement, ce sont elles et elles seules qui peuvent le saisir, mais qui devront exécuter¹² ou prendre acte du dispositif de la décision de constitutionnalité et plus particulièrement, de la déclaration d'inconstitutionnalité de telle ou telle disposition législative ou stipulation d'un traité ou autre engagement international.

Si l'éventuelle inconstitutionnalité affecte une disposition législative, celle-ci « ne peut être promulguée ni mise en application » selon les termes de l'article 62, alinéa premier de la Constitution de 1958. Il s'agit d'une prérogative qui recèle des potentialités de pouvoir importantes, et ce d'autant plus que le troisième alinéa de l'article 62 précité ajoute que « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours » et qu'elles « s'imposent aux pouvoirs publics ». Derrière le principe constitutif selon lequel « la loi votée (...) n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »¹³, le juge constitutionnel a modelé, saisine après saisine, « un régime constitutionnaliste d'expression de la volonté générale »¹⁴, en « rupture » avec une tradition républicaine plutôt légicentriste, imposant un véritable cadre constitutionnel aux choix de ceux qui exercent les pouvoirs attachés aux institutions politiques (chap. 1). Mais, cette dimension institutionnelle reconnue à l'auditoire semble agir sur le juge constitutionnel, contraint à l'inscription de son raisonnement, notamment par rapport aux contours de son propre pouvoir, dans une « logique du raisonnable » pour reprendre une expression du philosophe du droit belge Chaïm Perelman. Selon cette approche d'ordre réaliste, la contrainte systémique « résulte de la configuration du système juridique » ; concernant alors la juridiction constitutionnelle, fondée sur « les compétences des autorités de saisine (...) et par le pouvoir () de surmonter ses décisions par une révision de la Constitution »¹⁵.

¹¹ CC, n° 76-71 DC, 29-30/12/1976, *Rec.* 15, cons. 6.

¹² Sur ce point, voir G. DRAGO, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel. L'effectivité du contrôle de constitutionnalité*, Economica – PUAM, coll. « Droit public positif », 1991.

¹³ CC, n° 85-197 DC, 23/08/1985, *Rec.* 70, cons. 27.

¹⁴ Selon la thèse du professeur BLACHER, cf. *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 2001, p. 12.

¹⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant – LGDJ, 2005, p. 15. Aussi : P. PASQUINO, « Contraintes juridiques ? La Cour constitutionnelle italienne », *ibid.*, p. 185.

A l'inverse, cette révision est inhérente à la procédure définie à l'article 54 de la Constitution. Le rôle du Conseil constitutionnel est véritablement représenté dans cette hypothèse par la métaphore de « l'aiguilleur ». La contrainte systémique trouve écho ici dans la hiérarchisation de choix de politique internationale qui oriente le juge constitutionnel dans sa volonté affichée de dépasser des problèmes de compatibilité liés à la question générale des « rapports de systèmes » (chap. 2).

Chap. 1 : La juridiction constitutionnelle et les choix politiques dans la « démocratie constitutionnelle »

Quelle est la portée de *l'obiter dictum* par lequel le Conseil constitutionnel a énoncé que « la loi votée (...) n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution » ? En faisant évoluer l'idée traditionnelle dans la tradition républicaine depuis la Révolution française que « la Loi est l'expression de la volonté générale », le juge constitutionnel a fait plus que marteler un principe guidant son office dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois défini à l'article 61, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Il faut tout de même rester attentif à ne pas affirmer de façon abrupte qu'en faisant cela, il aurait abrogé de façon implicite, ou bien encore neutralisé, l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

Il ne faut toutefois pas se tromper sur l'interprétation de la structure conceptuelle. En application de l'article 6 de la Déclaration de 1789, dans notre système constitutionnel, la loi reste en principe « l'expression de la volonté générale ». Simplement, en cas de saisine de la juridiction constitutionnelle, celle-ci se trouve enserrée dans un rapport conditionnel qui lui impose de respecter « la Constitution ».

Ainsi, le texte érigé en « Constitution » serait devenu véritablement source de normes, opposables et le cas échéant sanctionnées sur le plan juridique. Pour certains auteurs, le terme de « résurrection »¹⁶ est apparu adéquat pour qualifier cette mutation du droit constitutionnel. Pour le doyen Louis Favoreu, ce « droit constitutionnel moderne met l'accent sur l'Etat de droit plus que sur la démocratie. Non pas que celle-ci soit une notion dépassée ou obsolète ; mais parce que l'Etat de droit constitue une étape supplémentaire et un perfectionnement par rapport à la démocratie »¹⁷.

Cette approche purement juridique du constitutionnalisme a amené ses protagonistes à développer des thèses qui peuvent être considérées comme un peu excessives ; rappelons-nous l'idée de « politique *saisie* par le droit »¹⁸, semblant presque occulter tout le côté partiel du contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois que nous pouvons souligner par des éléments bruts mais illustratifs que sont des données chiffrées. Une estimation d'une valeur

¹⁶ D. ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 5.

¹⁷ L. FAVOREU, « De la démocratie à l'Etat de droit », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 161.

¹⁸ L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Economica, 1988.

absolue de dix mille¹⁹ peut fournir une idée du nombre de lois en vigueur en France. En considérant simplement le nombre de décisions de constitutionnalité de type « DC »²⁰ rendues à ce jour par le Conseil constitutionnel, la faible proportion qui en résulte risque de faire ressortir un écart entre l'énonciation de principes structurants forts et une réalité dont la perception s'avère finalement difficile.

Une voie plus raisonnable semble tout de même pouvoir permettre d'estimer, avec le constat de « résurrection », que « l'existence du contrôle de constitutionnalité, si elle est d'une grande importance, n'a () pas pour effet d'annihiler la politique pour lui substituer le droit », mais « à défaut de substituer le droit et la raison à la politique, le contrôle aboutit à tout le moins à la leur soumettre »²¹. Avec la juridiction constitutionnelle au sein du système, notamment par l'interprétation authentique de son propre pouvoir, la tradition républicaine serait passée en quelque sorte à l'ère de la « démocratie constitutionnelle »²², soit un système politique, où la source du pouvoir est le « peuple », mais dont « le "fonctionnement" démocratique [ne repose plus] sur l'identification des gouvernés aux gouvernants, sur la confusion entre le peuple et ses représentants, entre la volonté générale et la volonté parlementaire, (...) l'érigent effectivement en souverain »²³.

Or, ce « fonctionnement » recèle en lui-même quelque chose de faussé, si, constitutionnellement, la « souveraineté nationale » doit « appartenir » au « peuple », quand bien même l'exercerait-il surtout « par la voie de ses représentants ». Une question incidente pourrait être la suivante : quel « peuple » ? Pour le Conseil constitutionnel, « le concept juridique de "peuple français" a valeur constitutionnelle »²⁴, appuyée en cela que « la référence fait [audit concept] figure depuis deux siècles dans de nombreux textes constitutionnels ». En outre, ce « peuple français » est celui qui, « par les référendums du 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958, (...) a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en 1789 »²⁵.

Ainsi, c'est ce rattachement au « peuple français » qui fonde la « démocratie constitutionnelle » qui porte du même coup, avec l'instauration d'un contrôle constitutionnel

¹⁹ Le nombre de 9 500 a été trouvé dans une source gouvernementale (www.premier-ministre.gouv.fr/information/questions_reponses_484/loi_organique_relative_parlement_62217.html) ; tandis que dans son rapport public pour 2006, le Conseil d'Etat avance plutôt « un stock de 10 500 lois » en vigueur (Conseil d'Etat, *Rapport public 2006. Sécurité juridique et complexité du droit*, EDCE, n° 56, La Documentation française, p. 239).

²⁰ 624 au 17/04/2011.

²¹ M. TROPER, « Le droit, la raison et la politique », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 190.

²² La paternité de l'expression semble revenir à C. FRIEDRICH, *La démocratie constitutionnelle*, PUF, 1958.

²³ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 9^{ème} édition, 2010, p. 541.

²⁴ CC, n° 91-290 DC, 09/05/1991, *Rec.* 50, cons. 12.

²⁵ CC, n° 81-132 DC, 16/01/1982, *Rec.* 18, cons. 15.

de l'expression de la volonté générale, des conflits possibles entre différents niveaux de temporalité politique. Le « peuple français » se rattacherait à une temporalité longue²⁶ : « 1789 », « 1946 », « 1958 »... qui s'opposerait donc le cas échéant et plus précisément, que le juge constitutionnel opposerait à l'expression d'une volonté générale du moment où il est amené à être saisi. Il apparaît dès lors que « la valeur constitutionnelle » ne s'épuise pas dans le moment constituant lui aussi historiquement situé. Celle-ci est une « idée de droit »²⁷ qui remonterait à 1789 et qu'il est courant de rattacher à l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme par lequel il était affirmé que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

Nous allons essayer de vérifier l'hypothèse qui nous amène à considérer que le raisonnement constitutionnel trouve justement une réelle spécificité dans la régulation entre ces niveaux de temporalité qui opposent une « périodicité » à une « continuité » sur lesquelles peut être pensée une « différence » entre le « peuple empirique », « qui choisit et qui vote » pour désigner les représentants détenteurs de mandats institutionnels, et le « peuple juridique » principalement caractérisée « par la continuité de sa durée ». C'est ce dernier qui s'impose comme le véritable détenteur de l'exercice de la souveraineté nationale et c'est en son nom que sont normalement délivrés les mandats des représentants, mandats qui ne sont par nature pas attachés à la personne de leur titulaire mais qui ne peuvent être exercés que par les personnes qui en sont titulaires ; comme le « peuple juridique (...) ne s'exprime que par les instantanés du peuple empirique »²⁸. Du coup, s'il est envisageable que ces deux concepts de peuple soient distingués, il paraît difficile qu'ils soient totalement opposés.

Le raisonnement constitutionnel se retrouve bien lié à la régulation de conflits entre le politique et le juridique. La « démocratie constitutionnelle » peut inscrire les choix politiques dans une certaine juridicité, afin que lesdits choix puissent être considérées non pas comme valables, mais comme valides en droit par une sanction délivrée par un organe juridictionnel.

Par sa nature même et par la nature de son auditoire, le juge constitutionnel développe un raisonnement contentieux qui apparaît comme spécifique par les techniques qu'il déploie dans ce qui s'apparente à un office de « juge de l'excès de pouvoir ». Le juge doit préserver sa compétence face aux institutions politiques auxquelles il s'adresse (I) et face aux volontés politiques qu'il doit inscrire dans une voie conforme à un régime de constitutionnalité (II).

²⁶ Voir : M. GAUCHET, *La révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple, la représentation, 1789-1799*, Gallimard, 1995, p. 47.

²⁷ G. BURDEAU, *Traité de science politique. Tome IV : Le statut du pouvoir dans l'Etat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1983, p. 49.

²⁸ M. GAUCHET, *La révolution des pouvoirs*, op. cit., pp. 44-45.

I. Le juge constitutionnel et les institutions politiques

S'il ne fait aucun doute sur la portée systémique du principe énoncé « en passant » par le Conseil constitutionnel dans une décision n° 197 DC du 23 août 1985 ou en d'autres termes, s'il paraît évident que l'énoncé selon lequel « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution » dépasse le simple cadre de la décision précitée, il n'en reste pas moins que le contexte d'énonciation de ladite décision présente un grand intérêt et qu'il constitue une sorte de précédent du fait même de la validation de comportements institutionnels dans la décision du juge constitutionnel, et de la façon dont il s'est positionné au sein de ce système.

Le Conseil constitutionnel avait été saisi une première fois d'une « loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie ». Les deux saisines développent des « moyens tirés de la méconnaissance du principe d'égalité » à l'encontre de certaines dispositions du projet de loi, et notamment de celles qui ont pour objet de mettre en œuvre un cadre de représentation de la population calédonienne fixé à l'article 2 qui créait « quatre régions qui constituent les circonscriptions électorales des conseils de régions dont les membres sont élus au suffrage universel direct et dont la réunion, selon l'article 3 de la loi, forme le congrès du territoire »²⁹. Le Conseil constitutionnel accueille une partie de ces moyens³⁰, tirés plus précisément de la violation par la loi du principe d'égalité devant le suffrage, à l'encontre de « l'alinéa 2 de l'article 4 de la loi » en ce qu'il fixe le nombre de représentants et par là, la représentativité de chacune des « régions » au sein du « congrès du territoire » de Nouvelle-Calédonie.

Suite à la décision n° 85-196 DC du Conseil constitutionnel, le Président de la République décide de mettre en œuvre la prérogative qu'il détient de l'article 10, alinéa 2 de la Constitution et qui lui permet, « avant l'expiration » du délai de promulgation des lois, de pouvoir « demander au Parlement une nouvelle délibération³¹ de la loi ou de certains de ses

²⁹ Saisine par 60 sénateurs (consultable sur : www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1985/85-197-dc/saisine-par-60-senateurs.91035.html).

³⁰ CC, n° 85-196 DC, 08/08/1985, *Rec.* 63, cons. 16 : « considérant que le congrès, dont le rôle comme organe délibérant d'un territoire d'outre-mer ne se limite pas à la simple administration de ce territoire doit, pour être représentatif du territoire et de ses habitants dans le respect de l'article 3 de la Constitution, être élu sur des bases essentiellement démographiques ; que s'il ne s'ensuit pas que cette représentation doive être nécessairement proportionnelle à la population de chaque région ni qu'il ne puisse être tenu compte d'autres impératifs d'intérêt général, ces considérations ne peuvent cependant intervenir que dans une mesure limitée qui, en l'espèce, a été manifestement dépassée ». Il s'agit là d'une hypothèse d'inconstitutionnalité pour ce qui semble relever d'une « erreur manifeste d'appréciation » du législateur. Il conviendra de mesurer la portée de ce concept par rapport à celui employé en contentieux administratif.

³¹ Décret du 09/08/1985, *JO*, 10/08/1985, p. 9149. Pour ce faire, un autre décret daté du même jour, publié en même temps que le décret précédemment cité, convoque le Parlement en session extraordinaire.

articles », renforcée en l'espèce par le premier alinéa de l'article 23 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel qui prévoit que « 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 ».

Alors que les parlementaires d'opposition y voyaient là un « détournement de procédure », le Conseil constitutionnel va s'attacher au contraire, dans sa décision du 23 août 1985, à établir la synonymie entre la « nouvelle délibération » prévue à l'article 10 de la Constitution et la « nouvelle lecture » envisagée par l'ordonnance du 7 novembre 1958 et du même coup, établir de façon explicite que les dispositions de ladite ordonnance (articles 22 et 23 cités ensemble) « [ne] constituent que les modalités d'application » des dispositions de l'article 10 de la Constitution qui signifient notamment que « la procédure législative est close par la promulgation » ; ce qui signifie par conséquence que la « nouvelle délibération » éventuellement demandée par le Président de la République constitue, le cas échéant, une « intervention, dans la procédure législative en cours, d'une phase complémentaire résultant du contrôle de constitutionnalité » et plus particulièrement, d'une déclaration d'inconstitutionnalité, puisque la loi en cause n'est pas promulguée.

Un autre niveau de conséquence est induit par cette solution, c'est que le contrôle de constitutionnalité de la loi *a priori*, sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution apparaît également comme une « phase » de la procédure législative et le juge constitutionnel va expliciter ce caractère dans sa décision et rédiger l'un des considérants systémiques les plus importants de sa jurisprudence : « considérant que le contrôle de constitutionnalité établi par la Constitution du 4 octobre 1958 s'exerce à titre préventif après le vote de la loi et avant sa promulgation ; que le Conseil constitutionnel doit se prononcer dans le délai d'un mois à compter du jour où il est saisi et, s'il y a urgence, dans un délai de huit jours ; qu'ainsi l'objet de ce contrôle est non de gêner ou de retarder l'exercice du pouvoir législatif mais d'assurer sa conformité à la Constitution et, le cas échéant, lorsqu'une loi n'est pas déclarée dans sa totalité contraire à la Constitution, d'en permettre la promulgation, soit après amputation des dispositions déclarées contraires à la Constitution, soit après substitution à celles-ci de nouvelles dispositions réalisant une mise en conformité avec la Constitution »³².

³² CC, n° 85-196 DC, 08/08/1985, cons. 20.

Par delà le seul cadre ou contexte dans lequel il a été amené à rendre sa décision n° 197 DC, le juge constitutionnel insiste sur un élément institutionnel – la promulgation de la loi – qui s'impose véritablement comme un élément finaliste au raisonnement qu'il déploie en vue de se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi ou d'en déclarer l'inconstitutionnalité (§ 1). Mais ceci lui permet d'affirmer, de façon presque réciproque, la dimension institutionnelle de son office et de la finalité qu'il est en mesure d'imposer aux conditions d'« expression de la volonté générale » définies par la norme constitutionnelle (§ 2).

§ 1 – Un élément finaliste au raisonnement du juge constitutionnel : la promulgation de la loi

Le juge constitutionnel « se prononce sur [la « conformité des lois » à la Constitution] » avant leur promulgation. Ainsi, selon le premier alinéa de l'article 62 de la « Constitution du 4 octobre 1958 », « une disposition [législative] déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 [du même texte] ne peut être promulguée ni mise en application ».

Exerçant son office sur des objets juridiques non encore en vigueur, le juge constitutionnel n'est pas à proprement parler un juge de l'annulation, comme peut l'être par exemple le juge administratif à l'encontre des actes des autorités administratives dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. Mais il est tout de même amené à établir un lien étroit de validité puisqu'il s'agit d'un rapport de conformité, et non simplement de compatibilité, que la juridiction constitutionnelle s'attache à vérifier entre la disposition législative et une valeur supérieure sur le plan juridique : la norme constitutionnelle.

En ce sens, le raisonnement juridictionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité doit s'exercer dans une logique³³ de juge de l'annulation. Celle-ci devrait normalement s'apparenter à une opération intellectuelle guidée par un choix binaire : annulation ou non de la norme contrôlée, constitutionnalité ou inconstitutionnalité de la loi soumise au contrôle de validité constitutionnelle.

³³ Voir : G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, 1996, p. 59 : « ... comme le géomètre en présence d'un problème défini a de grandes chances de retrouver, même s'il les ignore, le cheminement et la solution découverts par un prédécesseur de qualité, le juge constitutionnel aux prises avec une opération de logique juridique analogue à celle déjà conduite par le juge administratif retrouve nécessairement pour l'essentiel la démarche de celui-ci pour poser et résoudre le problème. (...) l'opération de contrôle de la compatibilité ou de la conformité des normes qui y sont soumises avec les normes de rang supérieur est conçue, construite et conduite par le Conseil d'Etat et par le Conseil constitutionnel avec tant de ressemblances que l'excès de pouvoir législatif et l'excès de pouvoir administratif paraissent n'être l'un et l'autre que l'application d'un corps de théorèmes de la logique juridique ».

Pourtant, certains auteurs ont été amenés à s'intéresser à « un comportement peu orthodoxe chez "un juge de l'annulation" habituellement conçu pour répondre clairement à une question de droit par l'affirmative ou la négative »³⁴, comportement qui a amené le juge constitutionnel à développer une troisième voie à la logique constitutionnelle de l'annulation, celle de la déclaration de conformité sous réserves (A).

Cette technique participe à la « logique du raisonnable » par laquelle le juge constitutionnel développe sa propre compétence à l'égard de son auditoire institutionnel, auditoire principal dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*. Les réserves d'interprétation ont contribué, par leur utilisation et par leur développement, à la réduction du champ de la déclaration potentielle d'inconstitutionnalité (B) que le Conseil constitutionnel peut être amené à prononcer.

A) La constitutionnalité sous réserves

La question de la constitutionnalité sous réserves interroge tout à la fois la technique contentieuse et juridictionnelle, et l'institution juridictionnelle elle-même. Ainsi, par l'emploi de « réserves d'interprétation », le juge constitutionnel s'est en quelque sorte mis en retrait par rapport à une logique classique propre à la description d'un office de « juge de l'annulation » ou de la validité d'une norme inférieure par rapport à une norme supérieure qui en détermine les conditions de production. Cependant, l'institution juridictionnelle s'inscrit dans une logique de déploiement, voire de *redéploiement* de l'idée de « juge de l'annulation » dans un rapport de validité juridique spécifique, celui de constitutionnalité. La « réserve » constitue « un instrument stratégique que le Conseil utilise pour accroître son pouvoir en complétant la loi, tout en entretenant sa légitimité par le renoncement à la censure systématique »³⁵ *a priori*. Dans un système lié au processus de promulgation de la loi, « expression de la volonté générale », le juge constitutionnel met en « réserve » sa compétence potentielle d'invalidation, en anticipant quelque peu sur le sens de la future application de la disposition législative en cause, laissant une chance à une loi – dont la constitutionnalité reste finalement discutée à l'issue de la décision du Conseil constitutionnel – d'être « mise en application », sachant qu'il dispose désormais d'une faculté abrogative *a posteriori*.

Il ne s'agit pas ici de tenter de renouveler le débat descriptif de la technique et des différents types de réserves (1) développées par le juge constitutionnel. C'est plutôt la

³⁴ A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1999, p. 155.

³⁵ A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 156.

question de l'autorité de la « décision "interprétative" »³⁶ qui nous paraît renouvelée (2), particulièrement en lien avec l'entrée en vigueur du nouvel article 61-1 de la Constitution.

1. Différents types de réserves

Il apparaît courant de distinguer entre trois catégories³⁷ de réserves d'interprétation, selon leurs implications juridiques : des réserves directives, constructives et le cas échéant neutralisantes. Ces typologies ne proviennent pas directement des décisions du Conseil constitutionnel mais du discours doctrinal. Le langage du juge constitutionnel met parfois en avant de « strictes réserves »³⁸ par rapport à d'autres réserves, au sein de la même décision ou plus globalement au sein de la jurisprudence. Mais ceci ne saurait emporter de conséquences juridiques quant à la portée des réserves, simplement peut-être une force persuasive plus importante eu égard à l'application de la loi concernée.

Ceci peut notamment être le cas concernant la formulation de réserves à caractère directif. Selon le Doyen Favoreu, « les décisions de conformité sous réserve d'interprétation directive ont pour objet de tracer une ligne de conduite à ceux qui auront à appliquer la loi

³⁶ Pour reprendre : T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Economica – PUAM, 1997.

³⁷ La typologie la plus complète est sans conteste proposée dans : T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives »...*, préc. L'auteur propose une distinction entre les décisions « interprétatives » restrictives (p. 131), annihilantes (p. 131) et neutralisantes (p. 158 ; les décisions « interprétatives » constructives (p. 231), additives et substitutives (p. 259) ; enfin, les décisions « interprétatives » directives (p. 275), de deux types selon une graduation de niveau « d'intensité » (p. 292) de la « "prescriptivité" » de l'interprétation du juge constitutionnel, simple (p. 293) ou renforcé (p. 300).

³⁸ Une entrée « strictes réserves » sur le moteur de recherche du site Internet du Conseil constitutionnel (www.conseil-constitutionnel.fr) et une autre sur « Legifrance. Le service public de la diffusion du droit » (www.legifrance.gouv.fr) laissent apparaître un emploi de la « stricte réserve » dans un domaine où le contrôle s'avère particulièrement strict, celui du contrôle obligatoire (article 61, alinéa 1^{er} de la Constitution) de la constitutionnalité des règlements des assemblées parlementaires (par exemple : CC, n° 2003-470 DC, 09/04/2003, *Rec.* 359, cons. 18 et 19). Les autres décisions où figurent explicitement l'expression sur le caractère strict des réserves portent sur des lois pour lesquels les débats étaient particulièrement vifs, touchant notamment aux droits et libertés fondamentaux : liberté de la presse (CC, n° 84-181 DC, 10-11/10/1984, *Rec.* 73, part. cons. 51 et 52, notion de « strictes réserves d'interprétation » reprise dans le dispositif de la décision) ; droits fondamentaux des étrangers (CC, n° 93-325 DC, 12-13/08/1993, *Rec.* 224, cons. 16 et cons. 88) ; garanties constitutionnelles en matière pénale : nécessité des délits et des peines, cf. CC, n° 99-411 DC, 16/06/1999, *Rec.* 75, cons. 17) ; conditions d'accès à la nationalité française (CC, n° 93-321 DC, 20/07/1993, *Rec.* 196, cons. 17). Une autre décision concerne le droit constitutionnel économique (sur une loi d'habilitation « autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social », en matière de régime des prix et des mesures de privatisation : CC, n° 86-207 DC, 26/06/1986, *Rec.* 61, les « strictes réserves d'interprétation » ne sont mentionnées que dans le dispositif de la décision et le caractère strict affecte donc l'ensemble des réserves formulées en l'espèce par le juge constitutionnel ; voir aussi pour une loi dite de « modernisation sociale » : CC, n° 2001-455 DC, 12/01/2002, *Rec.* 49, cons. 90). Enfin, le Conseil constitutionnel a été « strict » dans ses réserves de constitutionnalité en matière de découpage électoral (CC, n° 86-208 DC, 02/07/1986, *Rec.* 61, même méthode employée – mention dans le dispositif de la décision – que dans la décision précitée n° 86-207 DC ; CC, n° 2008-573 DC, 08/01/2009, *Rec.* 36, cons. 26).

déclarée conforme sous réserve »³⁹, c'est-à-dire principalement les autorités administratives, judiciaires et surtout juridictionnelles.

Les deux autres catégories de réserves d'interprétation sont plutôt orientées vers des techniques qui permettent au juge constitutionnel d'intervenir sur le sens à donner à la disposition en cause (« ce qui est expressément écrit » comme le souligne le professeur Dominique Rousseau) pour qu'elle soit *in fine* déclarée conforme à la Constitution et promulguée telle quelle, que ce soit pour « [éliminer] une interprétation possible qui serait [quant à elle] contraire à la Constitution » (interprétation neutralisante) ou en vue « d'introduire un *quid novi* dans la disposition de loi qui permet de la sauver de la censure et partant, de la mettre en conformité à la Constitution »⁴⁰ (interprétation constructive). La réserve d'interprétation va donc jusqu'à « à faire produire d'une disposition législative davantage de sens que ce qui est expressément écrit »⁴¹.

A l'appui de ces diverses potentialités qui reviennent pour lui à produire des raisonnements de portée législative, le juge constitutionnel dispose d'une disposition constitutionnelle expresse selon laquelle ses décisions « ne sont susceptibles d'aucun recours » et « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles » dont il peut également interpréter la portée. Sur un plan systémique, la juridiction constitutionnelle est dans une position fragile qui s'expose à la critique. En effet, non seulement pour certains, « la technique des déclarations de conformité sous réserve – ou stricte réserve – d'interprétation est une innovation du juge constitutionnel qu'aucun texte ne justifie »⁴² mais, plus encore, « les décisions assorties de réserves d'interprétation emportent des conséquences non "codifiées" par les textes organisant le contrôle de constitutionnalité »⁴³.

D'une certaine façon, au-delà du bien-fondé de la technique, c'est la question de la légitimité de celle-ci qui est en cause dans certains discours, et le débat porte évidemment là sur la compétence de juge, *quand bien même* cette fonction de juger s'avère spécifique parce qu'intervenant dans un système de décision politique (l'expression de la volonté générale) ; mais le problème devient alors : *surtout* parce que le juge est partie prenante dans un système politique.

³⁹ L. FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, n° 2, 1986, p. 623.

⁴⁰ T. DI MANNO, *op. cit.*, p. 231.

⁴¹ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 158.

⁴² D.-G. LAVROFF, « Le Conseil constitutionnel et la norme constitutionnelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, PUG, 1995, p. 352.

⁴³ P. BLACHER, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 22.

Deux optiques sont envisageables dans la critique du juge constitutionnel, soit celle de l'abus de pouvoir⁴⁴, soit celle de l'esquive de sa propre compétence⁴⁵. Mais la préoccupation s'avère être la même : tout ceci « soulève (...) le problème de l'autorité juridique des interprétations (...). Qui est juge de l'application de la jurisprudence constitutionnelle assortie de réserves ? Quelles sanctions risquent les autorités administratives et les juridictions ordinaires qui s'écarteraient de l'interprétation "sous réserve" ? »⁴⁶.

2. L'autorité des réserves

C'est en réalité le problème plus global de l'autorité même des décisions du Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité dit « *a priori* ». L'élément systémique, qui trouve sa source dans l'article 62, alinéa 3 du texte de la Constitution (ex alinéa 2, jusqu'à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008), peut s'analyser comme relevant d'une « autorité de [la] chose jugée »⁴⁷. Plus précisément, et d'une façon générale pour le juge constitutionnel, « l'autorité des décisions (...) s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même »⁴⁸.

La technique des réserves d'interprétation s'est affirmée progressivement dans ce cadre. Il est possible d'observer une évolution dans la rédaction des décisions par laquelle la présence de réserves dans les motifs est mentionnée dans le dispositif, et même, plus précisément, sont énumérés⁴⁹ dans la formule consacrée⁵⁰ les considérants dans lesquels figurent lesdites réserves.

L'interrogation sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel porte sur une sorte de contradiction originaire du mécanisme de justice constitutionnelle *a priori* tel qu'il a été conçu en France. La disposition constitutionnelle relative à cette problématique « paraît claire, impérative. Elle traduit l'un des objectifs du constituant : que le Conseil constitutionnel

⁴⁴ Cf. D.-G. LAVROFF, op. cit., pp. 353-354.

⁴⁵ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 536 : « On demande au juge constitutionnel de trancher et de dire si la loi est bien conforme selon son appréciation, ou si elle viole la Constitution. (...) D'une certaine façon, les réserves sont un procédé de décharge de responsabilité constitutionnelle auprès d'autres autorités, les faisant juges de la constitutionnalité de la mise en œuvre de la loi, sans possibilité pour le Conseil constitutionnel de s'assurer que ces réserves sont réellement prises en considération et correctement interprétées.

⁴⁶ P. BLACHÈRE, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *ibid.*

⁴⁷ CC, n° 88-244 DC, 20/07/1988, *Rec.* 119, cons. 18.

⁴⁸ CC, n° 62-18 L, 16/01/1982, *Rec.* 31, cons. 1.

⁴⁹ Systématique depuis : CC, n° 2001-454 DC, 17/01/2002, *Rec.* 70.

⁵⁰ « Sous la (ou les) réserve(-s) énoncée(-s) au(-x) considérant(-s)..., le (ou les) article(-s) ... de la loi n'est (ou ne sont) pas contraire(-s) à la Constitution ».

garantisse l'application de ce qui se trouve dans la Constitution, fixant ainsi la signification et l'interprétation, si le besoin s'en fait sentir, du texte constitutionnel. Ses décisions, non susceptibles de recours, représentent cette garantie »⁵¹. Sauf que la mise en œuvre du contrôle, dans ses modalités tant constitutionnelles qu'organiques, ne semble pas s'être préoccupée de la concrétisation de ce principe d'autorité.

Celui-ci repose dans son effectivité sur le respect par les acteurs de l'exécution des décisions du Conseil d'une « théorie de la "collaboration" » qui ne fait que constater la « coexistence » de certaines institutions qui, cependant, « ne peuvent [elles-mêmes] ignorer leurs décisions respectives »⁵². Certes, mais le plus important à relever sur le plan juridique, c'est que « le principe d'autorité des décisions du Conseil » constitutionnel apparaît en réalité comme un principe « dépourvu de sanction »⁵³, ou en d'autres termes, le système de justice constitutionnelle rendue *a priori* repose dans son effectivité juridique sur un « principe de primauté de l'exécution volontaire »⁵⁴.

C'est un fait, si, dans le cadre de l'article 61 de la Constitution, le juge constitutionnel veut, par l'emploi de la technique des réserves d'interprétation, « resserrer »⁵⁵ selon les termes du professeur Alexandre Viala « la contrainte de constitutionnalité » qu'il déploie, anticiper en quelque sorte sur l'application de la disposition en cause et tenter ainsi d'optimiser sa compétence, il est clair que cette technique s'est développée sans réelle maîtrise de ses effets juridiques, quand bien même il serait possible d'observer un comportement positif⁵⁶ des acteurs, et en particulier des autorités juridictionnelles, vis-à-vis de la jurisprudence du Conseil. En outre, comme le prononcé d'une réserve revient tout de même *in fine* à une déclaration de conformité, son utilisation peut être perçue comme un renoncement à exercer sa compétence, notamment dans des domaines sensibles pour les droits et libertés fondamentaux comme les politiques pénales, par exemple en matière de lutte contre la

⁵¹ V. BACQUET-BREHANT, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 120 », 2005, p. 1.

⁵² G. DRAGO, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel. L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois*, Economica – PUAM, 1991, p. 280 et p. 281.

⁵³ Voir G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 629 ; V. BACQUET-BREHANT, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 (...)*, op. cit., p. 197 (plus précisément : « règle de droit dépourvue de sanction »).

⁵⁴ V. BACQUET-BREHANT, *ibid.*, p. 222.

⁵⁵ Cf. A. VIALA, « Les réserves d'interprétation : un outil de resserrement de la contrainte de constitutionnalité », *RDP*, 1997, p. 1047 et s.

⁵⁶ Sur l'ensemble de la question, voir les travaux exhaustifs de : M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2010.

criminalité organisée et de terrorisme⁵⁷. Certains auteurs relèvent ainsi les contours d'un « curieux rôle »⁵⁸ à propos du juge constitutionnel, ses décisions apparaissant parfois comme un catalogue de « directives adressées à l'autorité judiciaire » ou autres « conseils dispensés »⁵⁹ pour l'application de mesures législatives litigieuses. D'autres auteurs n'hésitent pas non plus à employer le vocable de « circulaires d'application »⁶⁰, à tel point qu'il semble « donc souhaitable que le Conseil constitutionnel assume sa fonction lorsque l'occasion se présente, de façon à préserver la qualité de son dialogue avec le législateur »⁶¹.

Cette question va trouver une portée et un sens nouveaux dans le cadre de la mise en œuvre du nouvel article 61-1 de la Constitution qui correspond, sur le point qui nous intéresse ici, à une potentialité, certes limitée et conditionnée à un « changement des circonstances » aux termes de la loi organique du 10 décembre 2009, mais potentialité tout de même pour le juge constitutionnel d'un contrôle de l'exécution d'une ou plusieurs réserves d'interprétation qu'il aurait pu formuler à l'encontre d'une disposition législative dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*. Le caractère relativement restreint de ladite potentialité fait que la critique précédemment exposée par rapport à l'emploi des réserves d'interprétation et à l'exercice par le juge constitutionnel de sa compétence sera peut-être maintenue. En effet, à quoi cela pourrait-il servir de prendre le risque de reporter une déclaration d'inconstitutionnalité ?

L'analyse renouvelée de la technique de la déclaration de constitutionnalité sous réserves *a priori*, en lien avec la question préjudicielle de constitutionnalité éventuellement soulevée « à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction », permet de rester cohérent avec le discours du droit et l'interprétation « authentique » que fait le juge de sa

⁵⁷ Voir : CC, n° 2003-467 DC, 13/03/2003, *Rec.* 211 ; n° 2004-492 DC, 02/03/2004, *Rec.* 66 ; CC, n° 2005-532 DC, 19/01/2006, *Rec.* 31. Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à : V. THIBAUD, « Législation antiterroriste, lutte contre la criminalité organisée : le Conseil constitutionnel face aux politiques pénales contemporaines », VIIe Congrès français de droit constitutionnel, Association française de droit constitutionnel, Paris, 25-27/09/2008, « Atelier n° 5 : Constitution et justice », www.afdc.fr.

⁵⁸ J.-F. SEUVIC, « Forces et faiblesses de la constitutionnalisation substantielle et formelle du droit pénal », in Cass. (dir.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, 2007, p. 120 : « Le Conseil constitutionnel ne peut se substituer aux choix du législateur et il doit respecter cette diversification des réponses pénales ayant lui-même admis que selon les infractions, les situations et les personnes, la loi peut prévoir des règles de procédures différentes mais à condition qu'elles soient justifiées et qu'elles offrent des garanties équivalentes. Par ses interprétations, le Conseil précise ce que doit être la conduite de l'autorité judiciaire, gardienne des libertés individuelles. Ne voulant s'opposer à ces procédures dérogatoires, le Conseil s'en remet à la sagesse de l'autorité judiciaire, tout en lui dispensant des directives... ».

⁵⁹ Pour les deux expressions : C. LAZERGUES, « Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle », *RSC*, n° 4, 2004, p. 735 et 736.

⁶⁰ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 163.

⁶¹ A. HAQUET, « Droit pénal constitutionnel ou droit constitutionnel pénal ? », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 243.

propre compétence. Ainsi, le principe de constitutionnalité, appliqué *a priori*, apparaît plus comme une finalité que comme une stricte impérativité ; finalité pour le raisonnement du juge constitutionnel et dans le raisonnement de celui-ci en vue tout de même d'imposer une idée de « contrôle » aux institutions politiques au sein du processus « d'expression de la volonté générale ».

B) L'inconstitutionnalité

L'article 22 de l'ordonnance n° 58-1067 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel énonce que « 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 ». Le juge constitutionnel est donc amené à moduler la prérogative puissante qu'il détient de pouvoir déclarer l'inconstitutionnalité d'un des actes du Parlement visés par l'article 61 de la Constitution, au travers d'un choix de ne reconnaître qu'une « non-conformité partielle » ou dans des hypothèses exceptionnelles⁶², de devoir prononcer une « non-conformité totale »⁶³ de la loi déférée. Il convient alors de distinguer deux situations qui permettent au raisonnement du juge constitutionnel de s'orienter vers une logique du raisonnable, conformément aux principes comportementaux qu'il a lui-même explicité dans sa décision n° 197 DC du 23 août 1985⁶⁴. En effet, « l'inséparabilité doit être distinguée de l'invalidation totale : dans le second cas, la non-promulgation a pour fondement l'inconstitutionnalité de tous les articles de la loi ; dans le premier, et le Conseil le précise expressément, le fait que des articles non contraires à la Constitution soient déclarés inséparables de dispositions inconstitutionnelles. La différence est importante puisque l'inséparabilité ne rendant pas la loi entière contraire à la Constitution,

⁶² La rédaction, tant des textes constitutionnels que de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, nous oriente sur le terrain de l'exception. La « non-conformité partielle » apparaît ainsi comme la norme, ou le principe ; par exemple, l'article 62, alinéa 1^{er} de la Constitution n'évoque qu'« *une* disposition déclarée inconstitutionnelle » qui « ne peut être promulguée ni mise en application ». L'article 22 de l'ordonnance renvoie « *au cas* où » une disposition inconstitutionnelle ne pourrait être reconnue comme « inséparable de l'ensemble » d'une loi et devrait dès lors ne plus être seulement reconnue comme une « non-conformité partielle ».

⁶³ A ce jour, seules 15 décisions DC comportant une déclaration de « non-conformité totale » peuvent être recensées (www.conseil-constitutionnel.fr): CC, n° 76-75 DC, 12/01/1977, *Rec.* 33 ; n° 77-80/81 DC, 05/07/1977, *Rec.* 24 ; n° 77-91 DC, 18/01/1978, *Rec.* 19 ; n° 79-110 DC, 24/12/1979, *Rec.* 36 ; n° 80-122 DC, 22/07/1980, *Rec.* 49 ; n° 81-132 DC, 16/01/1982, *Rec.* 18 ; n° 82-147 DC, 02/12/1982, *Rec.* 70 ; n° 85-190 DC, 24/07/1985, *Rec.* 53 ; n° 86-224 DC, 23/01/1987, *Rec.* 8 ; n° 87-234 DC, 07/01/1988, *Rec.* 26 ; n° 89-262 DC, 07/11/1989, *Rec.* 90 ; n° 89-263 DC, 11/01/1990, *Rec.* 18 ; n° 92-309 DC, 09/06/1992, *Rec.* 66 ; n° 93-322 DC, 28/07/1993, *Rec.* 204 ; n° 99-420 DC, 16/12/1999, *Rec.* 134.

⁶⁴ cf. *supra*.

le législateur, s'il doit reprendre la procédure à l'origine, peut se limiter à corriger seulement les dispositions censurées »⁶⁵.

Nous préférons donc une distinction entre l'inconstitutionnalité totale de la loi (1) et une inconstitutionnalité partielle, et la déclaration de séparabilité qu'elle sous-tend (2).

1. L'inconstitutionnalité totale de la loi

L'idée dans ce cas est que la loi, ou l'acte parlementaire contrôlé, apparaît entièrement inconstitutionnelle. Dans la dizaine de décisions depuis 1959 où cela a été le cas, il apparaît que l'inconstitutionnalité totale est reconnue, autant certainement pour une inconstitutionnalité d'une particulière gravité, voire « grossière »⁶⁶ serait-il possible de dire, que pour une autre série de raisons liée à la brièveté des textes en question qui fait que, par exemple, comme « les dispositions de l'article unique de la loi »⁶⁷ sont déclarées non-conformes à la Constitution et par conséquent, c'est toute la loi qui en sera affectée. Il en est de même pour une « résolution »⁶⁸ modifiant un article spécifique d'un règlement d'une des deux assemblées parlementaires, et reconnue contraire à la Constitution.

Il convient de relever que ces divers cas d'inconstitutionnalité totale concernent particulièrement la matière parlementaire. Tout d'abord, deux décisions ont été amenées à sanctionner l'inconstitutionnalité de dispositions législatives qui avaient pour objet de

⁶⁵ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 155.

⁶⁶ C'est nous qui employons l'adjectif, en tentant de l'illustrer par l'exemple de la décision n° 99-420 DC, 16/12/1999, *Rec.* 134, « Loi organique relative à l'inéligibilité du Médiateur des enfants », part. cons. 2 : « Considérant que la loi organique a été définitivement adoptée le 9 novembre 1999 ; qu'à cette date, la proposition de loi instituant le Médiateur des enfants et définissant son statut, ses pouvoirs et ses missions était en cours d'examen devant le Parlement et encore susceptible d'être substantiellement modifiée ; que, dès lors, le législateur organique ne pouvait se prononcer en connaissance de cause et priver cette autorité du droit d'éligibilité dont jouit tout citoyen en vertu de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ». Dès lors, le juge constitutionnel reconnaît une inconstitutionnalité de procédure affectant l'ensemble de la loi. Il est intéressant de relever, dans le commentaire de la décision, que le raisonnement juridictionnel qui a été tenu pour aboutir à une telle solution semble s'être fondé sur une idée de « chronologie rationnelle » (dans le sens de « conforme à la raison, au bon sens » comme l'indique le dictionnaire *Le Petit Robert de la langue française*). Cette chronologie « aurait voulu que la loi ordinaire (créant le médiateur des enfants) fût adoptée avant la loi organique (rendant ce dernier inéligible aux fonctions parlementaires) », car du point de vue de l'appréciation de constitutionnalité du régime créé, « comment le Conseil pourrait-il se prononcer valablement alors qu'il ne sait pas si, et sous quelle dénomination, sera effectivement institué un médiateur des enfants ? » (cf. *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 8, 2000, p. 33 et p. 34).

⁶⁷ CC, n° 76-75 DC, 12/01/1977, *Rec.* 33, « Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales ».

⁶⁸ CC, n° 92-309 DC, 09/06/1992, *Rec.* 66, « Résolution modifiant l'article 47 bis du règlement du Sénat ». Cette décision est également particulièrement intéressante en termes de hiérarchie des normes puisque la disposition modifiée du Règlement du Sénat est en réalité reconnue contraire à une disposition non pas directement constitutionnelle mais organique (ancienne ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances).

modifier le statut des parlementaires, à propos du régime des incompatibilités de fonctions⁶⁹ et de celui concernant l'immunité⁷⁰ dont peuvent bénéficier les députés et les sénateurs.

Le reste des décisions d'inconstitutionnalité totale concernent des hypothèses de constitutionnalité externe liées à des motifs de procédure⁷¹ et de compétence⁷² qui ont quand même pour conséquences de « vicier » l'ensemble du texte adopté ; donc un moyen en inconstitutionnalité externe qui touche véritablement à des règles constitutionnelles⁷³ (au sens formel, soit issues directement du texte de la « Constitution ») et plus encore, qui constitue une « irrégularité » revêtant « un caractère substantiel »⁷⁴, relevée sans doute d'office le cas échéant s'ils ne sont pas évoqués dans les saisines.

En évoquant le droit parlementaire qui constitue l'objet de quasiment l'ensemble des hypothèses relevées jusqu'ici d'inconstitutionnalité totale reconnue dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*, un constat s'impose d'ores-et-déjà du caractère d'abord institutionnel de celui-ci. Saisi par des titulaires de fonctions liées à des institutions politiques, le juge constitutionnel se doit presque « d'optimiser », au regard du relatif faible nombre de

⁶⁹ CC, n° 77-80/81 DC, 05/07/1977, *Rec.* 24. Notons que le droit parlementaire constitutionnel a évolué sur une partie des griefs d'inconstitutionnalité soulevés dans cette décision n° 80/81 DC à l'encontre des projets de « lois organiques complétant les articles LO. 176, LO. 319 et LO. 320 du code électoral (remplacement des députés et des sénateurs) ». Le 1° de l'article 10 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 est venue modifier l'article 25 de la Constitution, dont le deuxième alinéa est désormais rédigé ainsi : « [La loi organique] fixe () les conditions dans lesquelles sont élues les personnes appelées à assurer, en cas de vacance du siège, le remplacement des députés ou sénateurs jusqu'au renouvellement général ou partiel de l'assemblée à laquelle ils appartiennent ou leur remplacement temporaire en cas d'acceptation par eux de fonctions gouvernementales ». S'en est suivie l'adoption d'une loi organique n° 2009-38 du 13 janvier 2009, validée cette fois sur ce point par le Conseil constitutionnel (CC, n° 2008-572 DC, 08/01/2009, cons. 6), modifiant les articles LO. 176 (pour les députés) et LO. 319 et 320 (pour les sénateurs) du Code électoral qui disposent que les députés ou sénateurs « qui acceptent des fonctions gouvernementales sont remplacés, jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation de ces fonctions, par les personnes élues en même temps qu'eux à cet effet [suppléants ou « candidats figurant sur la même liste »] ». L'idée qui a fait beaucoup débat est que désormais, les membres du Gouvernement, parlementaires au moment de leur nomination, peuvent retrouver automatiquement leur siège au cas où leurs fonctions gouvernementales prendraient fin avant la fin d'une législature ou d'un renouvellement partiel du Sénat durant lesquels ils ont été élus puis nommés au Gouvernement. Il convient de souligner ici qu'il s'agissait d'un élément important de la rationalisation du parlementarisme, telle qu'elle avait été promue par les principaux rédacteurs du texte de la Constitution de 1958, et particulièrement dans le discours de Michel Debré devant le Conseil d'Etat le 27 août 1958. Dans sa décision de 1977, le Conseil constitutionnel s'en était encore fait l'écho, prenant acte que le projet de loi organique de l'époque avait été adopté sans que l'article 25 de la Constitution ne soit modifié.

⁷⁰ CC, n° 89-262 DC, 07/11/1989, *Rec.* 90.

⁷¹ CC, n° 79-110 DC, 24/12/1979, *Rec.* 36 (vote de fait de la seconde partie de la loi de finances relative aux dépenses avant la première portant sur les recettes et « arrêtant les données générales de l'équilibre économique et financier » pour l'exercice budgétaire à venir) ; n° 80-122 DC, 22/07/1980, *Rec.* 49, cons. 3 : « cette loi, qui établit pour la justice pénale dans les territoires d'outre-mer une organisation spécifique tenant compte des conditions propres à chacun d'eux, constitue un élément de l'organisation particulière de ces territoires et aurait dû, en application de [l'ancien] article 74 de la Constitution, être précédée d'une consultation des assemblées territoriales intéressées ; que, dès lors, une telle consultation n'ayant pas eu lieu, ces dispositions n'ont pas été adoptées selon une procédure conforme à la Constitution ».

⁷² CC, n° 82-147 DC, 02/12/1982, *Rec.* 70 (empiètement de la loi ordinaire dans le domaine de la loi constitutionnelle).

⁷³ cf. G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 2^{ème} éd., PUF, 2006, p. 392.

⁷⁴ CC, n° 88-248 DC, 17/01/1989, *Rec.* 18, cons. 46.

saisines, l'étendue de l'exercice de son office par la résolution de questions institutionnelles développées dans les saisines et qu'il peut aussi soulever d'office en fonction de leur « ampleur » ou de leur « importance ».

Ceci est lié à une logique systémique si le discours sur le droit tend à inscrire le raisonnement de constitutionnalité dans la réalisation de la dimension institutionnelle de l'idéal constitutionnaliste, selon lequel l'idée de « Constitution » participe à la détermination de principes ou d'un ensemble de modalités, de procédures devant déterminer la séparation des pouvoirs pour reprendre les termes de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789. Du point de vue de la « technique » constitutionnelle, le contrôle de constitutionnalité contribue indéniablement à cette détermination, nous y reviendrons par la suite. Mais, du point de vue des effets juridiques de ladite procédure, il ne semble pas que l'optimisation du principe de constitutionnalité passe par un strict développement de l'inconstitutionnalité totale, l'objectif *a priori* étant la promulgation de la loi. Le juge constitutionnel module les éléments de son raisonnement dans l'établissement éventuel d'une non-conformité d'une disposition législative avec la Constitution selon une technique contentieuse tendant le plus souvent à l'annulation partielle, « l'inconstitutionnalité partielle » dirons-nous plutôt.

2. L'inconstitutionnalité partielle et la déclaration de séparabilité ou d'inséparabilité des dispositions jugées non-conformes

La déclaration de nullité partielle apparaît comme quelque chose de « familier »⁷⁵ à la fonction de « juge de l'annulation », dans ce que certains auteurs appellent pourtant, en contentieux administratif, les « conséquences atypiques d'une illégalité »⁷⁶. Le juge module son office par rapport notamment aux conséquences que peut avoir une déclaration de nullité d'un acte juridique quelconque, en particulier lorsqu'il s'agit d'actes déjà en vigueur. L'annulation, par laquelle en principe l'acte est censé ne jamais avoir existé⁷⁷, contrevient en elle-même à une idée de « sécurité juridique », désormais érigée en « principe »⁷⁸ reconnu comme opposable aux normes réglementaires dans la jurisprudence administrative.

⁷⁵ C. BERGEAL, « Conclusions [sur CE Sect., 13/03/1998, *Fédération nationale des sociétés d'économie mixte*] », *AJDA*, 1998, n° 6, p. 518.

⁷⁶ J.-C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, 2^{ème} édition, Dalloz, 2009, n° 67, p. 1098.

⁷⁷ CE, 26/12/1925, *Rodière*, Rec. 1065.

⁷⁸ CE Ass., 24/03/2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, Rec. 154.

Si l'apparition de l'annulation partielle dans la jurisprudence du Conseil d'Etat n'a pas été forcément liée au développement de « l'exigence de sécurité juridique »⁷⁹, il n'en reste pas moins que la nullité partielle constitue une variante considérable de « l'office de l'annulation » car, « contrairement à ce qui se produit lors d'une annulation totale, dans l'annulation partielle, l'acte administratif ne disparaît pas. Le décret, l'arrêté, la décision administrative partiellement annulés demeurent »⁸⁰. Une même « logique », pour reprendre les mots du doyen Vedel, était sous-jacente à la possibilité que détient le juge constitutionnel par le biais des articles 22 et 23 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 de déclarer « une disposition » de loi contraire à la Constitution et d'en « constater » la séparabilité ou l'inséparabilité « de l'ensemble de cette loi ». Pour reprendre la considération précédente, contrairement à ce qui se produit lors d'une inconstitutionnalité totale, dans la non-conformité partielle de la loi à la Constitution avant sa promulgation, celle-ci ne va pas disparaître. La loi sera en mesure d'être promulguée telle quelle.

Il est nécessaire de distinguer plusieurs hypothèses, selon une échelle de gradation de l'évaluation de séparabilité de la disposition en cause par rapport au reste de la loi, selon que celle-ci s'avère plus ou moins poussée dans l'appréciation des « intentions du législateur »⁸¹ envisagées de façon globale, eu égard justement à « l'ensemble de la loi » et au sens qu'il faut lui donner pour apprécier la portée de l'inconstitutionnalité, d'une voire plusieurs dispositions en particulier au sein de cette totalité.

Le niveau le plus élevé de cette échelle peut amener en réalité à ce que le juge constitutionnel prononce une « non-conformité totale »⁸² de la loi en cause. L'exemple le plus illustratif ici réside sans conteste dans la décision du 16 janvier 1982 portant sur la première loi de nationalisations. A cette occasion, le Conseil constitutionnel pose un principe de constitutionnalité des mesures envisagées par les autorités législatives en considérant « qu'en vertu des dispositions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la privation du droit de propriété pour cause de nécessité publique requiert une juste et préalable indemnité »⁸³. Il est par suite amené à examiner les dispositions des « articles 6, 18 et 32 de la loi [qui] fixent les règles selon lesquelles est déterminée la valeur d'échange des actions des diverses sociétés » visées par les nationalisations. Après une longue motivation, ces articles

⁷⁹ J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, 14^{ème} éd., 2007, p. 220.

⁸⁰ M.-P. CORBEL, « L'annulation partielle des actes administratifs », *AJDA*, 1972, p. 138.

⁸¹ T. S. RENOUX, M. de VILLIERS (dir.), *Code constitutionnel*, 4^{ème} éd., Litec, 2005, p. 1091.

⁸² Voir : CC, n° 76-75 DC, 12/01/1977, *Rec.* 33 ; n° 86-224 DC, 23/01/1987, *Rec.* 8 ; n° 93-322 DC, 28/07/1993, *Rec.* 204.

⁸³ CC, n° 81-132 DC, 16/01/1982, *Rec.* 18, cons. 44.

s'avèrent viciés « en ce qui concerne le caractère juste de l'indemnité »⁸⁴ et affectent l'idée même de « privation du droit de propriété pour cause de nécessité publique » qui constituent en quelque sorte l'intention globale du législateur. Dès lors, il apparaît que « les dispositions des articles 6, 18 et 32 sont inséparables de l'ensemble de la loi »⁸⁵, sans que ne soit remis en cause le principe des « nationalisations », « l'objet » même de la loi. Il ne s'agit donc pas, comme évoquée précédemment, d'une inconstitutionnalité totale, le Conseil constitutionnel indiquant bien que « les autres articles de la loi ne sont pas contraires à la Constitution »⁸⁶.

A un niveau intermédiaire de l'échelle d'évaluation de séparabilité/inséparabilité des dispositions législatives déclarées non-conformes à la Constitution, la juridiction constitutionnelle a été amenée à déclarer une « inséparabilité (...) entre une disposition non-conforme et une autre disposition, l'ensemble étant séparable du reste de la loi ». Le professeur Guillaume Drago parle dans ce cas-là d'« inséparabilité relative »⁸⁷. Selon certains auteurs, « il y a là une interprétation extensive de l'article LO 22 »⁸⁸ de l'ordonnance du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel. Mais selon nous, c'est encore la preuve que le juge constitutionnel montre une « volonté » (dans l'interprétation authentique de sa propre compétence) d'inscrire son office dans une logique du raisonnable⁸⁹, conformément au considérant finaliste, promu et explicité dans la décision n° 197 DC du 23 août 1985⁹⁰. Cependant, il en résulte une technique aux ressorts relativement puissants du point de vue du pouvoir du juge constitutionnel, débat toujours très sensible. En effet, « l'inséparabilité peut () tenir à une solidarité politique entre dispositions. Avant de prononcer l'invalidation partielle du texte, le juge prend soin, dans certaines décisions, d'observer que l'inséparabilité éventuelle ne résulte pas des débats parlementaires⁹¹ ; ce qui lui donne une marge

⁸⁴ Même décision, cons. 60.

⁸⁵ *Ibid.*, cons. 74.

⁸⁶ CC, n° 81-132 DC, cons. 73 ; à quelques exceptions près tout de même, mais n'entraînant pas quant à elles de déclaration d'inséparabilité du reste de la loi. Ainsi, le juge constitutionnel sanctionne également en l'espèce ce qui s'apparente à une hypothèse d'« incompétence négative » du législateur (cons. 40, cf. L. FAVOREU, L. PHILIP (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15^{ème} éd., Dalloz, 2009, n° 23, p. 369) et que celui-ci pourra donc corriger puisque l'ensemble de la loi devra être discuté de nouveau en vertu de l'inséparabilité d'autres dispositions reconnues comme inconstitutionnelles ; en outre, le Conseil constate une rupture du principe d'égalité concernant « la désignation des sociétés faisant l'objet des nationalisations » et plus particulièrement, « s'agissant de la nationalisation de banques », « la dérogation portée au profit des banques dont la majorité du capital social appartient directement ou indirectement à des sociétés de caractère mutualiste ou coopératif » (cons. 33) ; comp. CC, n° 82-139 DC, 11/02/1982, *Rec.* 31.

⁸⁷ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 2^{ème} éd., PUF, 2006, p. 544.

⁸⁸ T. S. RENOUX, M. de VILLIERS (dir.), *Code constitutionnel*, op. cit., p. 1092 ; aussi : J.-P. LEBRETON, « Les particularités de la juridiction constitutionnelle », *RDP*, 1983, p. 437.

⁸⁹ Nous rencontrons l'expression de « *self-restraint* revendiqué » (en italique dans le texte), in D. RIBES, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, p. 137.

⁹⁰ cf. *supra*.

⁹¹ Pour un des exemples les plus célèbres : CC, n° 71-44 DC, 16/07/1971, *Rec.* 29, cons. 5.

d'appréciation non négligeable qui l'autorise d'ailleurs à aller au-delà d'une volonté clairement exprimée des auteurs du texte»⁹². En d'autres termes, par « l'inséparabilité relative », le juge constitutionnel se trouve « nécessairement (...) dans un examen très subjectif de l'intention du législateur » et de sa position institutionnelle, d'une façon générale, « comment le Conseil peut-il dire, avec certitude, quelle aurait été l'attitude du législateur s'il avait su que telle ou telle disposition allait être invalidée ? »⁹³. Nous y reviendrons par la suite mais, dans un « objectif stratégique » lié à la recherche d'« un rapport Légitimité/Pouvoir »⁹⁴, le Conseil constitutionnel est amené à distinguer différents niveaux d'appréciation⁹⁵, le sien – juridictionnel – et celui du législateur (au sens large) – politique. Dans une décision à propos d'une loi « visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse », la juridiction constitutionnelle fonde l'inconstitutionnalité d'un article de la loi concernée du fait de son caractère « inséparable » d'autres « dispositions déclarées contraires à la Constitution » dans la décision car, en raison de sa visée abrogatoire d'un régime antérieur dont l'objet même de la loi est de modifier ce dernier, « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de déterminer dans quelle mesure le législateur aurait entendu prononcer de telles abrogations au vu des déclarations de non-conformité à la Constitution de certaines dispositions de la loi »⁹⁶ soumise au contrôle de constitutionnalité *a priori*.

Dans cette optique, il s'agit alors pour le juge de trouver des voies d'objectivation de son constat d'inséparabilité partielle. Le juge constitutionnel étend par exemple l'inconstitutionnalité d'une disposition à une autre lui « faisant référence »⁹⁷, parce que « le vice entachant la fixation d'un principe entraîne l'invalidation de dispositions régissant sa mise en œuvre »⁹⁸. Cependant, il est arrivé que « c'est l'exception qui [soit] contestée et non le principe »⁹⁹, et que le vice affectant l'exception entraîne l'invalidation du principe. En outre, « le vice entachant la fixation d'un principe » peut se répéter à l'ensemble des

⁹² J.-P. LEBRETON, *op. cit.*, p. 437.

⁹³ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 155.

⁹⁴ cf. L. HABIB, « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, n° 3, 1986, p. 711.

⁹⁵ cf. *infra*, II.

⁹⁶ CC, n° 84-181 DC, 10-11/10/1984, *Rec.* 73, cons. 102 ; voir aussi : CC, n° 86-210 DC, 29/07/1986, *Rec.* 110 ; n° 86-217 DC, 18/09/1986, *Rec.* 141. Sur ces décisions : A. VIDAL-NAQUET, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ diff., 2007, pp. 79-80.

⁹⁷ CC, n° 71-44 DC, 16/07/1971, cons. 4.

⁹⁸ J.-P. LEBRETON, *ibid.*

⁹⁹ cf. CC, n° 73-51 DC, 27/12/1973, *Rec.* 25, cons. 4 ; L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, *op. cit.*, n° 20, p. 285 [14^{ème} édition].

dispositions législatives qui peuvent être amenées à appliquer ledit principe à différentes catégories d'actes¹⁰⁰, de personnes¹⁰¹ ou d'organismes¹⁰² susceptibles de le mettre en œuvre.

L'échelon le moins élevé du degré d'évaluation de la séparabilité ou inséparabilité des dispositions d'une loi déclarées inconstitutionnelles semblerait correspondre à la jurisprudence dite des « cavaliers » : sociaux, budgétaires d'une part, et d'autre part, l'ensemble des dispositions qu'il est possible de qualifier de « cavaliers législatifs ». Le premier sous-ensemble correspond à la préservation de domaines constitutionnels spécifiques d'intervention législative ; tandis que le « cavalier législatif » est un moyen développé par le juge constitutionnel « sur la place de certaines dispositions de la loi déferée », recherchant par là si lesdites dispositions ne sont pas « dépourvues de tout lien avec l'objet du texte déposé sur le bureau de la première assemblée saisie ».

Le développement du moyen se fait généralement en lien avec l'examen des conditions d'exercice du droit d'amendement. En quelque sorte, le déroulement de la procédure législative sert de paravent d'objectivation à l'évaluation du juge sur la séparabilité de la disposition en cause. De la sorte, l'organe juridictionnel s'en tient à l'objet global de la loi plutôt qu'à de plus aléatoires « limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement »¹⁰³, d'autant plus difficilement applicables¹⁰⁴ à propos, par exemple, de lois « portant *diverses* mesures d'ordre social ». Ce type de moyen doit être désormais vu comme inopérant¹⁰⁵. Après une tentative d'approche linéaire « à chaque stade de la procédure législative »¹⁰⁶ des « adjonctions ou modifications » apportées à un « texte » déposé devant une assemblée, la structure de raisonnement sur ce point s'impose comme celle de la « lecture » qui s'apparente à un cadre de resserrement de l'étendue du contrôle, en particulier de « la nécessité, pour un amendement, de ne pas être dépourvu de tout lien avec l'objet du texte déposé sur le bureau de la première assemblée saisie »¹⁰⁷.

¹⁰⁰ CC, n° 2008-567 DC, 24/07/2008, cons. 14.

¹⁰¹ CC, n° 2005-532 DC, 19/01/2006, cons. 6.

¹⁰² CC, n° 2006-533 DC, 16/03/2006, cons. 16, cette décision illustre d'ailleurs aussi bien le rapport « principe » / « mise en œuvre » décrit précédemment.

¹⁰³ cf. CC, n° 86-225 DC, 23/01/1987, *Rec.* 13, cons. 8.

¹⁰⁴ De surcroît couplé avec la théorie des violations « substantielles » de procédure, cf. CC, n° 93-334 DC, 20/01/1994, *Rec.* 27, cons. 5 et 6.

¹⁰⁵ CC, n° 2001-450 DC, 11/07/2001, *Rec.* 82, cons. 30.

¹⁰⁶ CC, n° 2001-455 DC, 12/01/2002, *Rec.* 49, cons. 5 ; n° 2002-459 DC, 22/08/2002, *Rec.* 195, cons. 5 ; n° 2003-472 DC, 26/06/2003, *Rec.* 379, cons. 3 ; n° 2003-479 DC, 30/07/2003, *Rec.* 409, cons. 4 ; n° 2003-481 DC, 30/07/2003, *Rec.* 411, cons. 4 ; n° 2004-501 DC, 05/08/2004, *Rec.* 134, cons. 22 ; n° 2004-502 DC, 05/08/2004, *Rec.* 141, cons. 8.

¹⁰⁷ CC, n° 2005-532 DC, 19/01/2006, *Rec.* 31, cons. 25.

Le régime de la « première lecture » a été logiquement conçu comme le plus large¹⁰⁸. La libéralité des termes des dispositions constitutionnelles portant sur l'initiative législative¹⁰⁹ du Gouvernement et des membres du Parlement autorisait à ce que « le droit d'amendement (...) doit pouvoir s'exercer pleinement au cours de la première lecture des projets et des propositions de loi par chacune des deux assemblées ». Le « lien avec l'objet du texte déposé » peut même prendre le pas sur « le respect des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire ». Ainsi, sur un projet de loi pour l'égalité des chances pour lequel « l'urgence » avait été déclarée, les circonstances économiques et sociales avaient amené le Gouvernement à ajouter dans le texte en cours de discussion une disposition créant un « contrat première embauche » à destination des travailleurs salariés de moins de vingt-six ans. La saisine insiste sur le fait qu'en plus de l'urgence qui limitait la navette parlementaire avant la réunion possible d'une commission mixte paritaire, le Gouvernement avait non seulement fait usage de l'article 49, alinéa 3¹¹⁰ de la Constitution devant l'Assemblée nationale et qu'en outre, « le vote conforme par le Sénat » de l'article en cause avait « empêché toute discussion au stade de la commission mixte paritaire ». En tout état de cause, en restant évasif (« ne peut être *utilement* invoqué... ») et succinct sur « le grief tiré de ce que les dispositions de l'article 8 de la loi déférée, issues d'un amendement adopté au cours de l'unique lecture ayant précédé la réunion de la commission mixte paritaire, auraient dû figurer, du fait de leur portée, dans le projet de loi initial », le Conseil constitutionnel s'en tient à l'objectivation de l'intention législative du Gouvernement par « un projet de loi qui, lors de son dépôt sur le bureau de l'Assemblée nationale, première assemblée saisie, comportait *déjà* des dispositions destinées à favoriser l'accès à l'emploi des jeunes »¹¹¹.

La politique jurisprudentielle s'est trouvée confortée et étendue par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008. Le premier alinéa de l'article 45 modifié de notre loi fondamentale dispose désormais que « sans préjudice de l'application des [règles de recevabilité législative], tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente *un lien, même indirect*, avec le texte déposé ou transmis » dans et par les deux assemblées. Ainsi, dans un projet de loi qui « comportait des dispositions relatives à l'organisation des transports ferroviaires et guidés » lors de son dépôt, il est possible d'insérer

¹⁰⁸ Pour des exemples d'inconstitutionnalité, voir tout de même : CC, n° 2006-534 DC, 16/03/2006, *Rec.* 44, cons. 13 ; n° 2006-535 DC, 30/03/2006, *Rec.* 50, cons. 32 ; n° 2007-557 DC, 15/11/2007, *Rec.* 360, cons. 28.

¹⁰⁹ Entendue ici au sens large : initiale, modificative et additionnelle.

¹¹⁰ A ce moment-là, le texte constitutionnel était rédigé ainsi : « le Premier ministre peut, après délibération du conseil des ministres, engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale, sauf si une motion de censure, déposée dans les vingt-quatre heures qui suivent, est votée... ».

¹¹¹ CC, n° 2006-535 DC, 30/03/2006, *Rec.* 50, cons. 7.

en première lecture un amendement qui « modifie et précise le régime juridique, patrimonial, comptable et financier de l'organisation des transports *y compris* ferroviaires et guidés de voyageurs en Île-de-France »¹¹². Néanmoins, force est de constater que la norme constitutionnelle en vigueur ne prive pas le juge d'un ressort d'inconstitutionnalité¹¹³. Malgré une certaine brèche ouverte par le pouvoir de révision, « le Conseil constitutionnel poursuit la chasse aux "cavaliers législatifs" »¹¹⁴.

Passée la première lecture, l'application des principes liés aux « cavaliers » suit la règle dite de « l'entonnoir », autour du concept de « dispositions restant en discussion ». En droit parlementaire, « la logique de la procédure bicamérale repose sur le resserrement de la délibération autour des dispositions sur lesquelles les deux assemblées ne sont pas parvenues à un accord (positif ou négatif)¹¹⁵ : c'est cette logique qui inspire l'innovation de la procédure paritaire définie par l'article 45 »¹¹⁶ de la Constitution. La prérogative adjonctive et modificative pourrait être logiquement limitée. L'objectivation du contrôle juridictionnel passerait par le lien entre le (ou les) amendement (-s) et les seules « dispositions restant en discussion », le reste étant désormais acquis au processus de discussion parlementaire. Appliquée pour la phase de commission mixte paritaire¹¹⁷ comme pour les lectures suivant¹¹⁸ la réunion de ladite commission, la solution a été retenue de faire ressortir « de l'économie » du système tiré de l'article 45 de la Constitution que « les adjonctions ou modifications qui peuvent être apportées après la première lecture par les membres du Parlement et par le Gouvernement doivent être en relation directe avec une disposition restant en discussion »¹¹⁹. Le juge constitutionnel aménage tout de même une réserve de constitutionnalité, sauvant l'intention d'« opérer une coordination avec des textes en cours d'examen » ou de « corriger une erreur matérielle » et protège l'expression de volonté institutionnelle « destinée à assurer le respect de la Constitution ». Il est alors rappelé que le lien entre « l'expression » et le « respect » pour formaliser le rapport de conformité marque un équilibre constamment circonstancié entre des critères objectivés et l'appréciation d'un certain degré d'intentionnalité. Entre le pur objectif et la seule volonté, le juge s'en tient à l'action effective.

¹¹² CC, n° 2009-594 DC, 03/12/2009, *Rec.* 200, cons. 6.

¹¹³ CC, n° 2009-584 DC, 16/07/2009, réf. *JO*, 22/07/2009, p. 12244, cons. 40 à 43 ; n° 2009-589 DC, 14/10/2009, *Rec.* 140, p. 17412, cons. 3 ; n° 2010-607 DC, 10/06/2010, publ. *JO*, 16/06/2010, p. 10988, cons. 3 à 6.

¹¹⁴ B. MATHIEU, « A propos de la décision numéro 2009-589 DC du 14 octobre 2009 », *JCP, G.*, n° 45, 2009, p. 10.

¹¹⁵ cf. article 108, § 3, du Règlement de l'Assemblée nationale ; article 48, § 5, du Règlement du Sénat.

¹¹⁶ P. AVRIL, J. GICQUEL, *Droit parlementaire*, 4^{ème} éd., Montchrestien, 2010, p. 223.

¹¹⁷ CC, n° 2009-578 DC, 18/03/2009, *Rec.* 73, cons. 29.

¹¹⁸ CC, n° 98-402 DC, 25/06/1998, *Rec.* 269, cons. 2 et 3 ; n° 2000-430 DC, 29/06/2000, *Rec.* 95, cons. 7.

¹¹⁹ CC, n° 2005-532 DC, préc., cons. 26.

§ 2 – Une finalité imposée aux institutions politiques : « le régime constitutionnel d'expression de la volonté générale »

« Organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics »¹²⁰... et plus précisément, comme l'avait qualifié le doyen Favoreu, organe « régulateur de l'activité *normative* des pouvoirs publics »¹²¹, telle est bien résumée la dimension institutionnelle de l'office du juge de la constitutionnalité qui « s'exerce à titre préventif » sur des actes législatifs votés par le Parlement avant qu'ils n'entrent en vigueur. Nous touchons là aux aspects organiques et formels du régime constitutionnel ou « constitutionnaliste » d'expression de la « volonté générale ». L'« idée [contemporaine] de Constitution » renvoie pour partie à celle d'un « corps de principes relatifs à l'organisation politique »¹²² de l'Etat. Dans cette perspective, l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 évoque en effet une notion de « détermination » de la « séparation des pouvoirs » rattaché à l'exigence constitutionnaliste en vue de fonder une « Société » qui serait dotée d'une « Constitution ».

Partons donc de cette hypothèse : au sein du système institutionnel, le juge constitutionnel constitue un élément de la « détermination » de cette séparation des pouvoirs, telle qu'elle est définie par les textes qui composent l'ensemble de principes et de règles en vigueur intitulé « Constitution du 4 octobre 1958 ». Il ne faut jamais oublier les termes du fameux considérant de la décision n° 197 DC du 23 août 1985. Le Conseil constitutionnel indique ainsi lui-même que, dans le cadre de l'article 61 de la Constitution, « l'objet » de son contrôle « est non de gêner ou de retarder l'exercice du pouvoir législatif mais d'assurer sa conformité à la Constitution », parce que la loi ne peut exprimer la volonté générale « que dans le respect de la Constitution ».

« L'exercice du pouvoir législatif » amène au vote de la loi par le Parlement, soit à un acte juridique précis. Mais de façon plus large, « l'expression de la volonté générale » est un processus, allant de « l'initiative » au « vote » en passant par le « projet » ou la « proposition », la « discussion » ou encore l'« amendement »... En d'autres termes, « l'exercice du pouvoir législatif » correspond à un ensemble de « procédures » qui, sur le plan juridique, définissent un certain nombre de compétences. A quoi ce qu'il serait possible de désigner par la notion de « régime juridique » peut-il bien correspondre ? Selon l'éminent Georges Burdeau, « l'établissement du régime étatique, avec la qualité qu'il implique pour les

¹²⁰ CC, n° 62-20 DC, 06/11/1962, *Rec.* 27, cons. 2.

¹²¹ L. FAVOREU, in *RDP*, 1967, p. 7.

¹²² P. BASTID, *L'idée de Constitution*, Economica, 1985, p. 13.

gouvernants, satisfait théoriquement à l'exigence de la limitation de leur pouvoir. Liés par un statut, ils ne peuvent s'en affranchir sans perdre leur titre juridique à l'exercice de leurs fonctions. Mais, si certaine que soit cette subordination sur le plan des principes, il reste encore à l'assurer en fait. A cette fin toute l'histoire des progrès de la technique constitutionnelle se ramène à l'invention de mécanismes de plus en plus précis et compliqués destinés à paralyser les vellétés d'indépendance dont les gouvernants pourraient faire preuve »¹²³.

Le mécanisme de contrôle de constitutionnalité *a priori*, tel qu'il a été promu en 1958, rentre tout à fait dans ce cadre d'analyse. Une citation célèbre de Michel Debré est suffisamment explicite : « la Constitution crée ainsi une arme contre la déviation du régime parlementaire »¹²⁴. Interprétant « l'esprit de la Constitution »¹²⁵, les premiers membres du Conseil constitutionnel estiment eux aussi que « ce que le constituant a voulu, c'est contrôler l'activité parlementaire »¹²⁶. Plus précisément, il paraît intéressant d'analyser le développement d'une dimension institutionnelle à l'office du juge constitutionnel sous le prisme de l'un des « principes » fixés par la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 (A), à l'origine de l'adoption de la « Constitution du 4 octobre 1958 », selon lequel « le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être effectivement séparés de façon que le Gouvernement et le Parlement assument chacun pour sa part et sous sa responsabilité la plénitude de leurs attributions »¹²⁷.

Dans ses rapports avec les institutions politiques, il s'agit là désormais d'un aspect « classique » du « régime constitutionnel d'expression de la volonté générale ». Le juge constitutionnel a élargi l'idée de « constitutionnalité externe » pour reprendre une analyse du raisonnement juridictionnel dans une logique de juge de l'annulation. Le Conseil constitutionnel « ne veille plus seulement au respect de normes de procédure (...) ; il contrôle désormais la structure et la qualité même de l'expression du travail législatif »¹²⁸. L'expression de la volonté générale doit être un acte normatif de qualité (B).

¹²³ G. BURDEAU, *Traité de science politique. Tome IV : Le statut du pouvoir dans l'Etat*, op. cit., p. 271.

¹²⁴ M. DEBRÉ, « Discours devant le Conseil d'Etat (27 août 1958) », repr. in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la constitution du 4 octobre 1958*, t. 3, La Documentation française, 1991, p. 260.

¹²⁵ CC, n° 62-20 DC, 06/11/1992, *Rec.* 27, cons. 2.

¹²⁶ J. MICHARD-PELLISSIER, « Séance du 6 novembre 1962. Décision n° 62-20 DC, loi référendaire relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct », in B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE et alii., *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1983*, n° 9, Dalloz, 2009, p. 114.

¹²⁷ Art. unique, 2° de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, publ. *JO*, 04/06/1958, p. 5326.

¹²⁸ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 267.

A) *Le sens donné à la séparation « effective » des pouvoirs (loi constitutionnelle du 3 juin 1958)*

Le juge constitutionnel a donc pu se reconnaître lui-même comme étant un « organe régulateur des pouvoirs publics », faisant résulter cette dimension de sa compétence de « l'esprit de la Constitution ». Dans ses décisions, « l'esprit de la Constitution », expression jurisprudentielle dont l'emploi par le Conseil constitutionnel apparaît comme fortement guidé par son contexte d'énonciation, semble plutôt avoir laissé place à l'idée d'« équilibre des pouvoirs établi par la Constitution »¹²⁹.

Au cours du processus législatif, le droit constitutionnel institutionnel nous apprend que la rationalisation du parlementarisme propre à la Ve République tend vers un « équilibre » clairement en faveur du pouvoir exécutif, même si la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a posé les principes dans le texte constitutionnel d'un nouveau partage de la maîtrise entre le Gouvernement et les assemblées parlementaires des différentes phases qui amènent jusqu'au vote de la loi.

Le juge constitutionnel peut s'imposer comme « régulateur » de cette répartition selon deux modalités de contrôle distinctes. S'il apparaît tout de même possible de dégager entre elles une unité d'objet, il convient de les distinguer clairement, tout simplement en raison de la nature des actes juridiques sur lesquels porte le contrôle de constitutionnalité et d'une temporalité¹³⁰ différente du raisonnement du juge constitutionnel eu égard à cet objet matériel commun.

Ainsi, le Conseil constitutionnel intervient sur le sens de certaines normes du « droit parlementaire »¹³¹ lorsqu'il doit vérifier la conformité à la Constitution des règlements des assemblées parlementaires (1), et lorsqu'il est amené à examiner des moyens liés au « respect des règles de valeur constitutionnelle relatives à la procédure législative »¹³² (2) dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité des lois *a priori*.

¹²⁹ CC, n° 92-313 DC, 23/09/1992, *Rec.* 94, cons. 2.

¹³⁰ A cet égard, certains auteurs distinguent quant à eux entre un contrôle « abstrait et préalable » et un contrôle « concret et *a posteriori* », insistant en réalité sur une « légalité spéciale, interne aux assemblées », cf. P. AVRIL, J. GICQUEL, *Droit parlementaire*, Montchrestien, 4^{ème} éd., 2010, pp. 10-12.

¹³¹ Le sens retenu ici de cette notion sera issu d'une définition en fonction du « domaine » que ce droit est censé régir. Cette définition est celle de M. PRELOT « dans son cours de 1958 », le droit parlementaire étant « cette partie du droit constitutionnel qui traite des règles suivies dans l'organisation, la composition, les pouvoirs et le fonctionnement des assemblées politiques » (in *Droit parlementaire français*, Les cours de droit, Paris, 1957-1958, p. 5).

¹³² CC, n° 75-57 DC, 23/07/1975, *Rec.* 22.

1. Le contrôle de constitutionnalité du règlement des assemblées parlementaires

Dans ce cadre, la juridiction constitutionnelle s'en tient à une interprétation assez stricte de sa compétence, conforme en réalité à la signification institutionnelle originare de l'établissement d'un contrôle de la norme interne des assemblées parlementaires. Contre les dérives parlementaristes¹³³ des Républiques précédentes, « la conformité à la Constitution a été entendue de manière particulièrement sévère pour les Assemblées »¹³⁴. Ainsi, d'une façon générale, « il en est résulté un déséquilibre normatif en faveur du Gouvernement » et « ce déséquilibre normatif continue de s'imposer à l'interprétation du Conseil constitutionnel »¹³⁵.

Ce constat initial mérite sans doute quelques nuances. Indéniablement d'abord, certains travaux plus spécifiques à cette question ont établi une « spécificité » du « modèle français » en matière de « contrôle des actes internes du Parlement par le juge constitutionnel »¹³⁶, ce qui montre encore une fois toute la portée que les constituants ont voulu donner à ce contrôle dans la définition du régime parlementaire propre à la Cinquième République. Cependant, « la protection de l'équilibre institutionnel » toujours présente dans cette jurisprudence somme toute spécifique n'a pas empêché de pouvoir constater un contrôle au caractère « modéré » et d'« intensité variable »¹³⁷.

Le Conseil semble admettre une certaine marge d'appréciation aux parlementaires lorsqu'ils souhaitent adapter dans leur règlement les applications concrètes de dispositions constitutionnelles. En quelque sorte, le juge constitutionnel laisse les parlementaires être eux-mêmes arbitres sur des choix de nécessité liés bien souvent à une volonté, voire une obligation de modernisation¹³⁸ de leurs cadres juridiques de travail. Cependant, il enserme cette

¹³³ Sur un plan plus juridique, il est souvent évoqué la notion de « souveraineté parlementaire » ; pour la IIIe République, cf. R. CARRE de MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Sirey, 1931.

¹³⁴ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, op. cit., n° 2, p. 34.

¹³⁵ P. AVRIL, J. GICQUEL, *Droit parlementaire*, op. cit., p. 12.

¹³⁶ L. DOMINGO, *Les actes internes du Parlement. Etude sur l'autonomie parlementaire (France, Espagne, Italie)*, LGDJ, 2008, p. 221 et s., spéc. p. 274. L'auteur rappelle que « le contrôle de constitutionnalité des Règlements parlementaires n'est pratiqué qu'en contentieux français et espagnol ». En Espagne, le Tribunal constitutionnel est compétent en principe concernant les « règlements principaux » des assemblées parlementaires, et s'est reconnu compétent, sur le fondement extensif de l'article 27 de la loi organique n° 2/1979 relative au Tribunal constitutionnel, pour contrôler l'acte réglementaire prévu pour fixer le statut du personnel des *Cortes generales*. Mais M. DOMINGO relève « la singularité de la solution espagnole », notant qu'il y a « dans ces contentieux plus de théorie que de pratique, les premiers [actes visés] comme le second échappant largement, en fait, au contrôle » (p. 278).

¹³⁷ Voir : S. de CACQUERAY, *Le Conseil constitutionnel et les règlements des assemblées*, Economica – PUAM, 2001, p. 153, p. 185 et p. 212 et s.

¹³⁸ Suite par exemple à une révision constitutionnelle comme celle du 23 juillet 2008 (loi constitutionnelle n° 2008-724), cf. J.-L. WARSMANN, « Rapport n° 1630, fait au nom de la Commission des lois

possibilité dans un rapport de constitutionnalité relativement strict. Ainsi, « les modalités pratiques retenues (...) *doivent être conformes* aux règles de valeur constitutionnelle de la procédure législative ; en particulier, il leur faut respecter aussi bien les prérogatives conférées au Gouvernement dans le cadre de cette procédure ainsi que les droits des membres de l'assemblée concernée »¹³⁹.

Il est de nouveau intéressant de relever que le Gouvernement dispose de « prérogatives », tandis que les parlementaires n'ont à opposer que des « droits » comme seules frontières à une véritable omnipotence du Gouvernement dans le processus législatif. Une analyse en termes de « politique jurisprudentielle » amène à constater que « chaque fois que l'Assemblée nationale ou le Sénat ont tenté de retrouver, par le biais de leur règlement, des pouvoirs que la Constitution leur avait enlevés ou réduits, le Conseil s'y est opposé. (...) Mais (...) le Conseil s'efforce également de ne pas abaisser la fonction parlementaire au-delà des contraintes déjà lourdes de la Constitution »¹⁴⁰.

En effet, le juge constitutionnel semble attaché à une certaine idée de l'indépendance personnelle inhérente au statut de parlementaire, sorte de vision strictement égalitaire de la qualité de « représentant » du peuple, qui peut s'exercer éventuellement en « groupes » au sein d'une assemblée, plus ou moins liés à des « partis ou groupements politiques » et qui comme eux « se forment et exercent leur activité librement » conformément à l'article 4 de la Constitution. Le Conseil a même parfois paru « protéger » les assemblées « contre elles-mêmes et contre les abandons de compétence consentis par une majorité complaisante »¹⁴¹.

Le pouvoir de révision constitutionnelle, quant à lui, s'est inscrit en 2008 dans une logique différente en inscrivant dans le texte constitutionnel les notions de « groupes d'opposition » et de « groupes minoritaires » dans un nouvel article 51-1. Le travail parlementaire va tendre à se globaliser autour de deux pôles de groupes de la « majorité » et d'« opposition » ; et désormais, les « droits des membres de l'assemblée » seront en partie attachés aux « droits des groupes » desquels ils sont membres, notamment, pour ce qui relève plus directement de la procédure législative, en particulier des conditions d'exercice du droit d'amendement.

constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de résolution (n° 1546) de M. Bernard Accoyer tendant à modifier le Règlement de l'Assemblée Nationale », AN, XIIIe législature, 30/04/2009, p. 12 : « *L'enjeu principal de la présente réforme du Règlement de l'Assemblée nationale est bien de moderniser la procédure législative, de renforcer les procédures de contrôle et d'évaluation et de donner enfin un statut et des droits aux groupes parlementaires, et notamment à ceux qui sont qualifiés par la Constitution de groupes "d'opposition ou minoritaires"* ».

¹³⁹ CC, n° 90-278 DC, 07/11/1990, *Rec.* 79.

¹⁴⁰ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 197.

¹⁴¹ P. PACTET, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Sirey, 26^{ème} éd., 2007, p. 483.

2. Le contrôle des moyens liés à la procédure législative

Dans le contrôle de constitutionnalité *a priori*, il est clair que l'introduction de la possibilité de saisine par « soixante députés ou soixante sénateurs » a largement contribué au développement d'une idée de « contradictoire » qui a contribué à asseoir la légitimité juridictionnelle du Conseil constitutionnel. En tant que juge de la validité de l'adoption des lois, le Conseil constitutionnel a eu tôt fait d'affirmer qu'il lui appartenait, « lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'une loi votée par le Parlement et en instance de promulgation, non seulement de se prononcer sur la conformité des dispositions de cette loi à la Constitution mais encore d'examiner si elle a été adoptée dans le respect des règles de valeur constitutionnelle relatives à la procédure législative »¹⁴².

Par la mention des seules « règles de valeur constitutionnelle relatives à la procédure législative », le juge constitutionnel donne une indication sur le caractère relativement restreint de son raisonnement sur ce type de moyens de constitutionnalité « externe », ce qui ne veut pas dire que ces moyens ne sont pas importants dans la composition du principe de constitutionnalité. En effet, la juridiction constitutionnelle en soulève certains d'office, comme en témoignent les décisions relatives aux lois organiques qui font l'objet d'un contrôle obligatoire et dont les transmissions automatiques par le Premier ministre ne sont normalement pas motivées.

Les « règles de valeur constitutionnelle relatives à la procédure législative » apparaissent comme celles qui figurent expressément dans une disposition du texte dit de la « Constitution », ou à laquelle « renvoie »¹⁴³ l'une de ces dispositions. Ceci permet au juge constitutionnel de rappeler par exemple pour ce qui relève de la procédure parlementaire, que « les dispositions des règlements des assemblées parlementaires n'ont pas valeur constitutionnelle »¹⁴⁴ et plus précisément, ces règlements « n'ayant pas en eux-mêmes valeur constitutionnelle, la seule méconnaissance des dispositions réglementaires invoquées [dans une saisine] ne saurait avoir pour effet de rendre la procédure législative contraire à la

¹⁴² CC, n° 75-57 DC, 23/07/1975, *Rec.* 24, cons. 1.

¹⁴³ Sur l'idée de constitutionnalité « par renvoi », voir la thèse de : A. ROBLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Dalloz, 2007.

¹⁴⁴ CC, n° 80-117 DC, 22/07/1980, *Rec.* 42, cons. 3.

Constitution »¹⁴⁵. Cependant, « lorsque le règlement met directement en œuvre une règle constitutionnelle, la loi pourra être déclarée inconstitutionnelle parce qu'elle viole un règlement parlementaire en ce que cette violation suppose ipso facto la violation d'une disposition de valeur constitutionnelle »¹⁴⁶. Ces hypothèses pourraient peut-être se développer suite à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, puisque la nouvelle rédaction de l'article 44 de la Constitution prévoit que le « droit d'amendement (...) s'exerce (...) selon les conditions fixées par les règlements des assemblées ».

En outre, le même type de raisonnement, en termes de « constitutionnalité par renvoi », peut être évoqué concernant les règles de procédure législative que le juge constitutionnel devrait retirer de dispositions issues de lois organiques et, en particulier, celles qui sont prévues par les articles 47 et 47-1 de la Constitution pour le vote des lois de finances et de financement de la sécurité sociale. A l'époque, c'est d'ailleurs parce que « la loi de finances pour 1980 n'a pas été adoptée conformément aux dispositions de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, prévue à l'article »¹⁴⁷ correspondant de la Constitution, que ladite loi a fait l'objet d'une déclaration d'inconstitutionnalité totale.

Le cas précédemment décrit qui s'est avéré véritablement exceptionnel dans la jurisprudence constitutionnelle ne peut occulter que pour le Conseil constitutionnel, l'effectivité du respect de l'équilibre institutionnel défini dans les « règles de valeur constitutionnelle relatives à la procédure législative » paraît assurée lorsqu'il arrive à dégager un certain niveau d'exigences constitutionnelles quant à la « clarté et à la sincérité »¹⁴⁸ du débat lors de l'examen du texte voté par le Parlement qui fait l'objet de la saisine.

Il s'agit là d'une préoccupation constante qui transparaît dès les premières décisions de constitutionnalité. Par exemple, dans une décision du 15 janvier 1960, le Conseil a eu l'occasion de préciser les conditions de mise en œuvre du mécanisme dit du « vote bloqué » prévu à l'article 44, alinéa 3¹⁴⁹ de la Constitution. Ainsi, il est clair que le Gouvernement dispose de la totale maîtrise du déclenchement de cette « procédure », à n'importe quel « moment de la discussion » ; cependant, cela ne doit pas devenir un moyen pour le

¹⁴⁵ CC, n° 84-181 DC, 10-11/10/1984, *Rec.* 78, cons. 5. Pour un exemple récent : CC, n° 2005-512 DC, 21/04/2005, *Rec.* 72, cons. 5 : en l'espèce, « la méconnaissance alléguée de l'article 43 du règlement du Sénat ne saurait davantage avoir pour effet, à elle seule, de rendre la procédure législative contraire à la Constitution ».

¹⁴⁶ A. ROBLOT-TROIZIER, *op. cit.*, p. 188.

¹⁴⁷ CC, n° 79-110 DC, 24/12/1979, *Rec.* 36, cons. 9.

¹⁴⁸ CC, n° 2005-512 DC, 21/04/2005, *Rec.* 72, cons. 4 ; n° 2005-532 DC, 19/01/2006, *Rec.* 31, cons. 25.

¹⁴⁹ « Si le Gouvernement le demande, l'assemblée saisie se prononce par un seul vote sur tout ou partie du texte en discussion en ne retenant que les amendements proposés ou acceptés par le Gouvernement ».

Gouvernement de « faire obstacle à la discussion de chacune des dispositions du texte sur lequel il est demandé à l'assemblée saisie de se prononcer par un seul vote »¹⁵⁰.

Le même type de préoccupation a amené le juge constitutionnel à censurer une disposition de la « résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale » en vue d'adapter¹⁵¹ les conditions du travail parlementaire au nouveau cadre constitutionnel et organique insufflé par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008. La disposition en cause s'inscrit dans une volonté de maîtrise du délai d'examen et du temps de lecture en séance des projets et propositions de lois qui a été inscrite dans la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution. Cette volonté s'est particulièrement exprimée à l'Assemblée nationale, où un alinéa inséré à l'article 57 du règlement prévoyait que « lorsque quatre orateurs sont intervenus dans la discussion d'un article, dont deux au moins appartiennent à des groupes d'opposition ou minoritaires, la clôture est prononcée par le Président » de séance. Le Conseil constitutionnel a estimé que cette « mesure de clôture automatique (...) pourrait avoir pour effet d'interdire aux membres d'un groupe d'opposition d'intervenir dans la discussion d'un article », puisqu'il suffit que sur les quatre orateurs prévus dans la discussion d'un article, deux soient membres d'un « groupe minoritaire » pour que celle-ci puisse s'arrêter. Or, un « groupe minoritaire » n'est pas forcément un « groupe d'opposition ». C'est pour cela que, dans son principe même, cette disposition « méconnaît les exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire » et « doit être déclarée contraire à la Constitution »¹⁵². Il est possible d'ajouter en outre qu'il y avait là quelque chose d'illogique au regard des « droits spécifiques » reconnus aux groupes d'opposition par le pouvoir de révision constitutionnelle dans un nouvel article 51-1 de la loi fondamentale et, en tout état de cause, le juge constitutionnel avait implicitement indiqué qu'il serait vigilant au respect d'un équilibre entre la rationalisation du travail parlementaire autour de la notion de « groupe » et « l'exercice du droit d'expression et d'amendement » qui reste attaché à la qualité de « membre du Parlement »¹⁵³, à laquelle le régime constitutionnel d'expression de la volonté générale doit assurer certaines garanties en tant que représentant du « peuple » dans le processus de vote de la loi.

¹⁵⁰ CC, n° 59-5 DC, 15/01/1960, *Rec.* 15, cons. 1.

¹⁵¹ Tout de même, 144 articles sur les 180 en vigueur du Règlement de l'Assemblée nationale ont été impactés (modification, insertion, abrogation) par la modification adoptée le 27/05/2009 et qui est entrée en vigueur au 26/06/2009 (source : Conseil constitutionnel, « Commentaire des décisions [583, 581 et 582 DC] », CCC, n° 27, www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2009-581DC-ccc_581_582_583dc.pdf).

¹⁵² CC, n° 2009-581 DC, 25/06/2009, *Rec.* 120, cons. 29.

¹⁵³ Cf. CC, n° 2009-579 DC, 09/04/2009, *Rec.* 84, cons. 41 et 42.

L'effectivité de la discussion n'implique pas dans son idée même une stricte régularité dans l'application des normes de référence utilisées en vue du contrôle de constitutionnalité « externe » de l'acte législatif. Certains auteurs relevaient déjà, il y a plus d'une vingtaine d'années, que « la procédure selon laquelle une loi est élaborée n'est pas contraire à la Constitution du moment qu'aucune règle de valeur constitutionnelle ne contredit ou ne fait obstacle à cette procédure. En d'autres termes, l'élaboration de la loi est conforme à la Constitution tant qu'aucune disposition de la Constitution n'interdit pas expressément les "pratiques" que cette élaboration a pu faire naître »¹⁵⁴.

D'une façon générale, nous l'avons évoqué, l'irrégularité doit revêtir un « caractère substantiel », à tel point qu'elle peut entraîner une inconstitutionnalité totale de la loi¹⁵⁵. L'emploi de cet adjectif semble marquer la réception dans l'office du juge de la constitutionnalité des lois de la théorie des formalités substantielles développées dans le contentieux administratif de la légalité ; ce qui signifie dans cette logique, qu'en contentieux de l'annulation, certaines irrégularités de procédure ne sont pas susceptibles d'entraîner l'annulation ou l'invalidation de l'acte qu'elles affectent.

La décision n° 2006-535 DC¹⁵⁶ du 30 mars 2006 relative à une « loi pour l'égalité des chances » apparaît particulièrement intéressante à cet égard. Les parlementaires auteurs de la saisine « mettent en cause "les conditions du débat parlementaire ayant abouti au vote de la loi critiquée, et particulièrement de son article 8" » portant sur un « contrat première embauche » créée à destination du recrutement de jeunes de moins de vingt-six ans dans les entreprises de plus de vingt salariés. Pour eux, « la clarté et la sincérité » du débat s'est trouvée affectée du fait que la mesure a été insérée par voie d'amendement gouvernemental, alors que l'initiative de l'adoption de cette loi provenait du Gouvernement et qu'en raison de « sa nature, sa portée et son ampleur », cette disposition aurait dû figurer dans le projet de loi initial et ce, d'autant plus que sur ledit projet le Gouvernement avait déclaré l'urgence sur ce texte en vertu de l'article 45, alinéa 2 de la Constitution, ce qui limitait dès le début de la discussion du texte le nombre potentiel de lectures devant chaque assemblée.

Sur le droit d'amendement, qui appartient autant aux membres du Parlement que du Gouvernement, le Conseil constitutionnel estime le « grief » infondé et applique son considérant de principe¹⁵⁷ lié au plein exercice de ce droit « au cours de la première lecture

¹⁵⁴ P. TERNEYRE, « La procédure législative ordinaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1985, p. 747.

¹⁵⁵ Pour un exemple : n° 89-263 DC, 11/01/1990, *Rec.* 18.

¹⁵⁶ *Publ. Rec.* 50.

¹⁵⁷ Dans sa formulation issue de : CC, n° 2005-532 DC, 19/01/2006, *Rec.* 31.

des projets et des propositions de loi par chacune des deux assemblées », dans les limites des règles constitutionnelles de recevabilité et de « la nécessité pour un amendement, quelle qu'en soit la portée, de ne pas être dépourvu de tout lien avec l'objet du texte »¹⁵⁸.

La saisine argumente en outre sur le fait que le Gouvernement, en plus de la déclaration d'urgence préalable à la discussion de la « loi pour l'égalité des chances », a décidé, de mettre en œuvre l'article 49, alinéa 3 de la Constitution¹⁵⁹ et du coup, « le vote conforme par le Sénat [de la disposition créant le contrat de travail incriminé] a empêché toute discussion au stade de la commission mixte paritaire ». Sur ce moyen, le juge constitutionnel a considéré que « la circonstance que plusieurs procédures prévues par la Constitution aient été utilisées cumulativement pour accélérer l'examen de la loi déferée n'est pas à elle seule de nature à rendre inconstitutionnel l'ensemble de la procédure législative ayant conduit à son adoption »¹⁶⁰. Il en va de même pour « l'utilisation combinée des différentes dispositions prévues par le règlement du Sénat pour organiser l'exercice du droit d'amendement »¹⁶¹ qui aurait permis d'écarter « sans justification appropriée » certains amendements et autres sous-amendements.

Le juge constitutionnel semble reconnaître le caractère irrégulier de ces faits de procédure. Simplement, considérés isolément, ces moyens ne revêtent pas un « caractère substantiel entachant de nullité la procédure législative ». Il eût fallu éventuellement que les deux circonstances se cumulent au sein de la même assemblée parlementaire, et cela n'aurait éventuellement pu être possible que devant l'Assemblée nationale.

Cette décision pourrait confirmer le constat que « le Conseil constitutionnel, juge du vice de procédure, est dans ce dernier cas un juge qui intervient *a posteriori* (la procédure parlementaire est achevée lorsque la loi lui est soumise) et *in concreto* (le Conseil constitutionnel statue sur des comportements ou des décisions adoptées au cours de la procédure législative) »¹⁶². La juridiction constitutionnelle met en exergue les « conditions générales du débat », visant là plus ou moins implicitement le déroulement particulièrement heurté de la discussion à l'Assemblée nationale. Les juges de la rue Montpensier montrent aussi qu'ils se sont aussi intéressés, dans leur instruction du dossier, au « contenu des

¹⁵⁸ CC, n° 2006-535 DC, cons. 6.

¹⁵⁹ A l'époque encore rédigé comme suit : « Le Premier ministre peut, après délibération du conseil des ministres, engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un texte. Dans ce cas, ce texte est considéré comme adopté, sauf si une motion de censure, déposée dans les vingt-quatre heures qui suivent, est votée (...) ».

¹⁶⁰ CC, n° 2006-535 DC, cons. 9.

¹⁶¹ Même décision, cons. 10.

¹⁶² E. OLIVA, « La constitutionnalisation du droit d'amendement », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica – PUAM, 1998, p. 89.

amendements ou des sous-amendements » sénatoriaux rejetés pour fonder leur appréciation du caractère non substantiel de l'emploi combiné de dispositions du règlement du Sénat pour ne pas examiner en séance lesdits amendements, comme avait été plus ou moins claire et sincère la volonté d'amender le texte gouvernemental soutenu par la majorité parlementaire.

Plus qu'un régime strict de régularité, l'expression constitutionnelle de la volonté générale apparaît donc aussi comme une éthique comportementale sur la fonction législative.

B) L'expression de la volonté générale, un acte normatif

Un contexte de mise en cause de la « loi bavarde » a trouvé des échos tant dans les débats politiques qu'au sein de la doctrine publiciste. Il faut dire que la polémique était alimentée par le président du Conseil constitutionnel¹⁶³ d'alors ainsi que le président de l'Assemblée Nationale¹⁶⁴.

Il y avait donc là les signes annonciateurs d'une évolution de la jurisprudence constitutionnelle, et ce d'autant plus que celle-ci a pu être considérée par certaines solutions comme l'une des sources du « désordre normatif »¹⁶⁵. Dans une décision de principe du 30 juillet 1982, le juge constitutionnel considère « qu'il apparaît ainsi que, par les articles 34 et 37, alinéa 1er, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi »¹⁶⁶ ; en tout cas, pas dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* tel qu'il est défini à l'article 61, alinéa 2 de ladite Constitution. Indirectement, et pour de solides motifs juridiques, considérant que le Gouvernement maîtrise le processus législatif ainsi que la mise en œuvre de « procédures spécifiques » destinées à faire respecter la séparation entre les domaines de compétences normatives, le juge constitutionnel ouvre la voie à des pratiques tendant à faire tout dire à la loi, voire à tout mettre dans une loi, vers « la descente du législateur au détail, alors que l'article 34 [de la

¹⁶³ P. MAZEAUD, « Vœux du président du Conseil constitutionnel au président de la République », *CCC*, n° 18, 2005, spéc. p. 7 et s.

¹⁶⁴ Qui est devenu par la suite président du Conseil constitutionnel... cf. « Proposition de loi constitutionnelle tendant à renforcer l'autorité de la loi », AN, XII^e législature, n° 1832, 05/10/2004.

¹⁶⁵ Voir, par exemple : G. DRAGO, « Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif », *RDP*, n° 1, 2006, p. 45.

¹⁶⁶ CC, n° 82-143 DC, 30/07/1982, *Rec.* 57, cons. 11.

Constitution] vise au contraire à cantonner la loi à l'essentiel »¹⁶⁷. La loi énonce plus qu'elle ne dispose, oriente plus qu'elle ne détermine.

Le Conseil constitutionnel ne va pas, à proprement parler, procéder à un revirement de jurisprudence mais plutôt à un redressement de ce qu'il faut entendre par le plein exercice¹⁶⁸ de la compétence législative sur le plan matériel. Principe de contentieux normatif classique, l'incompétence se trouve enserrée au niveau constitutionnel et concernant l'expression de la volonté générale par des considérants de principe rendant compte d'un office tendant à rétablir la normativité de la loi (1) – incompétence positive – et orienté vers un contrôle de la qualité normative de celle-ci (2) – incompétence négative.

1. La normativité de la loi

« Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : "La loi est l'expression de la volonté générale..." ; qu'il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative ».

Il convient tout d'abord d'établir, de façon tautologique mais nécessaire, que la normativité de la loi votée par le Parlement, expression de la volonté générale, est une normativité législative et non réglementaire. Si l'interprétation authentique consacre cela, elle en revient à une interprétation originaire (*original intent*¹⁶⁹), « fidèle à une vision historiquement datée certes, mais non moins incontestable, car fondatrice de l'ordre juridique sur lequel repose (...) notre système démocratique »¹⁷⁰.

La solution retenue en droit positif¹⁷¹ s'avère assez discutable. Le juge constitutionnel ne déclare pas l'inconstitutionnalité de dispositions législatives empiétant sur le domaine réglementaire. Il se contente de relever de façon explicite, dans une décision de constitutionnalité prise sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution, le

¹⁶⁷ J.-P. CAMBY, « La loi et la norme. A propos de la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 », *RDP*, n° 4, 2005, p. 852.

¹⁶⁸ CC, n° 2005-512 DC, 21/04/2005, cons. 9.

¹⁶⁹ Pour faire un lointain écho aux débats traversant la doctrine constitutionnaliste américaine quant à l'étendue des pouvoirs interprétatifs de la Cour suprême ; pour un aperçu : P. RAYNAUD, « *Marbury v. Madison* et l'*original intent* : réflexions sur quelques débats contemporains », in E. ZOLLER (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain / A French-American Dialogue*, Dalloz, 2003, p. 187 et s.

¹⁷⁰ B. MATHIEU, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *CCC*, n° 21, 2006, p. 70.

¹⁷¹ CC, n° 2005-512 DC, 21/04/2005, cons. 22 et 23.

« caractère réglementaire » d'une disposition législative dont la portée normative est discutée au regard de la répartition constitutionnelle des compétences normatives générales et infra-constitutionnelles. Il s'agit donc, sur le plan juridique, d'un déclassement de dispositions contenues sur le plan formel dans une loi, avant même l'entrée en vigueur de l'acte législatif dans lequel elles figurent. Le cas échéant, il semble que si le pouvoir réglementaire, donc le Gouvernement, souhaite modifier ces textes, il pourra le faire sans en passer au préalable par une demande de déclaration de leur caractère réglementaire auprès du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 37, alinéa 2 du texte constitutionnel, procédure dite de « délégalisation » par la doctrine constitutionnaliste.

Ensuite, encore une fois de façon circulaire et tautologique, le constat est que la normativité de la loi, au sens du système constitutionnel, est une normativité législative et surtout, « normative », c'est-à-dire ayant « pour vocation d'énoncer des règles » dans un champ d'objets trouvant leur source dans des normes constitutionnelles. Il s'agit là désormais d'un véritable motif d'inconstitutionnalité¹⁷², constitutif de ce qu'il faut entendre derrière l'idée d'ordre public constitutionnel, puisque rejoignant la liste des « moyens et conclusions soulevés d'office »^{173 174} dans le raisonnement juridictionnel de constitutionnalité *a priori*.

L'un des corollaires du principe de la portée normative des dispositions législatives réside par exemple dans un autre principe selon lequel la normativité législative n'est normalement pas une normativité programmatique « sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution ». Ainsi, dans sa décision du 21 avril 2005, le Conseil devait connaître d'un article 12 de la loi dite « d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école » par lequel le Parlement avait approuvé « les orientations et les objectifs de la politique nationale en faveur de l'éducation ainsi que les moyens programmés figurant dans [un] rapport annexé à la présente loi ». Les auteurs de la saisine estimaient que, par son objet, cet article 12 revêtait un « caractère non normatif » et était susceptible, en tant qu'article d'une loi, d'être inconstitutionnel.

¹⁷² Le Conseil n'estimait pas « utile » d'arguer sur le terrain de la constitutionnalité, à propos de dispositions qui, de fait, s'avéraient dépourvues de caractère « opérant ». Voir : CC, n° 82-142 DC, 27/07/1982, *Rec.* 52, cons. 8 ; n° 85-196 DC, 08/08/1985, *Rec.* 63, cons. 7 ; n° 94-350 DC, 20/12/1994, *Rec.* 134, cons. 4 et 5 ; n° 98-401 DC, 10/06/1998, *Rec.* 258, cons. 19 ; n° 2000-428 DC, 04/05/2000, *Rec.* 70, cons. 12 ; n° 2001-455 DC, 12/02/2002, *Rec.* 49, cons. 56 et cons. 60 ; n° 2002-460 DC, 22/08/2002, *Rec.* 198, cons. 21 ; n° 2002-461 DC, 29/08/2002, *Rec.* 204, cons. 90 ; n° 2003-467 DC, 13/03/2003, *Rec.* 211, cons. 90 ; n° 2003-483 DC, 14/08/2003, *Rec.* 430, cons. 4.

¹⁷³ Sur ce point, cf. T. DI MANNO, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Economica – PUAM, 1994.

¹⁷⁴ CC, n° 2005-512 DC, 21/04/2005, cons. 16 et 17.

Le juge constitutionnel va reconnaître la contrariété à la Constitution de la disposition en question pour un motif « substantiel » de constitutionnalité externe lié à la procédure employée pour son adoption. En effet, il relève que « si les engagements qui figurent [dans le rapport visé par l'article en cause] ne sont pas revêtus de la portée normative qui s'attache à la loi, ses dispositions sont de celles qui peuvent trouver leur place dans la catégorie des lois de programme à caractère économique ou social prévue par l' [ex] avant-dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution »¹⁷⁵ ¹⁷⁶. Il y a donc une catégorie de lois, ou d'actes insérés ou annexés dans certaines parties de lois, pouvant être « approuvés par le Parlement », à l'encontre desquels « le grief tiré du défaut de portée normative ne peut donc être utilement soulevé ».

En résumé, « des formules déclaratives peuvent être insérées dans la partie programmatique d'une loi (...) sous réserve que la procédure prévue à cet effet¹⁷⁷ soit respectée »¹⁷⁸. La « loi de programme » telle que l'entend désormais le vingtième alinéa de l'article 34 de la Constitution apparaît ainsi comme « une loi qui, non seulement définit des objectifs à moyen ou long terme » dans le domaine sur lequel elle porte et qui doit contenir, « en outre, des prévisions de dépenses chiffrées pour la réalisation de ces objectifs ». Cette loi doit également être soumise pour avis au Conseil économique, social et environnemental lorsqu'elle porte justement sur un projet « à caractère économique, social ou environnemental », comme le prévoit l'article 70 de la Constitution dans sa rédaction issue de la loi de révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Sur ce point, le pouvoir de révision constitutionnelle semble avoir apporté une certaine complexification puisque désormais, le domaine illimité de la « loi de programmation » (ou des « objectifs de l'action de l'Etat ») ne correspond plus avec le domaine de l'avis obligatoire du Conseil économique et social. Le cas échéant, il reviendra au juge constitutionnel de déterminer le contenu de l'économique, du

¹⁷⁵ CC, n° 2005-512 DC, 21/04/2005, cons. 12.

¹⁷⁶ Le Conseil constitutionnel a quelque peu simplifié sa jurisprudence en matière d'annexes législatives (sur cette notion : S. GUY, « Les annexes législatives », *RFDC*, n° 40, 1999, p. 819), pour lesquelles il avait inséré une distinction entre la programmation et ce qui pouvait apparaître comme de simples orientations, lesquelles ne relèvent « d'aucune des catégories de textes législatifs prévues par la Constitution et ne sont dès lors pas revêtues de la valeur normative qui s'attache à la loi » ; cf. CC, n° 2002-460 DC, 22/08/2002, *Rec.* 198, cons. 21 et n° 2002-461 DC, 29/08/2002, *Rec.* 204, cons. 90. (sur ces deux décisions, voir l'échange entre J.-P. CAMBY et S. GUY, « Deux points de vue sur les annexes législatives », *RDP*, n° 5, 2002, p. 1251 et p. 1256). Cette jurisprudence a été de fait abandonnée avec les solutions issues de la décision n° 512 DC du 21 avril 2005.

¹⁷⁷ Voir aussi : CC, n° 2005-516 DC, 07/07/2005, *Rec.* 102, cons. 5 à 7.

¹⁷⁸ D. CHAMUSSY, « Le Conseil constitutionnel, le droit d'amendement et la qualité de la législation », *RDP*, n° 4, 2007, p. 1089.

social, de l'environnemental. L'état de la jurisprudence permet d'ores-et-déjà relever que le « domaine énergétique »¹⁷⁹ en fait partie, tout comme la « matière éducative ».

L'avant-dernier alinéa de l'article 34 du texte constitutionnel distingue dorénavant une autre catégorie de lois de programmation, portant sur « les orientations pluriannuelles des finances publiques ». Ici, le pouvoir de révision constitutionnelle paraît avoir exhumé, en lui donnant valeur constitutionnelle, le régime dit des « autorisations de programme » prévu à l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 et qui avait été abrogé par la loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances. Le juge constitutionnel sera donc amené à vérifier d'office le respect de cet objet particulier conféré à ces textes, ainsi qu'un moyen de constitutionnalité interne lié à un « objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques ».

Au final, il convient de se poser la question sur la portée de ces moyens liés à la normativité des actes législatifs dans l'ensemble que nous dénommons « raisonnement de constitutionnalité *a priori* ».

Ainsi, le contrôle portant « sur la portée normative de certaines dispositions » législatives, comme celui de l'empiètement de la loi dans le domaine réglementaire, s'avère être un contrôle aléatoire du manifeste. En dehors du moyen de procédure, le juge constitutionnel se contente en effet de vérifier que certaines dispositions ne sont pas « manifestement dépourvues de toute portée normative » ou n'ont pas, « à l'évidence, le caractère réglementaire ». Sur ce dernier point par exemple, le commentaire institutionnel de la décision n° 512 DC indique que « pour des raisons pratiques liées à la longueur d'un texte et à la charge de travail du Conseil constitutionnel, celui-ci ne peut () s'obliger à relever exhaustivement les empiètements d'une loi déférée sur le domaine réglementaire. Il doit se limiter à celles qui sont expressément contestées ou, si le grief tiré des empiètements est "transversal", aux plus caractéristiques des dispositions réglementaires du texte »¹⁸⁰. Le même raisonnement semble pouvoir être étendu au contrôle de la normativité matérielle de certaines dispositions de la loi dont le Conseil est saisi. Même si le moyen entre dans la catégorie de ceux qui sont soulevés d'office, le juge constitutionnel préfère sans aucun doute une disposition expressément contestée dans le mémoire de saisine, ou un contexte interprétatif « transversal » mis en exergue par l'intitulé même de la loi (« loi d'orientation et de programmation », « loi de programme »...). Mais est-ce vraiment satisfaisant qu'un principe

¹⁷⁹ CC, n° 2005-516 DC, 07/07/2005, cons. 7.

¹⁸⁰ cf. CCC, n° 19, 2005, p. 13.

juridique soit conditionné pour son application pleine et entière « à la longueur d'un texte » et « à la charge de travail » du juge constitutionnel ?

Dès lors, cette part de constitutionnalité apparaît fortement aléatoire. Il conviendrait de dire au préalable qu'à partir du moment où l'office juridictionnel est appréhendé comme un pouvoir, c'est-à-dire qu'en reconnaissant que l'interprète authentique maîtrise l'étendue de sa propre compétence, il faut alors admettre que l'exercice de ladite compétence comporte en lui-même une part d'aléatoire. Mais cette dernière peut arriver à un stade où le pouvoir concerné, ici un pouvoir juridictionnel, risque d'entamer un niveau de légitimité qui est le sien et de s'écarter, dans son raisonnement, de la logique du raisonnable que lui imposent les contraintes de système dans lequel s'inscrit son office.

En effet, les critères de la normativité n'apparaissent pas comme véritablement clairs, du fait d'ailleurs du caractère succinct¹⁸¹ de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel en la matière. Mais il émerge presque un problème de cohérence, le juge constitutionnel ayant reconnu que, dans la rédaction de dispositions législatives, « l'emploi du présent de l'indicatif [avait] valeur impérative »¹⁸². Or, dans la décision « Avenir de l'école » du 21 avril 2005, sont censurées des dispositions qui énoncent que « l'objectif de l'école est... », que « l'école *doit*... », ou bien encore que « la formation scolaire (...) *permet*... ».

Comme le relève le professeur Champeil-Desplats, « la censure effectuée dans la décision du 21 avril 2005 ainsi que les exemples fournis par les services du Conseil constitutionnel¹⁸³ invitent à prendre en considération le degré d'abstraction ou, plus techniquement, la connotation des termes qui composent les énoncés législatifs. (...) En conséquence, le principe de normativité devient étroitement imbriqué à celui de clarté des énoncés législatifs que le Conseil constitutionnel a, on le sait, parallèlement consacré »¹⁸⁴.

¹⁸¹ CC, n° 2005-512 DC, 21/04/2005, cons. 17 ; CC, n° 2009-577 DC, 03/03/2009, publ. *JO*, 07/03/2009, p. 4336, cons. 18 (rejet du moyen par une simple incise).

¹⁸² CC, n° 2007-561 DC, 17/01/2008, publ. *JO*, 22/01/2008, p. 1131, cons. 17.

¹⁸³ Source : www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2005/2005-512-dc/annexe-1-absence-de-normativite-ou-normativite-incertaine-de-la-loi.18831.html.

¹⁸⁴ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *CCC*, n° 21, 2006, p. 65.

2. La qualité normative de la loi : clarté, intelligibilité, accessibilité

« Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ».

En parallèle de la logique ternaire qu'il déploie pour exercer son office (constitutionnalité, réserves, inconstitutionnalité), la qualité normative de la loi s'apprécie également selon une échelle à trois degrés : normativité conforme, « incertaine » et défailante. Par la normativité « incertaine », le législateur n'est pas considéré comme étant en dehors de sa compétence, mais le juge constitutionnel vérifie et s'assure qu'il l'exerce « pleinement ».

Dans le considérant de principe reproduit ci-dessus, issu notamment de la décision n° 512 DC qui constitue pour nous le modèle du raisonnement lié au contrôle de la qualité de la norme législative, le Conseil cite ensemble « le principe de clarté » et « l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ». Par ce rapprochement, il synthétise des éléments qui ont pu apparaître épars¹⁸⁵ dans sa jurisprudence, montrant aussi de façon explicite un tournant dans son appréhension de la qualité de la loi qui apparaît comme un contrôle global de la « portée normative » des dispositions d'un texte législatif dont il est saisi dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité *a priori*. Ce faisant, il maintient une distinction entre un « principe » et un « objectif » de valeur constitutionnelle. Il apparaît que dans l'esprit du juge, « la distinction existait en théorie : le principe de clarté imposait au législateur d'aller au bout de sa compétence ; l'intelligibilité impliquait que le destinataire de

¹⁸⁵ Ainsi, « l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi » est énoncé en la forme dans une décision : CC, n° 99-421 DC, 16/12/1999, *Rec.* 136, cons. 13.

La « clarté » a été une « exigence constitutionnelle » (CC, n° 98-401 DC, 10/06/1998, *Rec.* 258, cons. 7 et 10 ; n° 99-423 DC, 13/01/2000, *Rec.* 33, cons. 19 ; n° 2001-451 DC, 27/11/2001, *Rec.* 145, cons. 13), puis évoquée de façon un peu curieuse dans un « objectif de clarté et d'intelligibilité de la loi » (CC, n° 2001-447 DC, 18/07/2001, *Rec.* 192, cons. 23), avant de se voir reconnaître comme « principe » (constant depuis : CC, n° 2001-455 DC, 12/01/2002, *Rec.* 49, cons. 9).

la norme ne se trouve pas dans la situation de ne pas comprendre ses droits ou obligations ; l'accessibilité devait être entendue dans son acception physique. Mais cette répartition n'était maîtrisée que par les spécialistes »¹⁸⁶ et il semble dès lors pour certains auteurs que cette distinction « n'aurait été légitime qu'au prix d'une politique jurisprudentielle rigoureuse justifiant l'utilité respective de chacun des concepts, mais il faut convenir que tel n'est pas le cas. Dès lors, améliorer la lisibilité du contrôle de la qualité de la loi implique pour le Conseil de choisir une norme de référence unique »¹⁸⁷.

C'est dans cette perspective qu'il semble falloir comprendre la disparition de la mention du « principe de clarté de la loi » dans le considérant de principe¹⁸⁸. C'est pourtant à la lumière de ce principe que le Conseil constitutionnel formule une « réserve » d'interprétation permettant de rétablir le sens de « dispositions de portée normative incertaine » de la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école¹⁸⁹.

Concernant par exemple le contrôle de la constitutionnalité de la loi organique « relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales », c'est également le principe de clarté, appuyé par « l'exigence de précision que l'article 72-2 de la Constitution requiert du législateur organique », qui amène à la censure¹⁹⁰ de la portée normative incertaine d'une partie d'un article du texte soumis à l'examen du juge constitutionnel et par là, à fonder l'incompétence négative du législateur organique.

Le principe de clarté avait donc sans doute montré une certaine utilité, mais il pouvait être source de confusion, « dans la mesure où il n'était pas toujours évident de distinguer la mise en œuvre du principe de clarté de la loi et celle de l'incompétence négative. Une disposition imprécise ou peu claire pouvait être sanctionnée sur ces deux fondements. (...) En outre, la référence à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, associé au principe de clarté, pouvait laisser penser à une certaine redondance¹⁹¹ »¹⁹².

¹⁸⁶ D. CHAMUSSY, « Le Conseil constitutionnel, le droit d'amendement et la qualité de la législation », op. cit., p. 1092.

¹⁸⁷ L. MILANO, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RDP*, n° 3, 2006, p. 646.

¹⁸⁸ CC, n° 2006-540 DC, 27/07/2006, *Rec.* 88, cons. 9 : « Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ».

¹⁸⁹ CC, n° 2005-512 DC, cons. 18 à 21.

¹⁹⁰ CC, n° 2004-500 DC, 29/07/2004, *Rec.* 116, cons. 15.

¹⁹¹ Il est possible de relever un autre niveau de redondance, car la notion de « clarté » apparaît dans deux autres exigences de valeur constitutionnelle : l'exigence de clarté et de sincérité du débat parlementaire et la « double » exigence de clarté et de loyauté de scrutins électoraux ou de consultation de populations (d'outre-mer par

C'est ce qui semble bien ressortir des décisions de constitutionnalité dans lesquelles ces moyens ont été utilisés ; alors qu'il aurait été peut-être intéressant d'insister sur le fait que « fondé sur l'article 34, le principe de clarté serait une exigence objective », tandis que « l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité présenterait, au contraire, une dimension subjective car du fait de l'un de ses fondements, l'article 16 de la DDHC, il est une condition de la garantie des droits des destinataires de la loi »¹⁹³. Or, à la lecture même du considérant de principe, il est aisé de constater que le contrôle « qualité » de la loi, d'une façon générale, constitue une anticipation, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*, sur l'application de la disposition législative dont la portée normative est incertaine ; ce qui lui permet effectivement de pouvoir se soucier, avant la promulgation de la loi, des « sujets de droit » et le cas échéant, « de les prémunir (...) contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire ». Les deux aspects, objectif et subjectif, paraissent indissociables à la lecture du considérant de principe, et une atteinte avérée à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ne peut être seule la source d'une déclaration d'inconstitutionnalité, elle doit s'accompagner d'une incompétence négative, élément objectivant du raisonnement.

Le développement de ces concepts paraît avoir atteint son paroxysme en matière fiscale, où « le contrôle de la clarté des lois [s'est trouvé] sensiblement approfondi »¹⁹⁴, par le développement d'une exigence de non-complexité excessive pour laquelle « il est permis de penser [qu'elle] concrétise l'un des aspects de l'objectif constitutionnel »¹⁹⁵ lié à la qualité normative de la loi.

Du point de vue des sujets de droit, il ne fait aucun doute que « l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi » trouve dans le droit fiscal un terrain de prédilection en vue du déploiement de ses potentialités dans l'office du juge constitutionnel statuant de façon abstraite et préventive, en particulier lorsque un ou des dispositifs législatifs

exemple : CC, n° 2000-428 DC, 04/05/2000, *Rec.* 70, cons. 14 à 18 ; n° 2000-435 DC, 07/12/2000, *Rec.* 164, cons. 44).

¹⁹² L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, n° 45, pp. 788-789.

¹⁹³ L. MILANO, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *op. cit.*, p. 644 (peu convaincue par cette « dualité inutile »).

¹⁹⁴ Voir : A.-L. VALEMBOIS, « La sécurité juridique : une constitutionnalisation en marche mais non aboutie (bilan de la jurisprudence constitutionnelle de 2005) », *LPA*, n° 117, 13/06/2006, p. 14.

¹⁹⁵ B. MATHIEU, « Les lois de finances au crible de la sécurité juridique (A propos des décisions 2005-530 DC et 2005-531 DC du 29 décembre 2005 du Conseil constitutionnel) », *LPA*, n° 10, 13/01/2006, p. 6.

tendent au durcissement de certains régimes fiscaux comme « le plafonnement de certains avantages »¹⁹⁶.

Le Conseil est donc attentif au fait que dans le domaine fiscal, si « la loi devient inintelligible », alors elle « méconnaît » sur le plan constitutionnel « l'article 14 de la Déclaration de 1789, aux termes duquel : "Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée" », ce qui implique notamment une « possibilité effective, pour le contribuable, d'évaluer avec un degré de prévisibilité raisonnable le montant de son impôt selon les diverses options qui lui sont ouvertes ».

Cette effectivité de l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi fiscale implique donc que les citoyens doivent pouvoir disposer « d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables » et le Conseil indique dans d'autres décisions que cet objectif « découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789 ». Le particularisme de la matière fiscale lui permet (voire lui impose...) de développer ces fondements et d'indiquer que l'effectivité particulièrement recherchée est celle de « l'égalité devant la loi [possiblement déclinée en égalité devant l'impôt] énoncée par l'article 6 de la Déclaration de 1789 et "la garantie des droits" requise par son article 16 », pour « prévenir les sujets de droit (...) contre le risque d'arbitraire ». La mesure du risque par le juge constitutionnel devient une source d'inconstitutionnalité si les règles qui sont applicables aux citoyens (justiciables, contribuables) présente « une complexité excessive au regard de l'aptitude de leurs destinataires à en mesurer utilement la portée ».

Cependant, il est important de souligner que si la complexité apparaît comme le facteur principal de l'inintelligibilité de la loi¹⁹⁷, celle-ci, « pour réelle qu'elle soit, n'est pas à elle seule de nature à rendre celle-ci contraire à la Constitution »¹⁹⁸. Il faut qu'elle soit non seulement « excessive »¹⁹⁹ et qu'en outre, elle « ne trouve sa contrepartie dans aucun motif d'intérêt général véritable », critère qui permet au juge constitutionnel d'introduire un élément

¹⁹⁶ CC, n° 2005-530 DC, 29/12/2005, *Rec.* 168, cons. 69 à 89.

¹⁹⁷ CC, n° 2005-530 DC, cons. 78 : « Considérant qu'en matière fiscale, la loi, lorsqu'elle atteint un niveau de complexité tel qu'elle devient inintelligible pour le citoyen... ».

¹⁹⁸ CC, n° 2001-447 DC, 18/07/2001, *Rec.* 192, cons. 29 ; voir aussi : n° 2000-437 DC, 19/12/2000, *Rec.* 190, cons. 4.

¹⁹⁹ CC, n° 2005-530 DC, cons. 86 ; sur ce point, cf. A.-L. VALEMBOIS, *op. cit.*, p. 14 : « il apparaît que le Conseil distingue désormais entre la complexité d'un dispositif organisé par une loi et la complexité d'une disposition législative. La loi peut être claire et précise mais instituer un système complexe ; dans ce cas, elle ne sera pas nécessairement censurée. Au contraire, lorsque la loi instaure un système complexe et que cette complexité est relayée par la complexité de la disposition législative elle-même, elle viole la Constitution ».

objectif²⁰⁰ à son raisonnement. Ceci apparaît comme relativement logique au regard de la nature abstraite de l'office lié à l'application de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution, mais qui interroge sur la portée juridique de l'exigence constitutionnelle de non-complexité excessive et par ricochet, de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

Il semble que certaines analyses soulignent « la normativité limitée de l'objectif »²⁰¹ en question, soulignant que le « caractère limité » de cette normativité est attaché, d'une façon générale, « à la qualité [même] d'objectif de valeur constitutionnelle »²⁰², catégorie de norme constitutionnelle qui s'avère dépourvue d'« applicabilité directe » (« le destinataire de la norme n'est pas le citoyen mais le législateur et, dans une moindre mesure, l'autorité réglementaire ») et qui constitue simplement une « obligation de moyens, dans la mesure où il indique une direction et oblige le législateur à faire son possible pour tendre vers un but »²⁰³.

Les deux hypothèses où l'accessibilité et l'intelligibilité ont été plus ou moins directement la source de déclarations d'inconstitutionnalité paraissent montrer un instrument de normativité constitutionnelle qui ne peut être utilisée de façon autonome et qui doit être au moins associé à un autre principe²⁰⁴ de valeur constitutionnelle, si ce n'est être décliné dans la matière où intervient la loi déférée au Conseil constitutionnel.

A l'inverse, d'autres auteurs insistent sur un mouvement plus profond de l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle et mettent en exergue une idée générale de « sécurité juridique [qui serait] ici mobilisée »²⁰⁵, sans que le concept ne soit explicitement consacré dans le langage des décisions de constitutionnalité ; même si, dans la décision n° 530 DC du 29 décembre 2005 sur le « plafonnement de certains avantages fiscaux » opéré par la loi de finances pour 2006, le juge constitutionnel évoque « l'insécurité juridique » qui pourrait résulter des « incertitudes » nées de la malfaçon législative pour mettre en place les dispositifs fiscaux faisant partie du calcul de l'impôt, déjà source d'un contentieux relativement abondant

²⁰⁰ CC, n° 2005-530 DC, cons. 87 : « le gain attendu, pour le budget de l'Etat, du dispositif de plafonnement des avantages fiscaux (...) est sans commune mesure avec la perte de recettes résultant [« du plafonnement des impôts directs »] ».

²⁰¹ P. de MONTALIVET, « La "juridicisation" de la légistique. A propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in R. DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 111 et s.

²⁰² Objet même de la thèse de l'auteur : P. de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006, part. pp. 455-535.

²⁰³ P. de MONTALIVET, « La "juridicisation" de la légistique (...) », op. cit., p. 115.

²⁰⁴ CC, n° 2003-475 DC, 24/07/2003, *Rec.* 397, cons. 26 : « Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'article 7 de la loi [portant réforme de l'élection des sénateurs] est contraire tant à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi qu'au principe de loyauté du suffrage » ; comp. n° 2008-567 DC, 24/07/2008, *Rec.* 341, cons. 39 et 40.

²⁰⁵ B. MATHIEU, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », op. cit., p. 70.

devant les juridictions administratives²⁰⁶, encore plus alimenté par les « malentendus » et les « réclamations » nécessairement impliqués par la « complexité excessive »²⁰⁷ des dispositions de la loi de finances en cause. Mais la mention précédemment rappelée ne vient pas contredire le fait que dans le droit constitutionnel positif français, le principe de sécurité juridique apparaît comme « un principe constitutionnel clandestin mais efficient »²⁰⁸, notamment dans le raisonnement de constitutionnalité. « Confrontée au désordre normatif, la jurisprudence constitutionnelle a développé une véritable stratégie : celle de la progression des éléments constitutifs de la sécurité : la chose sans le nom. Pour le Conseil constitutionnel, la sécurité juridique est un non dit, mais une réalité sur tous les fronts jurisprudentiels »²⁰⁹. Cependant, si cette notion devait être consacrée de façon explicite sur le plan constitutionnel, sous quelle forme le serait-elle ? La catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle paraît plutôt adéquate, « notion générale par excellence, elle constitue une préoccupation de philosophie juridique, elle correspond fondamentalement à un but du droit. Elle est à la fois un démembrement de l'intérêt général et une expression de la garantie des droits »²¹⁰.

Nous en revenons donc aux critiques qui affectent déjà l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi et plus globalement même les objectifs de valeur constitutionnelle en tant que catégorie de norme constitutionnelle. Il est ainsi relevé que « si le contrôle de la qualité de la loi progresse, il faut néanmoins noter la prudence, voire la réticence du Conseil » à accueillir un moyen fondé sur ces normes de constitutionnalité, à tel point qu'il y aurait une interrogation sur « l'effectivité du contrôle » du fait de « l'application de ces principes par le Conseil sur un mode incitatif plutôt que coercitif »²¹¹. Ceci affecterait *in fine* la juridicité accolée au « respect de la Constitution », propriété « davantage de sa capacité à valider les dispositions en cause que de son aptitude à fonder une censure »²¹². Le raisonnement d'application normative semblerait conditionné par l'objet de sa destination, son « champ normatif », lui-même structuré en termes de *généralité*, soit un degré élevé de « volonté ».

²⁰⁶ Article L. 199 du Livre des procédures fiscales.

²⁰⁷ CC, n° 2005-530 DC, cons. 84 : « Considérant que la complexité de ces règles se traduit notamment par la longueur de l'article 78, par le caractère imbriqué, incompréhensible pour le contribuable, et parfois ambigu pour le professionnel, de ses dispositions, ainsi que par les très nombreux renvois qu'il comporte à d'autres dispositions elles-mêmes imbriquées ; que les incertitudes qui en résulteraient seraient source d'insécurité juridique, notamment de malentendus, de réclamations et de contentieux ».

²⁰⁸ Du titre de la contribution de B. MATHIEU, in *Mélanges Patrice Gélard. Droit constitutionnel*, Montchrestien, 2000, p. 301.

²⁰⁹ J.-P. CAMBY, « La sécurité juridique : une exigence juridictionnelle », *RDP*, n° 5, 2006, p. 1172.

²¹⁰ A.-L. VALEMBOSIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 122 », 2005, p. 457.

²¹¹ L. MILANO, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *op. cit.*, p. 640 et p. 641.

²¹² A. JENNEQUIN, « L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat. Plaidoyer pour une déjuridicisation de l'intelligibilité de la norme », *RFDA*, n° 5, 2009, p. 915.

II. Le juge constitutionnel et la volonté générale

« la loi votée () n'exprime la volonté générale que... »

Que recèle la référence à « l'expression de la volonté générale » dans la formulation de l'axiome constitutionnaliste ?

Par le « programme normatif » du « respect de la Constitution », « en simplifiant, on considérera ainsi qu'il y a toute une gamme de textures emportant un degré de contrainte sémantique variable – *a priori* du moins et dans un contexte donné, car ce degré est lui-même affaire d'interprétation – et susceptible de s'appliquer à la fois, pour s'en tenir aux aspects les moins formels, à la décision d'agir et au contenu de l'action »²¹³.

Mais il convient de relever qu'il n'est pas question de « volonté » en elle-même. Autrement dit, « le respect de la Constitution » porte sur une « expression », en tant que « décision » formalisée de « contenu » d'action. Le champ visé n'inclurait donc pas un facteur décisionnel, désigné sous le terme de « volonté » et par là, supposé comme irréductible au juridique. Mais plus encore, la qualification d'ordre général qui l'accompagne en tant que « loi » présuppose un certain degré d'action normative, de niveau certainement élevé. Le raisonnement constitutionnaliste touche à un marqueur sémiotique prégnant de la culture juridique autour de la structure conceptuelle « loi – volonté générale ». « Parce que la loi exprime la volonté générale, tout le droit sera compris dans la loi et tout acte émanant d'un autre organe sera réputé en être l'application : ainsi, quelle que soit la part que prendrait la volonté dans les actes des administrateurs et des juges, ils ne pourraient revendiquer cette expression d'une volonté générale, car seule la loi possède un caractère initial »²¹⁴.

En énonçant le « fameux *obiter dictum* », généralement interprété en rupture avec l'*initialité* de la loi, le juge constitutionnel ne semble pas revendiquer « la volonté générale ». Celle-ci reste liée ontologiquement à l'acte de nature législative et sa référence dans l'interprétation du « caractère initial » de la « Constitution » marque une portée juridique certaine au sein de la signification conférée au champ de concrétisation de l'*énonciation* constitutionnelle (§ 1). En revanche, si « le respect de la Constitution » peut se déterminer négativement par rapport à une « loi » qui pourrait incarner une « volonté générale », il s'applique à une catégorie de la « loi votée » susceptible d'être une *expression* limitée (§ 2).

²¹³ S. RIALS, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le débat*, n° 64, 1991, p. 171.

²¹⁴ P. BRUNET, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *op. cit.*, pp. 6-7.

§ 1 – La portée de la généralité dans le raisonnement du juge constitutionnel

En corollaire de l'axiome sur le rapport de constitutionnalité, il s'agit de viser un postulat d'incompétence du juge constitutionnel, en rapport à l'acte (A) et à son contenu (B).

A) Un facteur d'incompétence formelle

« Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour statuer sur la demande susvisée... »

Il est de conduite constante²¹⁵ que le juge constitutionnel analyse sa propre compétence dans une logique systémique qui l'amène à rappeler que ladite compétence « est strictement délimitée par la Constitution » et que si la loi fondamentale « est susceptible d'être précisée par voie de loi organique », c'est « dans le respect des principes posés par le texte constitutionnel » et présumé comme tel²¹⁶ puisque l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 relative au Conseil constitutionnel a été adoptée avant que le Conseil ne se réunisse pour la première fois. Ainsi, « le Conseil constitutionnel ne saurait être appelé à se prononcer dans d'autres cas que ceux qui sont expressément prévus par ces textes ».

Dans certaines hypothèses, le juge de la Rue Montpensier se voit contraint de rappeler qu'il ne dispose que d'une compétence d'attribution alors qu'en d'autres circonstances, il semble que « le retour à la signification littérale de l'article 61 de la Constitution rend juridiquement contestables certaines jurisprudences qui excèdent largement les compétences du Conseil en matière de contrôle de constitutionnalité »²¹⁷. Il serait même peut-être possible de dire de façon réaliste que, au regard de la volonté affichée lors de l'élaboration du texte constitutionnel sur la conception d'ensemble de l'institution « Conseil constitutionnel », « l'excès de pouvoir constitutionnel » apparaît comme à la base des contours actuels de l'office de constitutionnalité *a priori*. Ces hypothèses, dans lesquelles le juge constitutionnel déploie une logique de justification d'un retrait, s'avèrent donc aisément identifiables. Elles portent sur les lois adoptées par référendum (1) et sur les lois de révision constitutionnelle (2).

²¹⁵ De : CC, 14/09/1961, *Demande d'avis présentée par le Président de l'Assemblée nationale*, Rec. 55 ; à : CC, n° 2003-469 DC, 26/03/2003, Rec. 293.

²¹⁶ Tout de même, « on peut penser que les ordonnances portant loi organique [prises sur le fondement de l'ancien article 92 de la Constitution du 4 octobre 1958] peuvent faire l'objet du contrôle des lois promulguées inauguré par la décision du 25 janvier 1985, *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie* » (G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., pp. 333-334. Dans le même sens : cf. D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., pp. 194-195 ; L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, op. cit., n° 10, p. 146). Voir aussi en jurisprudence : comp. CC, n° 60-6 DC, 15/01/1960, Rec. 21 et n° 75-61 DC, 28/01/1976, Rec. 25.

²¹⁷ P. BLANCHÈRE, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », op. cit., p. 19.

1. La loi référendaire

Ainsi, « les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles (...) adoptées par le peuple à la suite d'un référendum »²¹⁸. L'expression « a entendu viser » nous indique que la mention n'est pas explicite dans la disposition constitutionnelle susvisée. Le Conseil doit en effet reconnaître et mentionner au préalable que « si l'article 61 de la Constitution [lui donne] mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires qui, respectivement, doivent ou peuvent être soumises à son examen, sans préciser si cette compétence s'étend à l'ensemble des textes de caractère législatif, qu'ils aient été adoptés par le peuple à la suite d'un référendum ou qu'ils aient été votés par le Parlement, ou si, au contraire, elle est limitée seulement à cette dernière catégorie ».

C'est plus précisément l'article 60 « qui détermine le rôle du Conseil constitutionnel en matière de référendum ». Il est indiqué que le Conseil « veille à la régularité des opérations » référendaires, ce qu'il a exploité jusqu'à admettre la possibilité de contrôler, au regard notamment des « exigences de clarté et de loyauté de la consultation », le contenu d'un exposé des motifs²¹⁹ communiqué aux électeurs avec le texte du projet de loi sur lequel le peuple était amené à se prononcer. En revanche, saisi de moyens en inconstitutionnalité dans le cadre des attributions exceptionnellement contentieuses²²⁰ qu'il s'est reconnu par le biais de l'article 60, le Conseil écarte le moyen qu'il soit de forme²²¹ ou de fond²²² « en tout état de cause », sans formuler de considérant dans lequel il écarte de façon stricte ou explicite de façon expresse son incompetence. Cette question sera peut-être réglée lorsque sera mis en œuvre l'article 28 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 pour ce qui concerne « les propositions de loi mentionnées à l'article 11 »²²³ qui devront faire l'objet d'un

²¹⁸ CC, n° 62-20 DC, 06/11/1962, *Rec.* 27, cons. 2 ; CC, n° 92-313 DC, 23/09/1992, *Rec.* 94, cons. 2.

²¹⁹ CC, 07/04/2005, *Décision De Villiers et Peltier*, *Rec.* 61, cons. 7 et 9.

²²⁰ Décision de principe : CC, 25/07/2000, *Hauchemaille*, *Rec.* 118, cons. 5 et 6 : « Considérant, cependant, qu'en vertu de la mission générale de contrôle de la régularité des opérations référendaires qui lui est conférée par l'article 60 de la Constitution, il appartient au Conseil constitutionnel de statuer sur les requêtes mettant en cause la régularité d'opérations à venir dans les cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires, vicierait le déroulement général du vote ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics ; Considérant qu'en l'espèce, les conditions qui permettent exceptionnellement au Conseil constitutionnel de statuer avant la proclamation des résultats du scrutin sont réunies eu égard à la nature des actes contestés et des griefs invoqués ».

²²¹ CC, 25/05/2005, *Hauchemaille et Le Mailloux*, *Rec.* 93, cons. 4.

²²² CC, 24/03/2005, *Hauchemaille et Meyer*, *Rec.* 56, cons. 7.

²²³ Art. 11, alinéa 3 de la Constitution : « Un référendum portant sur un objet mentionné [à l'alinéa 1^{er} du même article] peut être organisé à l'initiative d'1/5^{ème} des membres du Parlement, soutenue par 1/10^{ème} des électeurs inscrits sur les listes électorales. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi... ».

examen obligatoire de constitutionnalité « avant qu'elles ne soient soumises au référendum ». Ce contrôle obligatoire, inscrit à l'article 61, alinéa 1^{er} modifié du texte constitutionnel ne concerne donc pas les « projets » de loi que le Président de la République « sur proposition du Gouvernement (...) ou sur proposition conjointe des deux Assemblées (...) peut soumettre au référendum », cette prérogative faisant partie des pouvoirs propres du Président, exercés sans contreseing conformément à l'article 19 de la Constitution. Sur ce point, certains auteurs relèvent que « le refus de soumettre les projets de loi référendaire au contrôle du Conseil constitutionnel souligne (...) le caractère mesuré [de la réforme constitutionnelle de 2008] qui ne souhaitait pas remettre en cause les fondements du régime de la Ve République et, en particulier, les prérogatives essentielles du Président de la République »²²⁴.

Envisagé dans la perspective du raisonnement de constitutionnalité, le problème de la loi référendaire semble devoir s'envisager selon une distinction entre les propositions de loi référendaire dite « d'initiative minoritaire », à propos desquelles il n'est pas impossible d'envisager que le caractère minoritaire constitue justement l'un des critères principaux du choix d'un contrôle de constitutionnalité préalable à leur soumission au référendum qui peut le cas échéant revêtir un caractère automatique ; et les projets de loi référendaire, portés par le Président de la République et la majorité parlementaire, que « l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution »²²⁵ fait d'eux, une fois adoptés « par le Peuple français à la suite d'un référendum », « l'expression directe de la souveraineté nationale » dont la constitutionnalité ne peut être discutée sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la loi fondamentale, sachant en outre que « ni l'article 60 de la Constitution, qui détermine le rôle du Conseil constitutionnel en matière de référendum, ni l'article 11 ne prévoient de formalité entre l'adoption d'un projet de loi par le peuple et sa promulgation »²²⁶. Reste à savoir si le Conseil constitutionnel fera encore évoluer son contrôle dans le cadre de l'article 60, portant selon cette disposition sur les « opérations » référendaires ; et surtout, quelle sera la portée de la procédure prévue à l'article 61-1 sur des lois référendaires en vigueur dont le Conseil d'Etat semblerait disposé, si un moyen en exception était soulevé devant lui, à en discuter la conventionnalité, sur la base d'une distinction claire entre « les référendums par lesquels le peuple français exerce sa souveraineté, soit en matière législative dans les cas prévus par

²²⁴ M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Le Conseil constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions », *RFDC*, n° 78, 2009, p. 294.

²²⁵ CC, n° 92-313 DC, 23/09/1992, cons. 2 ; comp. n° 62-20 DC, 06/11/1962, cons. 2 (« il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics... »).

²²⁶ CC, n° 92-313 DC, 23/09/1992, cons. 3.

l'article 11 de la Constitution, soit en matière constitutionnelle comme le prévoit l'article 89 »²²⁷ du même texte. En l'état actuel de l'interprétation de sa propre compétence par le juge constitutionnel, la loi référendaire adoptée par le peuple est insusceptible de faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité avant sa promulgation, *a fortiori* si le corps électoral était convoqué en vue d'adopter une révision constitutionnelle.

2. La loi de révision constitutionnelle

Dans cette hypothèse, le raisonnement du juge constitutionnel s'appuie exclusivement sur des fondements textuels, sans faire appel dans le considérant de principe à « l'esprit de la Constitution », « l'équilibre des pouvoirs », ou le lien plus ou moins direct de l'acte soumis à son contrôle avec « l'expression de la souveraineté nationale ». Le premier visa de la décision n° 2003-469 DC²²⁸ impose un cadre clair, strict et précis : « Vu la Constitution, notamment ses articles 61 et 89 ».

Le Conseil utilise donc l'argument de la compétence d'attribution, précédemment évoqué à propos des lois référendaires, pour rappeler que « l'article 61 de la Constitution » ne fait ainsi référence qu'aux « lois organiques » et aux « lois ordinaires ». En outre, l'article 89 relatif à la « révision constitutionnelle » ne fait nullement mention d'une éventuelle intervention du Conseil constitutionnel dans cette procédure spécifique.

Tout de même, le commentaire officiel de la décision du 26 mars 2003 précise bien que « le Conseil constitutionnel est un pouvoir constitué. Il exerce un contrôle légitime sur le Parlement, autre pouvoir constitué. En cas de conflit, c'est le pouvoir constituant qui tranche par référendum ou par la voie du Congrès. Le Conseil constitutionnel, pouvoir constitué, ne saurait s'arroger le pouvoir constituant »²²⁹. Il n'est donc plus évoqué ici la « révision constitutionnelle », mais le « pouvoir constituant ». Il semble être fait écho à une décision DC de septembre 1992 dans laquelle le juge constitutionnel avait développé le principe selon lequel « le pouvoir constituant est souverain » et « qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée »²³⁰.

A ce stade de nos travaux, le constat est donc, à propos de l'étendue de son propre office, que l'incompétence établie par le juge constitutionnel sur les lois de révision

²²⁷ CE Ass., 30/10/1998, *Sarran, Levacher et autres*, Rec. 369.

²²⁸ CC, n° 2003-469 DC, 26/03/2003, Rec. 293.

²²⁹ cf. CCC, n° 15, 2003, p. 20.

²³⁰ CC, n° 92-312 DC, 02/09/1992, Rec. 76, cons. 19.

constitutionnelle s'appuie sur une logique de raisonnement qui paraît mettre sur le même plan « pouvoir constituant » et « révision constitutionnelle » ; ou, à tout le moins, qui rattache la « révision constitutionnelle » à la notion de « pouvoir constituant », elle-même relevant de l'idée de souveraineté, et dans sa mise en œuvre, de l'expression de la souveraineté nationale, comme lorsque c'est le « peuple » qui s'exprime « par la voie du référendum », quel qu'en soit le cadre (article 11 et article 89) et l'objet (par exemple, une révision de dispositions constitutionnelles par la voie de l'article 11 comme en novembre 1962).

Le juge constitutionnel ne se situe donc pas comme juge de l'expression directe de la souveraineté nationale. En dehors des hypothèses de contrôle obligatoire où il n'a pas à apprécier la nature de l'acte soumis à son office, le contrôle de constitutionnalité abstrait et *a priori* porte sur la « loi » (l'article 61 n'accolle pas avec ce terme l'adjectif « ordinaire ») votée par le Parlement en tant qu'elle se situe elle-même au niveau de l'expression de la volonté générale dans la tradition républicaine héritée plus ou moins directement de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 ; niveau qui constitue donc la sphère de compétence du juge constitutionnel et qui peut se retrouver conditionné dans un rapport de validité juridique lié au « respect de la Constitution ».

Mais le juge constitutionnel, dans sa posture d'acteur juridictionnel au sein d'un système de production de décisions politiques, doit être attentif à deux séries d'éléments qui s'imposent justement à lui du fait du caractère principalement politique de son auditoire. Il doit d'abord veiller à son image de juge. Les éléments prégnants ici sont plutôt d'ordre culturel. Dans la culture juridique française, le juge s'expose à la critique de la « forfaiture »²³¹, ou pour employer une expression plus contemporaine, le juge fait face à la crainte du « gouvernement des juges ». Il en résulte l'idée que l'office du juge de l'annulation porte sur la validité ou la conformité (légalité ou constitutionnalité) et que si contrôle sur le fond il peut y avoir, cela ne saurait être un contrôle sur l'opportunité de l'acte, administratif et plus encore législatif. En effet, le juge constitutionnel déploie sa compétence sur l'expression d'une volonté particulière, liée à l'exercice de la souveraineté nationale par « les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République »²³².

²³¹ En remontant jusqu'au Décret-Loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, cf. titre II : art. 10 (« Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif (...), à peine de forfaiture ») ; art. 13 (« Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs... »).

²³² CC, n° 76-71 DC, 30/12/1976, *Rec.* 15, cons. 6.

Ce sont ces mêmes représentants qui, organiquement, peuvent se réunir sous la forme d'un « pouvoir constituant » (ou de révision constitutionnelle) et éventuellement outrepasser une interprétation dégagée par la juridiction constitutionnelle parce qu'elle contreviendrait à certains desseins.

Le juge doit donc développer les biais argumentatifs et autres techniques juridictionnelles pour faire porter son contrôle non pas sur la « volonté générale » en elle-même, mais bien sur « l'expression » de celle-ci soumise à des règles de forme et de fond.

B) La distinction de niveaux d'appréciation : le juge constitutionnel et l'intérêt général

« Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel *un pouvoir général d'appréciation et de décision* identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ».

La « loi », l'acte voté *in fine* par le Parlement, bénéficie par nature d'une présomption de généralité. La « volonté générale » issue de la Déclaration de 1789 se retrouverait ainsi dans la notion d'intérêt général, véritable fondement, voire matrice, du droit public contemporain. « Qu'est-ce que cette volonté générale, si ce n'est celle qui veut l'intérêt général, non l'intérêt particulier ? et, renversant la proposition, on affirmera que tout ce que veut la loi est d'intérêt général »²³³. Pour Guillaume Merland, « l'avènement de la théorie rousseauiste de loi, expression de la volonté générale, a conduit à reconnaître dans le législateur l'instance politique chargée de définir ce que recouvre l'intérêt général »²³⁴.

Dans cette perspective, le raisonnement de constitutionnalité pourrait se trouver dans une alternative relativement insatisfaisante pour imposer à la loi un rapport de conformité. En effet, le raisonnement semblerait dès lors partir de l'idée selon laquelle, en eux-mêmes, « les objectifs que s'assigne le législateur [ont] tous valeur constitutionnelle ». A cette acception, Samuel Dyens et Eric Sales²³⁵ rattache deux corollaires possibles, qui revêtent l'un comme

²³³ M.-P. DESWARTE, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 13, 1993, p. 24.

²³⁴ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 121 », 2004, p. 108.

²³⁵ S. DYENS, E. SALES, « Le Conseil constitutionnel est-il herculéen ? », *Revue Administrative*, n° 291, 1996, pp. 392-393.

l'autre un caractère « aporétique » selon ces auteurs. Ainsi, « cela voudrait dire que le législateur ne poursuit que des objectifs constitutionnels et qu'il laisse de côté des buts qui n'ont pas cette valeur », ou bien, « cela signifie que tous les objectifs que s'assignerait le législateur auraient valeur constitutionnelle », c'est-à-dire qu'il « [suffirait] que le Parlement vise tel ou tel but pour que ce dernier acquiert valeur constitutionnelle ».

Dans la deuxième branche de l'alternative, il est aisé d'apercevoir que la notion même de contrôle de constitutionnalité (contrôle de « conformité » rappelons-le selon les termes de l'article 61 de la Constitution) perdrait une grande partie de son utilité.

A l'inverse, si le raisonnement constitutionnel va jusqu'à admettre que « le législateur ne poursuit que des objectifs constitutionnels », alors, comme le relève Guillaume Merland, « la notion d'intérêt général perdrait *de facto* la flexibilité qui le caractérise »²³⁶ et la capacité d'appréciation des circonstances qui lui est consubstantielle. La discussion ricocherait *in fine* dès lors sur l'ampleur du pouvoir potentiellement dans les mains du juge constitutionnel, qui apparaîtrait assez vite en relatif déséquilibre avec le caractère normalement rigide de la source constitutionnelle formelle.

Nous mesurons donc que, sur la distinction de niveaux d'appréciation, politique et juridique, le raisonnement de constitutionnalité doit s'efforcer de trouver un équilibre dans la recherche d'un corollaire à l'*obiter dictum*, à la base du déploiement de l'office du juge constitutionnel, selon lequel « la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ». Pour le Conseil, l'équilibre passe plutôt ici par la retenue, considérant que « sous réserve du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle, l'appréciation de l'intérêt général appartient au législateur »²³⁷.

La référence et l'utilisation de « l'appréciation du législateur » (1) constitue un outil rhétorique destinée, pour le juge constitutionnel, à la délimitation de sa propre compétence. L'emploi de cet instrument argumentatif peut s'analyser en lien avec le déploiement d'une technique juridictionnelle classique dans un office de juge de l'annulation et liée à « l'erreur manifeste d'appréciation » (2) qui s'apparente, dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi, à un contrôle maximal sur le pouvoir du législateur.

²³⁶ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 113.

²³⁷ CC, n° 83-162 DC, 20/07/1983, *Rec.* 49, cons. 81.

1. L'appréciation du législateur

Comme a pu observer un ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel, « si l'on se souvient qu'en France le juge administratif a pu être soupçonné de vouloir se substituer à l'administration sous couvert de vérifier que l'action administrative est inspirée par l'intérêt général, combien plus percutante serait l'accusation de "gouvernement des juges" adressée à une Cour constitutionnelle qui censurerait la loi comme non-conforme à sa propre vision (nécessairement subjective) de l'intérêt général »²³⁸.

Le considérant de principe, reproduit ci-dessus, semble pouvoir être analysé dans cette optique. « Il s'agit () d'une autolimitation proclamée et revendiquée par le Conseil conscient des limites inhérentes à sa fonction et à sa place dans le système juridico-politique »²³⁹.

Il faut revenir au contexte d'énonciation dudit considérant dans la décision dite *IVG*²⁴⁰ du 15 janvier 1975. A cette occasion, le Conseil était saisi pour l'une des premières fois par un groupe de parlementaires²⁴¹, soixante députés ou soixante sénateurs, en application de la modification de l'article 61 du texte constitutionnel par la loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974. Cette saisine pouvait apparaître sensible pour le Conseil constitutionnel ; d'une part, par rapport à l'objet sur lequel portait la loi dont était saisi la juridiction constitutionnelle, l'interruption volontaire de grossesse, et d'autre part, eu égard au fait que cette saisine provenait de parlementaires issus normalement de la majorité parlementaire soutenant le Gouvernement qui avait défendu, par le biais de son ministre de la Santé de l'époque, ce projet de loi finalement adopté avec l'appui de parlementaires d'opposition. Les auteurs des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* rappellent alors que le Conseil « n'a jamais à statuer sur le fond du débat. Dans cette affaire, cela l'aurait amené à trancher un problème philosophique ou religieux beaucoup plus qu'un problème juridique. (...) L'élargissement de la procédure de saisine n'est pas sans danger pour le Conseil »²⁴².

Le considérant de principe sur le « pouvoir général d'appréciation et de décision » du Parlement signifierait donc *stricto sensu* que « le Haut Conseil semble considérer que la définition de l'intérêt général n'est pas de son ressort mais celui du pouvoir politique. La

²³⁸ J.-E. SCHOETTL, « Intérêt général et Constitution », in CONSEIL d'ETAT, *Rapport public 1999. Réflexions sur l'intérêt général*, La Documentation française, coll. « Etudes et Documents du Conseil d'Etat », n° 50, 1999, p. 385.

²³⁹ H. ROUSSILLON, *Le Conseil constitutionnel*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2008, p. 94.

²⁴⁰ CC, n° 74-54 DC, 15/01/1975, *Rec.* 19, cons. 1.

²⁴¹ Deux saisines en fait datées du « 20 décembre 1974 », cf. CC, n° 74-53 DC, 30/12/1974, *Rec.* 28.

²⁴² L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 1^{ère} éd., Sirey, 1975, p. 365.

définition de l'intérêt général relevant de la pure opportunité politique, elle ne saurait dès lors, passer sous les fourches caudines du contrôle de constitutionnalité »²⁴³. D'ailleurs, le juge constitutionnel n'a-t-il pas eu l'occasion de préciser lui-même, à propos de moyens ayant pour seul fondement « "la négation même de l'Etat de droit" », que s'il a « compétence pour statuer sur la constitutionnalité d'une loi soumise à son examen sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, il ne lui appartient pas de se prononcer sur l'opportunité de dispositions législatives »²⁴⁴.

Cependant, il ne faut pas perdre de vue que certes, le Conseil constitutionnel marque une certaine allégeance de principe à l'égard de l'appréciation par le législateur du bien-fondé de son intervention, mais il le fait « sous réserve du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle »²⁴⁵ par ce même pouvoir législatif. Ce qui sous-tend en réalité dans tous ces considérants, c'est que, pour remplir la compétence par laquelle il est chargé de « se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen », le juge constitutionnel dispose lui aussi d'un « pouvoir général d'appréciation et de décision » qui n'est pas « identique » ou de « même nature que celui du Parlement »²⁴⁶, mais, conformément aux « principes de l'Etat de droit et notamment à celui de l'assujettissement du pouvoir législatif [comme tous les organes constitués de l'Etat] au pouvoir constituant »²⁴⁷, qui lui permet de pouvoir potentiellement s'immiscer au niveau de l'appréciation et de la décision du législateur. « Autrement dit, pour le Conseil constitutionnel, le législateur ne dispose d'un pouvoir d'opportunité que dans la mesure où il ne méconnaît pas les exigences constitutionnelles »²⁴⁸.

²⁴³ G. MERLAND, « L'intérêt général, instrument de protection efficace des droits fondamentaux ? », CCC, n° 16, 2004, p. 161.

²⁴⁴ CC, n° 89-261 DC, 28/07/1989, Rec. 81, cons. 15.

²⁴⁵ CC, n° 83-162 DC, préc. ; comp. CC, n° 86-207 DC, 26/06/1986, Rec. 61, cons. 51 : « Considérant que, si [l'article 34 de la Constitution] laisse au législateur l'appréciation de l'opportunité des transferts du secteur public au secteur privé et la détermination des biens ou des entreprises sur lesquels ces transferts doivent porter, elle ne saurait le dispenser, dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle qui s'imposent à tous les organes de l'Etat ».

²⁴⁶ Depuis : CC, n° 2000-433 DC, 27/07/2000, Rec. 121, cons. 41.

²⁴⁷ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 114.

²⁴⁸ P. BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, op. cit., p. 71.

2. Le contrôle maximal du juge constitutionnel : l'erreur manifeste d'appréciation du législateur

Dans l'idée même, l'application d'un principe de constitutionnalité à l'expression de la volonté générale implique donc que l'office lié à cette prérogative peut être amené vers un contrôle de l'appréciation des motifs présumés d'intérêt général qui ont conduit ceux qui sont en capacité d'exprimer la volonté générale à adopter tel ou tel dispositif législatif. En d'autres termes, le juge peut être amené « à apprécier l'appréciation du législateur »²⁴⁹.

Une même logique de juge de l'annulation, décrite magistralement par le Doyen Vedel, conduit, le cas échéant, le juge constitutionnel – juge de « l'excès de pouvoir législatif » à s'assurer de « l'absence d'erreur manifeste »²⁵⁰ dans « l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité » de telle ou telle intervention législative. L'éminent auteur rappelait ainsi que « le terme d'"erreur manifeste" a été évidemment emprunté à la jurisprudence du Conseil d'Etat²⁵¹ par le Conseil constitutionnel et ceci à des fins identiques. Dans des cas où la première opération de délimitation de la compétence liée et du pouvoir discrétionnaire laisse à l'auteur de l'acte soumis au contrôle une liberté d'appréciation à peu près totale, le juge entend se garder une arme pour censurer un usage aberrant de cette liberté »²⁵².

En contentieux administratif, ou de la légalité dirons-nous, le contrôle de « l'erreur manifeste » semble communément reconnu comme étant un contrôle « minimum » ou « restreint » des motifs d'une décision administrative, eu égard au fait que le juge a préalablement constaté le caractère discrétionnaire, ou au moins « non lié » par les sources formelles supérieures (loi ou décret) de la compétence administrative pour ce qui relève de la décision en cause. Dès lors, « le juge ne se livre à aucun contrôle de la relation existante entre les faits invoqués et la mesure prise, il ne cherche ni à apprécier les faits ni à les qualifier »²⁵³.

²⁴⁹ O. CAYLA, « "Si la volonté générale peut errer" A propos de "l'erreur manifeste d'appréciation" du législateur », *Le Temps des Savoirs*, n° 2, 2000, p. 67.

²⁵⁰ Première utilisation du concept en tant que tel : CC, n° 81-132 DC, 16/01/1982, *Rec.* 18, cons. 20 ; comp. CC, n° 80-127 DC, 19-20/01/1981, *Rec.* 15, cons. 12 et 13 : « Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ; // Considérant que, dans le cadre de cette mission, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci, alors qu'aucune disposition du titre Ier de la loi *n'est manifestement contraire* au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789 ».

²⁵¹ CE, 15/02/1961, *Lagrange*, *Rec.* 121 ; cf. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17^{ème} édition, Dalloz, 2009, n° 28, pp. 167-168.

²⁵² G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (II) », *CCC*, n° 2, 1997, pp. 89-90.

²⁵³ G. PEISER, *Contentieux administratif*, 15^{ème} éd., Dalloz, 2009, p. 232.

Le professeur Olivier Cayla précise, dans une certaine logique qui se dégage des décisions marquantes de la jurisprudence administrative et « amplement diffusée par la doctrine dominante », que « par définition, l'identification d'une erreur "manifeste" ne permet pas au juge de substituer purement et simplement son point de vue subjectif et arbitraire à celui de l'administration dans l'appréhension des faits qu'il s'agit de qualifier »²⁵⁴. Si « erreur » il y a, c'est qu'elle est « manifeste », synonyme de l'erreur « évidente » ou bien encore « grave, grossière, éclatante au point qu'elle soit visible même pour le non-juriste »²⁵⁵ doté de « bon sens » et à l'« esprit éclairé »²⁵⁶.

Mais, en s'interrogeant sur la portée réelle et l'implication de l'idée même d'« erreur manifeste » dans la jurisprudence administrative, certains auteurs en viennent à observer que « c'est par une transformation radicale de sa démarche traditionnelle qu'en étendant à toutes les appréciations de fait un contrôle (...), le juge a pris pied dans ce qui subsistait du "domaine réservé" de l'administration et mis en cause jusqu'au principe même du pouvoir discrétionnaire »²⁵⁷. De façon réaliste, dans une analyse langagière « pragmatique », M. Cayla considère l'erreur manifeste comme une « formule purement rhétorique » qui sert, du point de vue de l'office du juge administratif, « l'exigence juridique profonde de l'Etat de droit » mais qui, en tant qu'« outil jurisprudentiel » fonctionnel « conduit à la disparition pure et simple de la liberté de jugement du pouvoir politique dans l'exercice de la qualification des faits qui conditionne essentiellement l'application du droit »²⁵⁸. Au regard de ces considérations, il apparaît dès lors, que pour le contentieux de constitutionnalité des lois, l'emploi de l'erreur manifeste d'appréciation sous-tend un levier de contrôle « au fort potentiel »²⁵⁹.

En effet, dans la sphère administrative, « s'il y a pouvoir discrétionnaire, [l'administration] aura une grande marge de manœuvre pour choisir le motif de son action »²⁶⁰. Mais, de façon irréductible, en admettant que le droit fixe « les conditions de l'action de la puissance publique », une sorte de normalité juridique liée à la possibilité d'un contrôle de validité de l'action impose « une question de droit » liée à un ordre de justification de la « mise en œuvre des pouvoirs conférés » à une autorité par rapport aux faits invoqués.

²⁵⁴ O. CAYLA, « "Si la volonté générale peut errer" A propos de "l'erreur manifeste d'appréciation" du législateur », op. cit., p. 73.

²⁵⁵ J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, 3^{ème} éd, LGDJ, 1984, t. 1, p. 283.

²⁵⁶ G. BRAIBANT « Conclusions [sur CE Sect., 13/11/1970, « Lambert »] », *AJDA*, 1971, p. 35.

²⁵⁷ J. KAHN, in I.F.S.A., *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Cujas, 1978, p. 15 (cit. L. HABIB, « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1986, p. 708).

²⁵⁸ O. CAYLA, « "Si la volonté générale peut errer" (...) », op. cit., p. 76.

²⁵⁹ L. HABIB, « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », op. cit., p. 708.

²⁶⁰ P.-L. FRIER, « MOTIFS (Contrôle des) », in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2005, p. 3.

En revanche, l'idée que des juges puissent apprécier et décider de l'erreur manifeste d'appréciation dans l'expression de la volonté générale par les représentants exerçant la souveraineté nationale au nom du « peuple » visé à l'article 3 de la Constitution ; cette idée démontre, s'il fallait encore le démontrer, que l'enserrement de la loi – « expression de la volonté générale » – dans un principe de constitutionnalité relève de quelque chose de l'ordre du concept extrêmement dérangeant dans un système démocratique. L'erreur grossière, évidente... que peut commettre la représentation nationale dans l'appréciation des motifs d'intérêt général, ou bien encore de « nécessité publique », qu'elle est normalement habilitée à apprécier, prend un tout autre sens et une toute autre ampleur que l'erreur manifeste relevant de la sphère administrative. Il apparaît tout de même que « le seuil de reconnaissance de l'erreur manifeste semble être plus élevé que devant le Conseil d'Etat (...). Plusieurs raisons expliquent cette situation : la différence de degré du pouvoir discrétionnaire du législateur et de l'administration, l'abstraction plus grande de la norme législative »²⁶¹ contrôlée en outre avant même sa promulgation, et enfin, le degré de généralité voire d'imprécision de la source formelle constitutionnelle du fait même d'ailleurs de son caractère constitutionnel.

Dans la perspective qui est donc celle du raisonnement de constitutionnalité abstrait et *a priori*, plus qu'un « contrôle du raisonnable au fort potentiel »²⁶², le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation du législateur doit s'imposer comme un *contrôle raisonnable* au fort potentiel. En effet, si l'erreur manifeste d'appréciation s'avère relativement assez fréquemment invoquée devant lui, la déclaration d'inconstitutionnalité sur ce fondement s'avère difficile à obtenir²⁶³.

Surtout, il s'agit bien d'une logique du raisonnable, soit une démarche globale, que le juge constitutionnel tente de développer à destination de son auditoire politique, mais qui surtout s'impose à lui-même dans le déploiement de son office. En réalité, l'erreur manifeste doit s'envisager comme la figure maximale d'un standard de raisonnement de juge de l'annulation, lié au développement d'un principe de contrôle de la proportionnalité²⁶⁴ entre les motifs invoquée et les moyens développés dans l'acte législatif pour mener à bien une politique quelconque dans tel ou tel domaine relevant de la loi.

²⁶¹ X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica – PUAM, 1990, p. 178.

²⁶² L. HABIB, *ibid.*.

²⁶³ Cf. CC, n° 85-196 DC, 08/08/1985, *Rec.* 63, cons. 16 ; n° 87-232 DC, 07/01/1988, *Rec.* 17, cons. 42 ; n° 87-237 DC, 30/12/1987, *Rec.* 63, cons. 16 ; n° 88-244 DC, 20/07/1988, *Rec.* 119, cons. 27 ; n° 2006-543 DC, 30/11/2006, *Rec.* 120, cons. 7 à 9.

²⁶⁴ X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, op. cit., p. 171 et p. 179 ; G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (II) », op. cit., p. 90.

§ 2 – Des limites imposées à la volonté législative par « un régime constitutionnel d'expression »

Le régime constitutionnel d'expression de la volonté générale se définit donc comme un faisceau d'obligations de forme portant sur le cadre d'expression de ladite « volonté générale », mais également comme une intervention juridictionnelle sur le contenu à donner à cette expression, justement afin qu'elle puisse prétendre à accéder au rang de volonté générale. En effet, par cette voie (le contrôle n'étant que facultatif), si « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution », c'est que la volonté générale trouve un fondement à sa qualité dans la norme constitutionnelle.

Selon l'idéal constitutionnaliste, classiquement défini à l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, la réalisation dans une « société » de la notion de « Constitution » passe impérieusement par la détermination de la « séparation des pouvoirs » et par un certain niveau d'assurance de la « garantie des droits ».

Du point de vue d'un raisonnement juridique tendant à développer un principe supérieur de validité, ce pourrait être la base pour déployer une « norme » non seulement de forme mais aussi de fond à l'égard d'une autre norme nécessairement reconnue comme inférieure. C'est ce que semble avoir admis le Conseil constitutionnel en consacrant de façon explicite la valeur juridique du Préambule²⁶⁵ du texte constitutionnel par lequel « le peuple français proclame son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale ».

Dès lors, le juge constitutionnel trouve en quelque sorte, à la fois une source de contenus de valeur constitutionnelle pour finaliser l'acte législatif, mais aussi un fondement démocratique pour porter une appréciation sur l'expression législative de la volonté générale. Nous avons évoqué en introduction de ce chapitre un lien entre le déploiement du principe de constitutionnalité à l'encontre de la loi et le développement d'une idée plus politique de « démocratie constitutionnelle » qui peut s'envisager en un système complexe de régulation, par des mécanismes juridiques appropriés, de conflits éventuels entre un « peuple juridique » (constitutionnel²⁶⁶) et un « peuple empirique » (qui légifère par le biais de ses représentants) pour reprendre une distinction proposée par le philosophe et historien Marcel Gauchet. En d'autres termes, l'office lié au contrôle de la constitutionnalité des lois tend à concilier deux

²⁶⁵ « Vu la Constitution, et notamment son Préambule... », cf. CC, n° 71-44 DC, 16/07/1971, *Rec.* 29 ; aussi : n° 70-39 DC, 19/06/1970, *Rec.* 15 (à propos d'un traité).

²⁶⁶ CC, n° 91-290 DC, 09/05/1991, *Rec.* 50, cons. 12.

niveaux de temporalité politique différents, entre le principe que le juge constitutionnel va interpréter comme étant rattaché à un ou des moments « constituants » légitimés par le « peuple français » historique et le choix présumé d'intérêt général effectué lors d'un moment législatif donné, au nom du peuple actuel (plus juridiquement, au nom du corps électoral national actuel).

Reprenons alors l'idée d'un régime constitutionnaliste matériel d'expression de la volonté générale. Celui-ci doit s'envisager comme un régime de limites qui ne se situe pas dans le registre de la stricte opposabilité, car les deux notions de « peuple juridique » et de « peuple actuel » ne peuvent se concevoir en stricte opposition, mais certainement imbriquées l'une à l'autre. Certes, par le biais du contrôle juridictionnel de constitutionnalité *a priori*, le « peuple juridique » est en mesure d'imposer une norme constitutionnelle à l'expression du « peuple actuel », mais c'est sans oublier, selon Marcel Gauchet, que ce « peuple juridique [ne peut s'exprimer] que par les instantanés du peuple empirique »²⁶⁷.

Le constat est alors celui d'une certaine modération dans le déploiement d'obligations juridiques de valeur constitutionnelle sur le fond de dispositions législatives soumises à l'examen abstrait (de norme à norme) de la juridiction constitutionnelle. Même pour ce qui relève avant tout de la « garantie des droits », la logique de constitutionnalité est une logique du raisonnable qui amène le juge constitutionnel à raisonner suivant des standards de proportionnalité (A) et de conciliation (B).

A) Proportionnalité de l'acte législatif

Après avoir rappelé que « le contrôle de proportionnalité met en avant la relation [« rapport de cohérence »] qui existe entre la finalité poursuivie et les moyens mis en œuvre pour y parvenir », Guillaume Merland estime que « le recours au "test" de proportionnalité permet de pallier les insuffisances du contrôle de la condition d'intérêt général. L'abandon de l'appréciation du contenu de l'intérêt général au législateur fait peser de lourdes incertitudes sur la protection des droits et libertés »²⁶⁸.

L'image du « bilan coûts – avantages » est aussi employée pour décrire l'opération intellectuelle qui consiste dans une mise en balance entre « d'un côté l'intérêt général poursuivi par la loi, et de l'autre les atteintes portées à tel ou tel principe constitutionnel ; et,

²⁶⁷ M. GAUCHET, *La révolution des pouvoirs*, op. cit., p. 45.

²⁶⁸ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 267.

selon le résultat, selon que les atteintes seront ou non jugées par le Conseil, disproportionnées, excessives eu égard à l'intérêt poursuivi par le législateur, la loi sera déclarée conforme ou non à la Constitution »²⁶⁹.

Les éléments langagiers liés à la proportionnalité et employés par le juge constitutionnel dans sa décision s'avèrent assez aisément identifiables pour le discours sur le droit, mais paradoxalement assez difficile à saisir « dans les degrés qui l'affectent et dans les acceptions multiples qu'il connaît », faute de pouvoir s'appuyer sur « une théorie générale majoritairement acceptée et présentant les différents moyens de contrôle utilisés par le juge ainsi que leurs champs d'application respectifs »²⁷⁰.

Le modèle proposé par le professeur Le Bihan nous semble à ce titre intéressant. Ce modèle d'analyse²⁷¹ consiste en une distinction dans l'appréhension de la jurisprudence constitutionnelle entre « les éléments du contrôle exercé » et « les degrés du contrôle exercé ». Cette grille de lecture semble rejoindre une autre distinction destinée à la compréhension du « concept de proportionnalité »²⁷² entre les éléments qui composent « le principe de proportionnalité » et l'idée de « contrôle de proportionnalité » en tant que tel.

Ainsi, dans cette perspective, il semble que « devant le juge constitutionnel français, c'est une logique binaire qui est à l'œuvre »²⁷³. Le développement « horizontal » de la proportionnalité paraît en effet s'opérer essentiellement entre les notions d'adéquation et de nécessité (1) ; tandis que le déploiement « vertical » du contrôle de proportionnalité laisse transparaître une figure restreinte et une figure « renforcée »²⁷⁴ ou normale (2) dirons-nous plutôt pour la différencier plus clairement du contrôle de « l'erreur manifeste d'appréciation » que nous avons qualifié tantôt de figure maximale du degré d'appréciation par le juge de l'opportunité de « modalités retenues par la loi (...) manifestement inappropriées à l'objectif visé » par le législateur, même si le contrôle du juge constitutionnel « ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies »²⁷⁵.

²⁶⁹ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 148.

²⁷⁰ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *RFDC*, n° 70, 2007, p. 269.

²⁷¹ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », *LPA*, n° 46, 05/03/2009, cf. p. 62 et p. 66.

²⁷² X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, op. cit., pp. 9-10.

²⁷³ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *CCC*, n° 22, 2007, p. 141.

²⁷⁴ cf. R. FRAISSE, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », *LPA*, n° 46, 05/03/2009, p. 82.

²⁷⁵ cf., par exemple : CC, n° 2000-433 DC, 27/07/2000, *Rec.* 121, cons. 41.

1. L'adéquation et la nécessité

Dans un travail précurseur, par rapport à son entreprise de systématisation en tout cas, le professeur Xavier Philippe considère qu'il paraît « impossible de passer sous silence les applications du concept de proportionnalité qui pouvaient être faites hors de l'ordre juridique interne dans la mesure où elles ont pu influencer et favoriser l'explication du contrôle de proportionnalité en droit public français »²⁷⁶.

Il apparaît bien établi, qu'en la matière, les sources étrangères ayant plus ou moins directement inspiré la logique des contentieux de l'annulation administratif et constitutionnel proviennent de la jurisprudence constitutionnelle allemande²⁷⁷ qui a elle-même inspiré le droit et le juge communautaires. Au sein desdites sources, « le principe de proportionnalité et le contrôle qu'il autorise sont ternaires : toute mesure restreignant un droit fondamental doit, pour être proportionnée, satisfaire à une triple exigence d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict »²⁷⁸. La Cour constitutionnelle fédérale précise ainsi de façon didactique qu'en application du principe de proportionnalité, « une loi qui restreint un droit fondamental doit être appropriée et nécessaire pour atteindre l'objectif visé. Une loi est appropriée quand le résultat escompté peut être atteint grâce à elle ; elle est nécessaire quand le législateur ne pouvait pas choisir un moyen aussi efficace, mais ne portant pas – ou moins – atteinte à droit fondamental. (...) De plus, une mise en balance entre la gravité de l'ingérence et le poids des raisons la justifiant doit respecter les limites du supportable pour les destinataires [de la restriction]. La mesure ne doit pas leur imposer des charges disproportionnées », dernier élément que la Cour de Karlsruhe explique comme étant la « proportionnalité au sens étroit »²⁷⁹.

Le Conseil constitutionnel français s'est essayé une seule fois à ce jour à déployer un raisonnement ternaire dans une même décision²⁸⁰, « à l'instar de la pratique d'autres cours

²⁷⁶ X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, op. cit., p. 13.

²⁷⁷ Pour une étude spécialisée de cette jurisprudence sur ce point : D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 87 », 2001, pp. 158-166. Voir aussi : M. FROMONT, « Etat de droit et principe de proportionnalité », in P. BON, D. MAUS (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, n° 1, p. 5 et s.

²⁷⁸ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », op. cit., p. 141.

²⁷⁹ *BVerfGE* 90, 145, pp. 172-173, *Cannabis*, 15/12/1970 ; trad. fr. in *GDCCE*, op. cit., p. 6.

²⁸⁰ CC, n° 2008-562 DC, 21/02/2008, *Rec.* 89, cons. 11 à 23.

constitutionnelles, notamment de la Cour constitutionnelle allemande »²⁸¹. Il l'a fait alors que lui était soumis, dans le cadre de l'examen de constitutionnalité prévu à l'article 61, alinéa 2 du texte constitutionnel, une « loi relative à la rétention de sûreté ». Par ce dispositif d'un type inédit dans la tradition pénale française, les autorités législatives veulent insérer, dans le Code de procédure pénale, un article 706-53-13 instaurant une possibilité de placement en « rétention de sûreté » (dans un « centre socio-médico-judiciaire » prévu pour cela) ou en « surveillance de sûreté » (par exemple, par le biais d'un bracelet électronique) d'une personne « après l'exécution [par celle-ci] d'une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour les crimes d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration commis soit sur une victime mineure, soit sur une victime majeure à condition, dans ce dernier cas, que le crime ait été commis avec certaines circonstances aggravantes ».

Ce placement se réalise sur la base d'une présomption de « particulière dangerosité » affectant les personnes susceptibles d'être concernée par cette mesure « privative de liberté », présomption fondée par une « évaluation pluridisciplinaire (...) assortie d'une expertise médicale » dans les conditions prévues par un nouvel article 706-53-14 du Code de procédure pénale. Ladite évaluation porte sur la « probabilité de récurrence » des personnes visées par la loi « parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité », le dispositif devant normalement s'appliquer lorsque cette probabilité s'avère « très élevée ».

Comme l'indique le commentaire institutionnel de la décision, « eu égard à la nature exceptionnelle qui conduit à une privation totale de liberté, et à la protection particulière de la liberté individuelle qui résulte de l'article 66 de la Constitution, le Conseil a mis en œuvre la plénitude des techniques de contrôle susceptibles de contrôle susceptibles d'être opérées sur cette mesure »²⁸².

L'argument livré à propos de la « nature exceptionnelle » caractérisant la privation de liberté en cause donne une indication sur la portée circonstanciée de cette décision « rétention de sûreté » du 21 février 2008, en ce qui concerne l'étendue et les caractéristiques quelque peu inhabituelles du contrôle de proportionnalité tout du moins. En effet, jusqu'à la décision n° 562 DC, au sein du corpus des décisions de constitutionnalité du Conseil constitutionnel, un commentaire autorisé indique qu'« on ne trouve pas de cas (...) où les éléments du triple test [de proportionnalité] soient actionnés simultanément pour contrôler une limitation d'un

²⁸¹ cf. CCC, n° 24, 2008, « Jurisprudence. Analyse sommaire », p. 21.

²⁸² CCC, n° 24, 2008, *ibid.*

droit ou d'une liberté. Généralement, un seul de ces éléments est utilisé, parfois deux mais c'est plus rare »²⁸³.

En outre, le caractère abstrait et *a priori* de l'office de constitutionnalité qui nous intéresse ici influe et implique sans aucun doute un constat global « d'une voie française », par rapport à une ou des sources d'inspiration étrangère²⁸⁴, et « dans laquelle seuls deux contrôles sont clairement distingués et exercés : d'une part un contrôle de l'adéquation, et d'autre part un contrôle de la nécessité, mais que l'on pourrait qualifier () de restreinte. En d'autres termes, les exigences de la proportionnalité au sens strict ne sont pas vraiment distinguées de celles de la nécessité »²⁸⁵.

Dans un colloque récent, le chef du service juridique du Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler que la juridiction constitutionnelle, même en matière pénale, « refuse d'appliquer la conception traditionnelle allemande selon laquelle le juge doit vérifier que la mesure décidée par le législateur constitue, parmi les autres solutions qui s'offraient à lui pour atteindre le but poursuivi, l'atteinte la moins sévère aux libertés »²⁸⁶. Il y a donc désormais une exception spectaculaire²⁸⁷ qui a donc porté sur la procédure pénale et plus précisément, la

²⁸³ R. FRAISSE, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », op. cit., p. 77.

²⁸⁴ Dans le dossier documentaire annexé à la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 figure une décision de la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe portant sur le même thème et sur un mécanisme de « détention de sûreté » existant en droit pénal allemand. La Cour y déploie son contrôle de proportionnalité (BVerfG, 2 BvR 2029/01 vom 5.2.2004, Ab.-Nr. 98) mais dans le cadre d'un recours constitutionnel d'un justiciable sur la base de l'article 93, al. 1, § 4a de la loi fondamentale qui n'a rien à voir avec un contrôle abstrait mais qui est « dirigé contre des décisions en matière pénale et par lesquelles furent rejetées les demandes du requérant à ce que la détention de sûreté ordonnée pour la première fois à son égard soit considérée comme réglée. Indirectement, ce recours conteste la constitutionnalité de la détention de sûreté sous son régime actuel » (Ab. 1, trad. O. JOOP, www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2008/2008-562-dc/dossier-documentaire.12346.html).

²⁸⁵ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », op. cit., p. 287. Voir aussi : ID., « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFDC*, n° 45, 2001, pp. 68-69.

²⁸⁶ R. FRAISSE, op. cit., p. 77.

²⁸⁷ Comp. en matière de rétroactivité fiscale : CC, n° 98-404 DC, 18/12/1998, *Rec.* 315, cons. 7 (« Considérant que le souci de prévenir les conséquences financières d'une décision de justice censurant le mode de calcul de l'assiette de la contribution en cause ne constituait pas un motif d'intérêt général suffisant pour modifier rétroactivement l'assiette, le taux et les modalités de versement d'une imposition, alors que celle-ci avait un caractère exceptionnel, qu'elle a été recouvrée depuis deux ans et qu'il est loisible au législateur de prendre des mesures non rétroactives de nature à remédier aux dites conséquences » [inconstitutionnalité de la disposition en cause]); voir aussi : CC, n° 99-416 DC, 23/07/1999, *Rec.* 100, cons. 10 (« s'agissant de la couverture complémentaire sur critère de ressources (...) le choix d'un plafond de ressources, pour déterminer les bénéficiaires d'un tel régime, est en rapport avec l'objet de la loi ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées ; qu'en l'espèce, en raison tout à la fois des options prises, du fait que la protection instituée par la loi porte sur des prestations en nature et non en espèces, du fait que ces prestations ont un caractère non contributif, et *eu égard aux difficultés auxquelles se heurterait en conséquence l'institution d'un mécanisme de lissage des effets de seuil*, le législateur ne peut être regardé comme ayant méconnu le principe d'égalité »), sur cette décision : V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », op. cit., p. 65 (« Il

réention de sûreté, laquelle, « eu égard à la gravité de l'atteinte qu'elle porte à la liberté individuelle, ne saurait constituer une mesure nécessaire que si aucune mesure moins attentatoire à cette liberté ne peut suffisamment prévenir la commission d'actes portant gravement atteinte à l'intégrité des personnes »²⁸⁸.

Avec le commentaire publié aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, il serait donc possible de déduire que c'est « la protection particulière de la liberté individuelle qui résulte de l'article 66 de la Constitution » qui amène le juge constitutionnel à développer particulièrement pour ce qui concerne la législation pénale une idée plus approfondie de la nécessité dans le contrôle de proportionnalité entre les motifs invoqués et les choix du législateur, qui détacherait en la matière et à propos de la liberté invoquée la notion de « nécessité » de celle de « proportionnalité au sens strict » comme cela semblait être le cas jusqu'alors dans le raisonnement du juge constitutionnel. Il en résulterait une corrélation entre « l'élément » employé du principe de proportionnalité et le « degré du contrôle exercé ». La vérification de cette hypothèse s'avère être quelque chose de particulièrement compliqué.

2. Contrôle restreint et contrôle normal. Une systématisation difficile²⁸⁹

Classiquement, la liberté individuelle était envisagée au sens large, dans la droite lignée de la conception englobante énoncée dès la Déclaration de 1789, en son 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 ») et dans la limite fixée à l'article 4 (« la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ») de ladite Déclaration. Il pouvait être envisagé un sens plus strict²⁹⁰ depuis 1958 et l'énoncé de l'article 66 de la Constitution selon lequel « nul ne peut être arbitrairement détenu », ajoutant que « l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le

s'agit toutefois davantage de la recherche d'éventuelles modalités complémentaires différentes de celles retenues par la loi que d'une véritable mesure alternative », note 20), comp. du même auteur et sur la même décision, « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », op. cit., p. 72 (« le Conseil se livre à un contrôle particulièrement approfondi de l'inadéquation manifeste de la loi à l'objectif poursuivi, tout en excluant d'en contrôler la nécessité »).

²⁸⁸ CC, n° 2008-562 DC, 21/02/2008, cons. 17.

²⁸⁹ Les quelques lignes ci-dessous sont reprises de : V. THIBAUD, « Législation antiterroriste, lutte contre la criminalité organisée : le Conseil constitutionnel face aux politiques pénales contemporaines », VIIe Congrès français de droit constitutionnel, Association française de droit constitutionnel, Paris, 25-27/09/2008, « Atelier n° 5 : Constitution et justice », www.afdc.fr/congresParis/comC5/ThibaudTXT.pdf, pp. 21-23.

²⁹⁰ B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 533 et s.

respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi », resserrant la liberté individuelle autour de la sûreté et consacrant une sorte d'*Habeas corpus* à la française.

Or, « à la fin des années 1990, le Conseil semble (...) vouloir recentrer la liberté individuelle sur l'article 66 et l'idée de sûreté personnelle en en détachant les droits et libertés jusque là qualifiés de "composantes de la liberté individuelle" [liberté d'aller et venir, inviolabilité du domicile auquel était rattaché de façon stricte le domicile, respect de la vie privée, protection des données personnelles...] pour les rattacher à un autre fondement constitutionnel (...). La décision du 13 mars 2003 achève cette évolution »²⁹¹.

Qu'elle soit ou non critiquable, il semble bien y avoir désormais une distinction entre un principe de liberté individuelle considéré au sens strict et le reste des composantes formant la catégorie des libertés « constitutionnellement garanties » ou un ensemble plus vaste autour de l'idée de « liberté personnelle »²⁹². L'important semble bien résider dans l'élément placé dans la sphère de l'article 66 de la Constitution, « sous la surveillance de l'autorité judiciaire », qui fait de cette garantie « le bouclier de toutes les autres libertés » selon les termes du professeur Jean Rivero²⁹³. « Là est (...) l'enjeu : le rôle de l'autorité judiciaire. Détacher l'inviolabilité du domicile, la liberté d'aller et venir, le respect de la vie privée et d'autres droits encore de la liberté individuelle [« réduite à l'interdiction de la détention arbitraire »] implique en effet que ces droits et libertés ne sont pas, ne sont plus nécessairement placés sous la protection de l'autorité judiciaire »²⁹⁴. C'est ce « rétrécissement » qu'observe Gilles Armand dans un article polémique où il n'hésite pas à se poser la question de savoir ce qu'il reste de la garantie judiciaire de la liberté individuelle²⁹⁵, notamment en matière de fouille des véhicules dans la décision du 13 mars 2003²⁹⁶. En revanche, l'inviolabilité du domicile semble toujours fortement liée à l'article 66 de la Constitution, de façon bizarrement non explicite, même si le Conseil constitutionnel subordonne par exemple le régime des perquisitions domiciliaires lors de l'enquête de

²⁹¹ D. ROUSSEAU, C. LAZERGUES, « Commentaire de la décision du 13 mars 2003 », *RDP*, n° 4, 2003, p. 1152.

²⁹² Voir : A. PENA-SOLER, « A la recherche de la liberté personnelle désespérément... », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1675.

²⁹³ Cf. art. « Liberté individuelle et fouille des véhicules », in *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Economica – PUAM, 2^{ème} éd., 1982, p. 74.

²⁹⁴ D. ROUSSEAU, C. LAZERGUES, art. cit., p. 1154.

²⁹⁵ G. ARMAND, « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *RFDC*, n° 65, 2006, p. 37 et s.

²⁹⁶ CC, n° 2003-467 DC, 13/03/2003, cons. 6 à 16, cf. notamment la rédaction particulièrement souple du considérant 10 : « Considérant que, en dehors des cas où ils agissent sur réquisition de l'autorité judiciaire, les agents habilités ne peuvent disposer d'une personne que lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'elle vient de commettre une infraction ou lorsqu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher d'en commettre une ; qu'en pareil cas, l'autorité judiciaire doit en être au plus tôt informée et le reste de la procédure placé sous sa surveillance ».

flagrance à une autorisation émanant de l'autorité judiciaire, ces opérations ne se font que sur « autorisation du juge des libertés et de la détention (...), à la requête du procureur de la République » pour ce qui concerne la phase d'enquête préliminaire²⁹⁷.

Avec Jacques Moreau, « l'idée qui nous semble rendre compte de la jurisprudence est que la liberté individuelle n'est pas une valeur absolue, qui existerait pour-soi et en-soi, mais qu'elle constitue un élément, – l'élément central – d'une synthèse à effectuer entre deux groupes d'impératifs de valeur constitutionnelle : d'un côté, le respect des libertés, et, de l'autre, la préservation de l'ordre public »²⁹⁸. Il semble quand même et de façon assez objective que la balance penche clairement du côté de l'ordre public. Il est intéressant à ce propos d'observer comme le fait le professeur Goesel-Le Bihan que « la liberté individuelle *lato sensu* semble, elle, avoir connu [une] évolution, qui constitue l'une des manifestations les plus significatives du réalisme du juge constitutionnel. Depuis le 11 septembre 2001 (...), le contrôle de proportionnalité exercé sur les atteintes qui y sont portées est le plus souvent restreint, les atteintes légères à la liberté individuelle *stricto sensu* faisant d'ailleurs l'objet d'un traitement identique »²⁹⁹, malgré le maintien de « figures classiques »³⁰⁰ et un contrôle entier, comme en matière de prolongation de garde à vue ou en matière de perquisitions où la conciliation ne fait pas apparaître d'atteinte « non nécessaire » ou « excessive » à la liberté individuelle³⁰¹.

Les interrogations viennent de la difficulté voire de l'impossibilité de déterminer et de systématiser « l'étendue du contrôle exercé ». La proportionnalité implique simplement la recherche « d'un équilibre entre exigences logiques, au sacrifice desquelles le juge ne peut se résoudre au-delà d'un certain seuil »³⁰². Par rapport à cela, le juge constitutionnel se situe dans une situation paradoxale : il doit à la fois se légitimer en tant que juge et ne pas entrer dans un strict contrôle d'opportunité de l'action législative, tout en s'aménageant un fort « potentiel »³⁰³ de contrôle qui pourrait avoir un fort retentissement, après un examen au plus près de la nécessité des mesures ou de l'adéquation entre la fin et les moyens employés par le

²⁹⁷ CC, n° 2004-492 DC, 02/03/2004, cons. 41 à 56.

²⁹⁸ J. MOREAU, « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1664.

²⁹⁹ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », op. cit., p. 144.

³⁰⁰ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *RFDC*, n° 70, 2007, p. 271.

³⁰¹ Sur tous ces points : CC, n° 2004-492 DC, 02/03/2004, cons. 27, 52 et 56.

³⁰² V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », op. cit., p. 141.

³⁰³ Voir : L. HABIB, « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDJ*, 1986, p. 695 et s.

législateur au regard d'objectifs ayant valeur constitutionnelle qu'il définit et applique lui-même. Mais du même coup, le contrôle de constitutionnalité devient plus un examen des garanties³⁰⁴ accordées par le législateur que l'application de principes stricts entraînant la censure en cas de méconnaissance. La censure reste toutefois possible mais l'appréciation du seuil dépendra elle-même directement de l'appréciation de l'intérêt général défini par le législateur, rendant cette appréciation fortement « [modulable] en fonction des circonstances »³⁰⁵.

B) Conciliation des droits et libertés de valeur constitutionnelle

Devant les éléments d'incertitude que nous avons précédemment tenté d'ébaucher, certains auteurs ont donc lancé un débat doctrinal à partir d'une question qui apparaît quelque peu provocatrice : « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », ajoutant aussitôt que « la question pourrait surprendre, voire paraître incongrue à ceux qui se représentent et présentent le Conseil constitutionnel comme le garant ultime de l'Etat de droit, parvenu en France à assurer une protection efficace et complète des libertés constitutionnellement garanties. L'affaiblissement de la "contrainte de constitutionnalité" pesant sur le législateur est pourtant difficilement contestable »³⁰⁶.

Pourtant, nous avons pu relever que la liberté individuelle semblait bénéficier d'une « protection particulière » et pour reprendre l'exemple de la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, le juge constitutionnel insiste tout particulièrement sur le fait que « la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté doivent respecter le principe, résultant des articles 9 de la Déclaration de 1789 et 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire »³⁰⁷. Mais il ne saurait s'agir d'une protection « autonome ». Comme pour tout principe constitutionnel, même relatif à des droits ou des libertés qui seraient constitutionnellement garantis, la garantie de la liberté individuelle est inscrite dans une logique de conciliation au sein d'un considérant de principe par lequel, en matière pénale notamment, « il incombe en effet au législateur d'assurer la conciliation entre,

³⁰⁴ Référence aux « garanties légales des exigences constitutionnelles » : G. MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC*, n° 62, 2005, p. 257 ; A. VIDAL-NAQUET, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ diff., 2007.

³⁰⁵ A. VIDAL-NAQUET, *op. cit.*, p. 243.

³⁰⁶ G. ARMAND, *op. cit.*, p. 37.

³⁰⁷ CC, n° 2008-562 DC, 21/02/2008, cons. 13.

d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties »³⁰⁸.

Dans une approche systémique, la conciliation constitue une posture d'interprétation par l'organe juridictionnel de sa propre compétence dans le système que nous avons qualifié de « politique ». Elle apparaît ainsi, du point de vue du contrôle de constitutionnalité *a priori*, comme une logique de raisonnement inhérente à la fonction de garantie des droits et libertés (1) comme part du régime constitutionnel d'expression de la volonté générale. Mais la logique globale est une logique du raisonnable. Le juge est dans une recherche difficile d'équilibre entre « la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle » et « l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ». Le raisonnable ricoche inévitablement sur le déploiement de la normativité constitutionnelle (2) par l'emploi de catégories de contrôle dont l'objet est plus finaliste et incitatif pour l'action du législateur que coercitif.

1. Une logique de raisonnement inhérente à la fonction de garantie des droits et libertés de valeur constitutionnelle

Cette logique de conciliation part d'une idée simple, qui se situe presque au niveau du principe juridique implicite : il n'y a pas de droits et de libertés de valeur constitutionnelle pour lesquels cette valeur revêtirait un caractère absolu du point de vue de leur garantie et de leur éventuelle opposabilité à l'encontre du législateur. Comme le relève le professeur Anne Levade, « l'exercice de toute liberté suppose l'établissement de limitations permettant sa mise en œuvre effective et réaliste dans un cadre social. (...) [Même] les libertés les plus intimes n'échappent pas à un encadrement légal »³⁰⁹.

Nous avons pu mesurer cela concernant la liberté individuelle. Il en va de même pour la liberté d'expression et de communication dont la garantie résulte directement de l'application en l'état de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, en vertu duquel « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement », sachant en

³⁰⁸ Voir aussi : CC, n° 2003-467 DC, 13/03/2003, *Rec.* 211, cons. 8 et 20 ; n° 2004-492 DC, 02/03/2004, *Rec.* 66, cons. 4 ; n° 2005-532 DC, 19/01/2006, *Rec.* 31, cons. 9.

³⁰⁹ A. LEVADE, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, pp. 701-702.

outre que le juge constitutionnel envisage cette liberté « en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise »³¹⁰ ; ce qui assure dès lors un caractère évolutif à cette liberté et fait de la source constitutionnelle écrite un « instrument vivant ». Ainsi, le juge de la rue Montpensier a été amené à considérer, avec le développement de l'offre de programmes télévisuels, que « le public auquel s'adressent les moyens de communication audiovisuels [doit être] à même de disposer, aussi bien dans le cadre du secteur privé que dans celui du secteur public, de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractère différent dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information »³¹¹. De même, plus récemment, il estime « qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, [le droit issu de l'article 11 de la Déclaration de 1789] implique la liberté d'accéder à ces services »³¹².

Le caractère explicitement flexible dans la jurisprudence constitutionnelle de la liberté d'expression et de communication laisse d'ores et déjà transparaître un certain attribut particulier à ce principe constitutionnel lorsqu'un dispositif législatif porte plus ou moins directement sur les conditions de son exercice. Le juge constitutionnel rappelle ainsi qu'il s'agit d'une liberté « d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés »³¹³ et qu'il peut la qualifier dès lors de « fondamentale »³¹⁴.

Cependant, l'article visé de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen indique également que « tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi » et que d'une façon générale, selon l'article 34 du texte dit de la « Constitution du 4 octobre 1958 », « la loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».

La qualité « fondamentale » reconnue à la liberté en question fait que le juge constitutionnel développe un contrôle de proportionnalité particulièrement approfondi entre les fins et les moyens développés par le législateur, dans une formulation similaire que le contrôle opéré concernant la liberté individuelle. Ainsi, « les atteintes portées à l'exercice de

³¹⁰ cf. CC, n° 82-141 DC, 27/07/1982, *Rec.* 48, cons. 5.

³¹¹ CC, n° 2000-433 DC, 27/07/2000, cons. 9. Voir aussi : CC, n° 2007-550 DC, 27/02/2007, *Rec.* 81, cons. 16.

³¹² CC, n° 2009-580 DC, *Rec.* 107, cons. 12.

³¹³ CC, n° 2009-580 DC, cons. 15.

³¹⁴ cf. CC, n° 84-181 DC, 10-11/10/1984, *Rec.* 73, cons. 37.

cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi »³¹⁵. Mais, malgré tout, par exemple, « il est loisible au législateur d'édicter des règles de nature à concilier la poursuite de l'objectif de lutte contre les pratiques de contrefaçon sur internet avec l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, écrire et imprimer »³¹⁶.

Au regard des éléments précédemment évoqués, il n'apparaît pas impossible de se poser le problème de mesurer s'il n'y a pas des droits et autres libertés qui sont soumis à un principe de conciliation plus ou moins restreint, ou à l'inverse, s'il y a des droits ou libertés de valeur constitutionnelle qui peuvent faire l'objet d'une conciliation plus lâche, donc au profit du pouvoir législatif dans l'encadrement des conditions d'exercice du droit en question.

Certains droits ne semblent pouvoir bénéficier que d'un contrôle de l'absence de dénaturation. C'est le cas par exemple de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle, peut-être parce que la reconnaissance du rang constitutionnel desdites libertés ne fait que découler d'une source formelle écrite, en l'occurrence l'article 4 de la Déclaration de 1789 et que, par conséquent, le lien plus distendu avec un fondement textuel de valeur constitutionnelle, portant sur les droits et libertés, place ces principes sous le joug d'un régime où la protection constitutionnelle est plus restreinte, dans le seul champ des « garanties fondamentales » prévues par l'article 34 de la Constitution.

Mais l'analyse précédente semble contredite par la situation du droit de propriété. Celui-ci bénéficie, comme la liberté individuelle et la liberté d'expression, d'un fondement textuel issu de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. L'article 17 de ce texte fait de la propriété « un droit inviolable et sacré » dont « 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 ». Dans sa décision dite « loi de nationalisation », le Conseil constitutionnel reconnaît donc explicitement sa « pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique », tout en précisant simultanément que « postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son

³¹⁵ CC, n° 2009-580 DC, cons. 15.

³¹⁶ *Ibid.*

champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général »³¹⁷.

Les commentateurs des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* relèvent que « la jurisprudence ultérieure a établi une interprétation nuancée de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme », au point de conclure que « le droit de propriété est une liberté ou un droit de second rang par opposition »³¹⁸ à d'autres principes constitutionnels.

Il apparaît une évolution dans les solutions appliquées par le juge constitutionnel relativement aux « limitations » voire aux « atteintes » qui peuvent être portées au droit de propriété par une mesure législative. Dans un premier temps, le Conseil se contente en quelque sorte de vérifier que « ces limitations n'ont pas un caractère de gravité telle que l'atteinte au droit de propriété dénature le sens et la portée de celui-ci et soit, par suite, contraire à la Constitution »³¹⁹. Il est possible tout de même de relever certaines déclarations d'inconstitutionnalité à partir de ces critères, par la reconnaissance par exemple du caractère « discrétionnaire » d'un régime d'autorisation préalable comportant « des limitations directes au droit de disposer, attribut essentiel du droit de propriété »³²⁰ ; ou bien encore une « contrainte » pouvant peser sur « un créancier poursuivant à devenir propriétaire d'un bien immobilier sans qu'il ait entendu acquérir ce bien au prix fixé par le juge » et qui, en tant que telle, « est contraire au principe du libre consentement qui doit présider à l'acquisition de la propriété, indissociable de l'exercice du droit de disposer librement de son patrimoine »³²¹ qui constitue également « un attribut essentiel du droit de propriété ».

Un certain changement d'approche semble avoir été amorcé en 2000, suite à une décision relative à une loi réformant en profondeur le droit de l'urbanisme dans un objectif affiché dès l'intitulé du texte de « solidarité » et de « renouvellement » urbains. C'est ainsi que ce texte apporte des modifications profondes des règles relatives aux documents de planification urbaine maîtrisés par les autorités locales, municipales et éventuellement intercommunales. Certaines dispositions soumettent « à une autorisation administrative tout changement de destination d'un local commercial ou artisanal entraînant une modification de la nature de l'activité ». Ces mesures d'urbanisme commercial permettent au juge constitutionnel de coupler le droit de propriété avec la liberté d'entreprendre pour dépasser le simple contrôle de la dénaturation et procéder à un contrôle de la nécessité restreinte ou de la

³¹⁷ CC, n° 81-132 DC, 16/01/1982, *Rec.* 18, cons. 16.

³¹⁸ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, op. cit., n° 23, p. 424 [15^{ème} édition] et n° 28, p. 427 [14^{ème} édition].

³¹⁹ CC, n° 84-172 DC, 26/07/1984, *Rec.* 58, cons. 3 ; n° 85-189 DC, 17/07/1985, *Rec.* 49, cons. 11 ; n° 90-287 DC, 16/01/1991, *Rec.* 24, cons. 22

³²⁰ CC, n° 96-373 DC, 09/04/1996, *Rec.* 43, cons. 22.

³²¹ CC, n° 98-403 DC, 29/07/1998, *Rec.* 276, cons. 40.

proportionnalité au sens strict, pour ainsi à la fois reconnaître un « souci d'assurer "la sauvegarde de la diversité commerciale des quartiers" [qui] répond à un objectif d'intérêt général » mais établir malgré tout une « une atteinte disproportionnée à l'objectif poursuivi » et par ce motif, « non-conforme à la Constitution »³²².

Selon nous, il n'est pas possible de conclure, de façon tranchée, à l'existence d'une hiérarchie juridique entre les sources formelles relatives aux droits et libertés « que la Constitution garantit ». Le juge constitutionnel applique le cas échéant, en fonction de l'acte législatif soumis, aussi bien la Déclaration de 1789 que le « préambule de la Constitution de 1946 » et désormais également « la Charte de l'environnement de 2004 » dont les « dispositions, comme l'ensemble des droits et devoirs » qui y sont définis, « ont valeur constitutionnelle »³²³.

Ce qui paraît certain, c'est que l'étendue du contrôle du juge peut être fonction des précisions tirées de la norme constitutionnelle quant au degré d'intervention du pouvoir d'appréciation législative dans la définition des conditions de garanties et d'exercice de tel droit ou de telle liberté. Les exemples pourraient être nombreux, mais il est possible de citer pêle-mêle dans un ensemble de décisions récentes, concernant chaque source constitutionnelle formelle relative aux droits et libertés : le principe de la nécessité des délits et des peines³²⁴, le principe de participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail³²⁵ ou bien encore le droit à l'information en matière environnementale³²⁶.

³²² CC, n° 2000-436 DC, 07/12/2000, *Rec.* 176, cons. 20.

³²³ CC, n° 2008-564 DC, 19/06/2008, *Rec.* 313, cons. 18 et cons. 49.

³²⁴ CC, n° 2007-554 DC, 09/08/2007, *Rec.* 303, cons. 6 à 8 : ainsi, l'article 8 de la Déclaration de 1789 énonce que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires » et, aux termes de l'article 34 de la Constitution, « la loi fixe les règles concernant (...) la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ». Par ces deux fondements, il est rappelé implicitement que la nécessité des peines est un corollaire à un autre principe qui est celui de la légalité des délits et des peines. Le juge opère donc logiquement la distinction entre ce qui relève strictement du discrétionnaire du législateur et ce qui n'en relève pas. Ainsi, « si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue » (cons. 8).

³²⁵ CC, n° 2008-568 DC, 07/08/2008, *Rec.* 352, cons. 4 : le 8^{ème} alinéa du « préambule de la Constitution de 1946 » ne fait que proclamer 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 », tandis que l'article 34 mentionne dans une formulation large que « la loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail ». Quant au principe de participation, le juge considère dès lors que « c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect du principe énoncé au huitième alinéa du Préambule, les conditions et garanties de sa mise en œuvre ». Le juge en reste à vérifier que les dispositions législatives en cause « ne sont entachées d'aucune erreur manifeste d'appréciation » (cons. 6).

³²⁶ CC, n° 2008-564 DC, 19/06/2008, cons. 48 et 49 : l'article 7 de la Charte de l'environnement énonce que « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques ». Dès lors, des « termes mêmes » de la Charte,

Cependant, la thèse de la hiérarchie matérielle entre les principes constitutionnels explicitement consacrés dans la jurisprudence – visant plutôt à l'idée plus large de « bloc de constitutionnalité » – ne semble pas devoir emporter non plus une conviction absolue. Le raisonnement juridictionnel se situe bien dans la « "mise en balance" concrète » (ou la plus concrète possible, eu égard aux conditions générales du contrôle de constitutionnalité *a priori*), l'« arbitrage permanent » ou encore « la modulation continue ». Dans cette opération qui nécessite à un moment donné un choix, « la ligne de partage, au demeurant toujours mobile, ne passe pas entre droits plus ou moins sacrifiés, mais à l'intérieur de chaque droit, selon les circonstances de l'affaire »³²⁷.

Sur ce point, le professeur Guillaume Drago note que « la difficulté tient [en réalité] à ce que le Conseil ne souhaite pas instaurer une hiérarchie entre les normes constitutionnelles (...). Cette difficulté est bien réelle, et les saisissants du Conseil ne manquent pas de souligner les contradictions qui peuvent exister entre les normes constitutionnelles pour en tirer argument au profit de telle ou telle norme dont ils défendent la primauté »³²⁸.

Du sein même de l'institution provient l'image du « jardin à la chinoise », où « la composition n'a pas grand-chose à voir avec la symétrie et la géométrie. Le relief est souvent accidenté, obligeant le juge à s'y adapter. Des ruisseaux coulent au fond des vallons, passant sous des ponts en zigzag et se jetant dans des étangs bordés de rochers biscornus. Les chemins que le juge doit emprunter sont souvent sinueux. (...) Il y a du dit et du non-dit... Cela fait un peu désordre pour nos esprits cartésiens »³²⁹. Le Doyen Vedel ne relevait-il pas lui aussi que dans cette logique de conciliation qui implique la nuance, « on est dans le monde de l'esprit de finesse plus que dans celui de l'esprit de géométrie »³³⁰.

Mais le juge constitutionnel ne peut forger un paysage jurisprudentiel « à la chinoise » sans oublier de renvoyer l'image d'une certaine harmonie, dont l'un des sens littéraux renvoie « aux relations existant entre les parties d'un tout et qui font que ces parties concourent à un même effet d'ensemble ». Dans l'office de constitutionnalité abstrait et *a priori*, la garantie

« il n'appartient qu'au législateur de préciser "les conditions et les limites" dans lesquelles doit s'exercer [ce] droit ».

³²⁷ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 127, ensemble p. 125 à p. 129.

³²⁸ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 283 ; ID. « La conciliation entre principes constitutionnels », *D.*, 1991, p. 265.

³²⁹ R. FRAISSE, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », op. cit., p. 74.

³³⁰ G. VEDEL, « La place de la Déclaration dans le bloc de constitutionnalité », in CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 60.

des droits ne s'inscrit pas dans une logique d'opposabilité de limites absolues mais dans une logique d'effectivité des principes constitutionnels qui s'apparente à une logique finaliste tant dans l'appréciation du législateur que dans le développement du raisonnement normatif de la juridiction constitutionnelle.

2. Du raisonnable dans la normativité constitutionnelle (objectifs de valeur constitutionnelle, garanties légales des exigences constitutionnelles)

Il apparaît, par certains aspects, que le régime constitutionnaliste d'expression de la volonté générale est un régime de finalités. Par le contrôle de constitutionnalité, le juge constitutionnel peut finaliser l'action du législateur, qui est une volonté de l'instant, dans une sphère de conformité à des principes ou autres normes pourtant rattachés à « un temps constitutionnel différent de celui des élus de la Nation »³³¹ : « 1789 », « 1946 », « 1958 », « 2004 »... Mais s'il est clair qu'avec le déploiement de la constitutionnalité, la volonté constituante ne s'épuise plus dans le moment constituant historiquement situé, c'est à la condition que justement, cette norme constitutionnelle puisse être un instrument vivant, adaptable, et qui ne doit pas figer, pour pouvoir être au moins effective dans des conditions abstraites d'application, des valeurs absolues « proclamées », « affirmées » ou « réaffirmées solennellement » dans des conditions particulières, de valeur juridique supérieure, et qui constituent ainsi des moments constitutifs comme autant de « composantes de l'éthique d'un peuple »³³² dépassant dans leur temporalité les éventuels choix de la majorité parlementaire du moment de l'acte législatif.

Cette « éthique » peut donc être le fondement d'un raisonnement à caractère finaliste qui aurait pour objet de conditionner l'octroi du rapport de conformité à la Constitution d'un acte d'expression de la volonté, à une part d'intérêt d'action du législateur, intérêt général par nature, mais objectivé parce qu'in-temporalisé dans la sphère constitutionnelle ou en tout cas, bénéficiant de la protection du temps constitutionnel, non soumis, par principe, aux vicissitudes de l'instant législatif « ordinaire ».

Cela devrait pouvoir permettre de trouver une base à l'établissement de « buts constitutionnels opérationnels vers lesquels doit ou peut tendre l'action du législateur »³³³. De façon positive, il serait possible de les envisager comme autant de « directives

³³¹ J.-M. BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, thèse (dact.), Paris II, 1993, p. 355.

³³² Pour reprendre une formulation de G. LAVAU, in R. J. AUBENAS et al., *La justice*, PUF, 1961, p. 69.

³³³ P. de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, op. cit., p. 11.

constitutionnelles que le législateur doit mettre en œuvre»³³⁴, parce qu'il s'agit « des fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle et dont la poursuite motive »³³⁵ en elles-mêmes et pour elles-mêmes une appréciation législative qui concilierait les conditions d'exercice de principes constitutionnels relatifs à des droits ou autres libertés avec lesdites fins. De façon négative, cet ensemble apparaîtrait donc comme l'explicitation d'une « éthique sociale limitative des libertés individuelles sous le contrôle du Conseil constitutionnel »³³⁶. Reste alors à trouver le « procédé juridique », la technique ou le concept permettant au juge constitutionnel d'insérer les éléments que nous avons décrits précédemment dans un principe global de constitutionnalité.

En matière de droits et libertés de valeur constitutionnelle, l'idée d'un régime de concrétisation et/ou d'effectivité paraît amener au découpage suivant : la « garantie » est constitutionnelle, « l'exercice » relève largement du législatif. En France, la notion de « droits fondamentaux » garde encore la marque du concept légicentriste de « libertés publiques ». D'ailleurs, l'article 34 de la Constitution de 1958 indique que « la loi fixe les règles concernant (...) les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». L'idée subséquente est alors que « la garantie » peut difficilement se déployer en dehors de « l'exercice », dans le sens de ladite « garantie » (autrement dit, « respect de la Constitution ») et dans la mesure du contrôle du juge. Le fait est que le juge doit composer avec une compétence législative constitutivement large en ce domaine.

Ces éléments trouvent leur pleine mesure lorsque le pouvoir législatif met en œuvre son action au gré des circonstances sur l'existant et sur l'acquis, ce qui est souvent désigné sous le titre de pouvoir modificatif du législateur, par le biais d'une action créatrice, additionnelle voire abrogative. En fonction de la marge discrétionnaire laissée à l'autorité législative, « le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter, pour la *réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle*, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci

³³⁴ B. MATHIEU, « Pour la reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 1995, p. 211 (note 3).

³³⁵ CC, n° 80-127 DC, 20/01/1981, *Rec.* 15, cons. 58.

³³⁶ B. FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC*, n° 21, 1995, p. 77.

en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de *garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* »³³⁷.

Le schéma normatif pourrait être compris de la façon suivante : « l'objectif de valeur constitutionnelle peut servir à tempérer la force d'un principe à valeur constitutionnelle sans toutefois pouvoir s'opposer à lui et le neutraliser. En second lieu, une loi qui met en œuvre un objectif de valeur constitutionnelle, ne pourrait être abrogée sans que soient accordées des garanties équivalentes »³³⁸. Sans faire de tautologie inutile, le développement de ces critères d'exercice du pouvoir législatif fait transparaître deux catégories de concepts normatifs. Le régime de concrétisation effective des droits et libertés constitutionnellement garantis résulterait de l'imbrication successive de ces deux valeurs normatives dans un mouvement en diptyque d'« application/vérification », « application » de l'objectif, puis « vérification » des garanties. Cette complexité apparente ne comporte-t-elle pas, en elle-même, le risque d'une dilution de la normativité constitutionnelle ?

La concrétisation évoquée ci-dessus émerge entre une catégorie formellement érigée dans sa dénomination au rang constitutionnel, qui recèle une « notion inhabituelle en droit constitutionnel classique »³³⁹, empreinte de la figure de la conciliation³⁴⁰ entre les normes constitutionnelles et « l'articulation entre des buts posés au niveau constitutionnel et des moyens définis au niveau législatif »³⁴¹, dont la source réside dans « la consécration prétorienne (...) [permettant] de matérialiser des intérêts collectifs qu'il incombe au législateur de satisfaire »³⁴² ; et, d'autre part, une structure conceptuelle dont la composition du syntagme pose « la question de l'intégration de dispositions législatives au sein des normes de référence du contrôle de constitutionnalité »³⁴³.

En fait, comme le souligne Grégory Mollion, « la spécificité de cette jurisprudence réside donc dans la relation établie entre le législateur et la Constitution. Alors que le contrôle de constitutionnalité des lois a eu pour effet de réduire le rôle du législateur parallèlement à la remise en cause du légicentrisme, le Conseil constitutionnel contribue paradoxalement à renouveler et à enrichir les fonctions du Parlement par le contrôle des garanties légales. Par les garanties légales des exigences constitutionnelles, une disposition législative a pour

³³⁷ CC, n° 2010-605 DC, 12/05/2010, publ. *JO*, 13/05/2010, p. 8897, cons. 23.

³³⁸ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, op. cit., n° 28, p. 465.

³³⁹ A. LEVADE, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », op. cit., p. 689.

³⁴⁰ cf. G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 283 et s., spéc. 291.

³⁴¹ B. FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », op. cit., p. 50.

³⁴² A. LEVADE, op. cit., p. 701.

³⁴³ Voir : A. ROBLLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, op. cit., p. 183 et s.

fonction, non plus seulement de se conformer à la loi fondamentale, mais aussi de la servir en tant qu'*instrument* de garantie et d'effectivité »³⁴⁴.

Cette « démarche "fonctionnaliste" »³⁴⁵ qualifie les traits d'une *modernité* des concepts du droit constitutionnel normatif. « Constitutives à la fois d'une catégorie jurisprudentielle et d'une technique juridictionnelle, les garanties légales des exigences constitutionnelles étoffent la palette des instruments dont dispose le Conseil constitutionnel. En tant que catégorie jurisprudentielle, les garanties légales lui permettent d'assurer la protection des droits et libertés sans avoir besoin pour autant de dégager un principe de valeur constitutionnelle »³⁴⁶.

Par exemple, sur une loi portant réforme du régime juridique de la presse, en considérant « qu'il était loisible au législateur, comme il a été dit plus haut, d'adopter, dans la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, des modalités de réalisation de l'objectif de transparence financière différentes de celles figurant dans les textes antérieurs abrogés par ladite loi (...), *le fait que les dispositions nouvelles soient moins rigoureuses que les dispositions présentement en vigueur ne saurait par lui-même être constitutif d'un grief d'inconstitutionnalité* »³⁴⁷. C'est plus un effet « seuil » ou « plancher » qui est recherché, que celui d'un « cliquet » ou d'une « trappe » qui arriverait à bloquer le retour en arrière « s'agissant d'une liberté fondamentale » pour laquelle « la loi ne [pourrait] en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »³⁴⁸, statut qu'acquerrait nécessairement le dispositif législatif antérieur par rapport à la loi sous l'angle de la conséquence juridique d'une telle conception, en rapprochement de ce que « les droits et libertés substantiellement identifiés par les constitutions s'analysent en principes et non en objectifs ; en tant que tels, ils constituent autant de limites à l'intervention de l'Etat qui doit veiller à leur préservation »³⁴⁹.

La construction relève d'une autre logique. Dans la décision précitée de 1986, le juge établit que « qu'en l'état de leur rédaction, les dispositions de l'article 11 » de la loi portant réforme du régime juridique de la presse ne sont pas conformes à la Constitution. En l'espèce, « loin d'aménager, comme pouvait le faire le législateur, les modalités de protection du pluralisme de la presse et, plus généralement, des moyens de communication dont la presse est une composante », les dispositions en cause « ne permettent pas de lui assurer un caractère

³⁴⁴ G. MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », op. cit., p. 261.

³⁴⁵ A. LEVADE, op. cit., p. 691.

³⁴⁶ A. VIDAL-NAQUET, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 523.

³⁴⁷ CC, n° 86-210 DC, 29/07/1986, *Rec.* 114, cons. 17.

³⁴⁸ A partir de : CC, n° 84-181 DC, 11/10/1984, *Rec.* 78, cons. 37.

³⁴⁹ A. LEVADE, op. cit., p. 689.

effectif ; qu'elles ont même pour effet, *par leur combinaison avec l'abrogation de la législation antérieure*, de priver de protection légale un principe de valeur constitutionnelle »³⁵⁰. C'est-à-dire que le Conseil « ne procède pas () à une confrontation directe » entre les deux textes législatifs. « Le juge constitutionnel se contente de vérifier que l'adoption de nouvelles dispositions législatives, se substituant à des garanties légales antérieures ou les modifiant, ne risque pas de compromettre la réalisation effective d'un principe ou d'un droit de valeur constitutionnelle. En ce sens, la seule norme à laquelle le juge confronte la loi contrôlée est la disposition constitutionnelle mise en œuvre grâce à l'intervention du législateur »³⁵¹. Le critère de constitutionnalité à l'appui de « l'objectif » est celui de la « garantie légale ».

Le professeur Vidal-Naquet met au jour une « stratégie » qui « repose sur un souci de légitimité, qui incite le juge à ne pas multiplier des principes constitutionnels jurisprudentiels ne disposant pas d'un ancrage explicite. Le recours à cette catégorie juridique pallie ainsi les incomplétudes du patrimoine des normes constitutionnelles, tout en accordant une *protection médiate* aux droits et libertés »³⁵², en prise avec une contrainte relationnelle corollaire d'un rapport de constitutionnalité interprété et conçu plus en termes de mise en « conformité » que de stricte validité. La chose semble désormais bien acquise et bien installé dans le « système » compréhensif. Mais il apparaît vite à la « pré-compréhension » du sujet connaissant, notamment au vu de la dernière considération, qu'il faudra comprendre *ce que* le juge médiatise, réfléchit, voire représente par l'acte de signification. Le professeur Levaade peut estimer ainsi que « sans franchir le cap d'un contrôle de l'opportunité que [les juges] s'interdisent, l'énoncé des objectifs poursuivis [par le législateur] permet de rendre compte au peuple souverain d'une action légitime »³⁵³. Le caractère vérifiable – lié à la possibilité d'un caractère systématique – d'une telle conclusion se heurte à ce stade de la recherche à l'incomplétude de l'appréhension du « champ normatif » auquel se rapporte l'idée d'un principe de constitutionnalité « *a priori* ».

³⁵⁰ CC, n° 86-210 DC, préc., cons. 23.

³⁵¹ A. ROBLOT-TROIZIER, op. cit., p. 185.

³⁵² A. VIDAL-NAQUET, op. cit., p. 523.

³⁵³ A. LEVADE, op. cit., p. 691.

Chap. 2 : Le juge constitutionnel et les rapports de systèmes (1^{ère} approche du point de vue des actes)

La compétence dite « *a priori* » du juge constitutionnel porte aussi sur l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne. La source de cet office de constitutionnalité réside à l'article 54 du texte de la « Constitution du 4 octobre 1958 », rédigé de façon différente que la disposition dans laquelle le juge trouve la base de sa compétence concernant les lois. Ainsi, « si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution ».

La rédaction différente de la source formelle de compétence implique presque nécessairement une logique de contrôle différente. Certains auteurs estiment que « le rapport entre la norme internationale et la norme constitutionnelle est inversé par rapport à celui du contrôle de constitutionnalité de la loi », puisque « dans la procédure de l'article 54 (...), la Constitution doit céder le pas à l'engagement international en cas d'incompatibilité »³⁵⁴. Nous ne sommes pas pleinement en accord avec cette proposition. Il s'avère plutôt que la mise en œuvre de ce contrôle peut sensiblement « [compliquer] la réalisation [de « l'engagement international en cause »] en la subordonnant à une révision constitutionnelle »³⁵⁵, la révision apparaissant « comme un véritable verrou [du fait des] difficultés de sa mise en œuvre »³⁵⁶.

Nous parlerons donc, par rapport au contrôle de constitutionnalité des lois, de logique du raisonnable inversée. Le raisonnable n'est plus destiné principalement au juge constitutionnel lui-même, mais va pouvoir se déployer par le biais du contrôle de constitutionnalité d'un acte juridique (I) sur des choix de politique internationale (II), liés à l'exercice de prérogatives s'exerçant au nom de la souveraineté extérieure de l'Etat qui peuvent néanmoins avoir des répercussions sur l'exercice des compétences de souveraineté intérieure.

³⁵⁴ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 501.

³⁵⁵ F. LUCHAIRE, « Article 54 », in F. LUCHAIRE, G. CONAC, X. PRETOT (dir.), *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, 3^{ème} éd., Economica, 2009, p. 1354.

³⁵⁶ J. RIDEAU, « Constitution et droit international dans les Etats membres des Communautés européennes. Réflexions générales et situation française », *RFDC*, n° 2, 1990, p. 267.

I. Du contentieux constitutionnel de « l'engagement international »

En réalité, l'article 54 ne constitue pas le seul cadre de déclenchement du contentieux constitutionnel de l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique national. Le contrôle du juge constitutionnel peut aussi intervenir « par ricochet » sur la base de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution. En effet, la ratification de certains textes internationaux intervient sous la forme d'une loi, l'article 53 de la loi fondamentale imposant même cette forme législative pour certaines catégories de traités définies par ledit article. Avant sa promulgation, la loi de ratification, comme tout acte législatif, peut donc se voir soumis à l'examen du Conseil constitutionnel. Mais cette loi n'ayant pour objet que la seule ratification, « une telle demande doit s'entendre comme concernant (...) par voie de conséquence, l'examen de la convention »³⁵⁷ ou de l'engagement international en cause.

Néanmoins, il faut également relever que « le contrôle des engagements internationaux par la voie de l'article 61 risque cependant de perdre de l'intérêt depuis la modification [par la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992] de l'article 54 permettant à soixante députés ou soixante sénateurs de les soumettre au contrôle du Conseil avant leur ratification »³⁵⁸. En outre, dans la limite de la compétence du Conseil constitutionnel dans le champ de l'article 61, le contrôle de constitutionnalité envisagé ne peut porter sur une loi de ratification adoptée par le peuple convoqué lors d'un référendum³⁵⁹ comme le prévoit éventuellement l'article 11 de notre texte constitutionnel.

Sur ces bases, le juge constitutionnel a développé un contentieux de constitutionnalité spécifique, que ce soit sur l'acte pouvant faire l'objet d'une saisine (§ 1) et surtout, sur la signification que revêt le principe de constitutionnalité (§ 2) en ce domaine.

§ 1 – L'objet du contrôle

Le principe paraît relativement simple, à la lecture de la source formelle de compétence du juge constitutionnel : son office est amené à s'exercer sur un « engagement international » (A), en passe d'être ratifié ou approuvé (B).

³⁵⁷ CC, n° 80-116 DC, 17/07/1980, *Rec.* 36, cons. 1 ; implicite : n° 76-71 DC, 30/12/1976, *Rec.* 15, cons. 4 ; n° 88-247 DC, 17/01/1989, *Rec.* 15, cons. 1.

³⁵⁸ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 203.

³⁵⁹ CC, n° 92-313 DC, 23/09/1992, *Rec.* 94.

A) Un acte signifiant un « engagement international »

La simplicité *a priori* du cadre de contrôle décrit ci-dessus se heurte à l'indétermination du concept d'« engagement international » mentionnée à l'article 54 de la Constitution. Si l'intitulé du titre VI du texte fondamental oriente la signification de « l'engagement international » vers les notions de « traité » et d'« accord international » (1), la logique dualiste qui sous-tend l'insertion de la disposition susvisée dans le corps du texte de la Constitution du 4 octobre 1958 a amené le juge constitutionnel à interpréter de façon relativement étendue le champ de sa propre compétence en la matière (2).

1. Le traité, l'engagement international par excellence

En réalité, il apparaît que les différentes notions « d'engagement international », de « traité » et « d'accord international » peuvent être considérées et employées de façon synonyme. La Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969³⁶⁰ stipule que « l'expression "traité" s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière » (article 2, §1.a).

Même s'il ne peut faire référence à cette disposition, le juge constitutionnel semble s'être inscrit sur la voie d'un déploiement de son office dans un champ aussi large pour définir « l'engagement international » que celui de la notion de « traité » au sens de la Convention précitée.

Le contrôle prévu à l'article 54 de la Constitution porte sur l'engagement en forme écrite, et surtout, porte sur « l'instrument unique » ou l'ensemble des « instruments connexes », c'est-à-dire sur tout ce qui constitue « l'engagement » au nom de la République française dans la relation bi- ou multilatérale qui résultera de l'application du « traité » au sens strict ou de « l'accord » en cause. Ainsi, pour définir le « contenu de l'engagement international » résultant de la signature à Maastricht le 7 février 1992 du « traité sur l'Union européenne »³⁶¹, le Conseil constitutionnel mentionne « trois séries d'éléments » : les « articles » du Traité en tant que tels, en tout dix-sept « protocoles » annexés au Traité et

³⁶⁰ Il s'avère que la France n'est pas signataire de ce texte adopté dans le cadre de l'ordre juridique des Nations Unies (*Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331). Mais il s'agit, de par son objet, d'une référence interprétative indispensable en droit international public.

³⁶¹ CC, n° 92-308 DC, 09/04/1992, *Rec.* 55, cons. 1 à 4.

enfin, « un ensemble de trente-trois déclarations » adoptées par les « Hautes Parties Contractantes », « au moment de signer les textes susmentionnés ». Il en a été de même pour « l'engagement international » que contenait « le traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes, signé le 2 octobre 1997 »³⁶² ; et pour les « onze protocoles » et « l'annexe » au « traité modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne »³⁶³ le 13 décembre 2007 et soumis le même jour à l'examen du juge constitutionnel par une saisine du Président de la République.

Cette récurrence thématique ébauchée ci-dessus fait observer à certains auteurs que « destinée à s'appliquer potentiellement à tous les engagements internationaux en voie de conclusion signés par la France, la procédure de l'article 54 de la Constitution ne touche en réalité que ceux de ces engagements qui apparaissent d'une certaine importance et parmi ceux-ci, la pratique a montré que sont particulièrement affectés »³⁶⁴ les traités concernant les organisations européennes, communautaires³⁶⁵ et Conseil de l'Europe³⁶⁶.

Il été tentant de lier le champ de la compétence du juge constitutionnel concernant les engagements internationaux au domaine de la loi de ratification obligatoire prévu par l'article 53 de notre loi fondamentale qui renvoie aux « traités de paix », « traités de commerce », « traités ou accords relatifs à l'organisation internationale », « ceux qui engagent les finances de l'Etat », « ceux qui modifient des dispositions de nature législative », « ceux qui sont relatifs à l'état des personnes » et enfin, « ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire ».

Ce type d'interprétation paraît provenir d'un constat du même ordre que celui estimant qu'« à l'exception peut-être des traités d'alliance, tous les engagements internationaux importants correspondent à l'une au moins de ces rubriques et ne peuvent donc être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi »³⁶⁷. En outre, il semblerait que « la lettre de l'article 54 lie étroitement la notion d'engagement international à l'exigence d'une ratification ou d'une

³⁶² CC, n° 97-394 DC, 31/12/1997, *Rec.* 344 (voir particulièrement la notion d'« actes connexes » employée dans l'intitulé même du Traité).

³⁶³ CC, n° 2007-560 DC, 20/12/2007, *Rec.* 459, cons. 2 et 10.

³⁶⁴ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, op. cit., n° 44, p. 756.

³⁶⁵ CC, n° 70-39 DC, 19/06/1970, *Rec.* 15 ; n° 76-71 DC, 30/12/1976, *Rec.* 15 ; n° 92-308 DC, 09/04/1992, préc. ; n° 92-312 DC, 02/09/1992, *Rec.* 76 ; n° 97-394 DC, préc., n° 2004-505 DC, 19/11/2004, *Rec.* 173 ; n° 2007-560 DC, préc.

³⁶⁶ CC, n° 85-188 DC, 22/05/1985, *Rec.* 15 ; n° 99-412 DC, 15/06/1999, *Rec.* 71 ; n° 2005-524/525 DC, 13/10/2005, *Rec.* 142.

³⁶⁷ F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 30^{ème} éd., LGDJ, 2007, p. 750 (note de bas de page).

approbation »³⁶⁸. Par extension, « l'hypothèse » formulée est que « les textes de 1958 lient l'intervention juridictionnelle à l'intervention parlementaire de sorte que les engagements internationaux qui sont soustraits à toute approbation parlementaire, le sont par voie de conséquence, à toute vérification de constitutionnalité »³⁶⁹.

Toutefois, il est possible de rappeler « que l'article 54 ne reprend pas les termes "traités et accords" de l'article 53 mais se réfère à la notion plus large d'"engagement international" », mais surtout, en s'appuyant sur le droit positif et la décision n° 116 DC du 17 juillet 1980, « que le contrôle porte sur la conformité à la Constitution des clauses de l'engagement international et non sur l'éventuelle loi de ratification ». Il faut donc véritablement dissocier l'article 54 de l'article 53 et il ne fait pas de doute que « le Conseil paraît avoir fait droit à cette seconde interprétation »^{370 371} et ce d'autant plus, que la saisine étant facultative, il lui fallait optimiser en quelque sorte le sens du concept d'« engagement international en cause » parce qu'il lui « incombe (...) comme dans tous les cas de cette nature, de déclarer si les engagements internationaux, soumis à son examen, en application de l'article 54, contiennent ou non des clauses contraires à la Constitution »³⁷².

2. Un concept entendu au sens large

Le juge constitutionnel a ainsi admis qu'il était compétent pour accueillir la saisine, sur la base de l'article 54 de la Constitution, dont faisait l'objet la « décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct », considérant que cet « acte » qui fixe le principe de l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct ainsi que « certaines conditions de cette élection » constitue un « engagement international »³⁷³. Dans la décision du Conseil constitutionnel, il faut bien reconnaître le caractère assez succinct de la motivation sur ce point, de l'ordre plus de l'affirmation que de la moindre justification ou persuasion sur le plan rhétorique. « Est-ce

³⁶⁸ C. BLUMANN, « L'article 54 de la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité des traités en France », *RGDIP*, 1978, p. 555.

³⁶⁹ G. BERLIA, « Le juge et la politique étrangère », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, LGDJ, 1974, t. I, p. 143.

³⁷⁰ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 205.

³⁷¹ Pour une approche originale : F. LUCHAIRE, « Le contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux et ses conséquences relatives à la communauté européenne », *RTDE*, 1979, pp. 406-407 (« le traité contraire à la Constitution modifie par là-même une loi qui est tout simplement la loi constitutionnelle. Il entre donc dans la catégorie des traités ou accords "qui modifient les dispositions de nature législative" et à ce titre il ne peut être ratifié ou approuvé qu'en vertu d'une loi (...) sous la forme » d'une révision constitutionnelle).

³⁷² CC, n° 70-39 DC, 19/06/1970, cons. 1.

³⁷³ CC, n° 76-71 DC, 30/12/1976, *Rec.* 15, cons. 7.

simplement parce que la décision était un engagement relatif à l'organisation internationale et que le Gouvernement était donc tenu de le soumettre au Parlement ou bien est-ce parce que la décision a été prise à l'unanimité par le Conseil des Communautés européennes et qu'elle présente de ce fait un certain caractère contractuel ou encore parce que le Gouvernement avait spontanément demandé au Parlement de lui donner son approbation ? Le commentateur est condamné à faire des hypothèses »³⁷⁴.

Il est à relever que le juge constitutionnel avait déjà adopté une solution du même ordre concernant une « décision du Conseil des Communautés européennes (...) relative au remplacement des contributions financières des Etats membres par des ressources propres aux Communautés ». La publication récente d'extraits du procès-verbal de la délibération de cette décision du 19 juin 1970 dite *Ressources propres des Communautés européennes* permet de vérifier qu'au sein de l'institution, la « décision » communautaire du 21 avril 1970 est considérée comme « un acte réglementaire interne à la Communauté qui ne présente un caractère diplomatique que parce qu'elle est issue du Conseil de la Communauté qui est un organisme diplomatique »³⁷⁵. Dans la motivation de la décision juridictionnelle, il est déclaré qu'elle constitue dès lors « une mesure d'application des dispositions »³⁷⁶ des traités CE et CEEA, en particulier de l'ancien « article 201³⁷⁷ du traité instituant la Communauté économique européenne »

En d'autres termes, sur le plan formel, ce type de décisions de l'organe communément appelé « Conseil des ministres » parmi les instances communautaires est un acte rangé parmi la catégorie des actes dit de « droit communautaire dérivé » qui, en tant que tels, s'avèrent injusticiables devant le juge constitutionnel. Mais le raisonnement tenu ici n'est pas seulement formel mais plutôt d'ordre matériel. Dans la décision n° 70-39 DC *Ressources propres des Communautés européennes*, la référence dans la source communautaire primaire aux « règles constitutionnelles respectives » des Etats membres permet au Conseil constitutionnel de ne pas seulement s'en tenir à l'acte et d'apprécier le contenu des « dispositions prévues par ladite

³⁷⁴ M. FROMONT, « Le Conseil constitutionnel et les engagements internationaux de la France », in *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte. Festschrift für Hermann Mosler*, Springer-Verlag, 1983, p. 225.

³⁷⁵ B. MATHIEU et al., *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1983*, Dalloz, 2009, n° 16, p. 200 (intervention de M. CHATENET, rapporteur en l'espèce).

³⁷⁶ CC, n° 70-39 DC, 19/06/1970, cons. 6.

³⁷⁷ Art. 311 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne actuellement en vigueur, en son alinéa 3 : « Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, arrête les dispositions relatives au système des ressources propres de la Communauté dont il recommande l'adoption par les Etats membres, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ».

décision qui, sur certains points, porte sur des matières de nature législative telles qu'elles sont définies à l'article 34 de la Constitution » et de pouvoir rattacher « l'adoption » dans l'ordre juridique interne desdites « dispositions » à « l'intervention d'une loi », soit une mise en conformité (l'adverbe « conformément » est employé dans le considérant³⁷⁸ analysé dans ces développements) aux exigences prévues à l'article 53 du texte fondamental et les dispositions constitutionnelles relatives aux « traités et accords internationaux ».

Sur la décision relative à l'élection au suffrage universel du Parlement européen, le raisonnement s'intéresse aussi au contenu des dispositions de l'acte, mais de façon un peu différente, pour donner en quelque sorte un avis sur la forme choisie pour consacrer le nouveau principe relatif à l'élection des membres de l'institution communautaire en question. La forme choisie semble s'expliquer et se justifier dans l'esprit du juge constitutionnel par le fait que, si le mode d'élection de ladite assemblée change, « l'acte soumis à l'examen du Conseil constitutionnel ne contient aucune disposition ayant pour objet de modifier les compétences et pouvoirs limitativement attribués dans le texte des traités aux communautés européennes et, en particulier, à leur Assemblée par les Etats membres ou de modifier la nature de cette Assemblée qui demeure composée de représentants de chacun des peuples de ces Etats »³⁷⁹. Il ajoute tout de même, dans le considérant suivant le constat effectué cité précédemment, que tout changement dans cet équilibre, « toutes transformations ou dérogations ne pourraient résulter que d'une nouvelle modification des traités, susceptible de donner lieu à l'application tant des articles figurant au titre VI que de l'article 61 de la Constitution »³⁸⁰ ; mais, en réalité, il est possible de lire en filigrane que la modification du mode de désignation de l'Assemblée européenne ne pouvait, par son objet même et selon un principe de parallélisme des formes, résulter que d'une modification des traités institutifs d'une « organisation internationale » pour reprendre les termes de l'article 53 de la Constitution auquel d'ailleurs le juge ne fait pas référence dans sa décision du 30 décembre 1976. Si ladite « transformation » semble prendre une forme *ad hoc* sur laquelle il ne revient pas au juge constitutionnel de se prononcer sur sa validité, matériellement, la « décision du conseil des communautés européennes » ne peut échapper à son office.

³⁷⁸ CC, n° 70-39 DC, cons. 6.

³⁷⁹ CC, n° 76-71 DC, 30/12/1976, cons. 3

³⁸⁰ Même décision, cons. 4.

La juridiction constitutionnelle interprète donc sa propre compétence de façon large, en fonction d'une part du nombre limité de saisines qu'il a eu à connaître et qui l'ont donc amené en quelque sorte à optimiser l'étendue de sa prérogative, sur la base de la signification du concept « d'engagement international ». Celui-ci représente plus un contenu qu'une forme, même si l'intitulé « traité » ou « accord » peut apparaître comme un élément commode pour le juge dans le déploiement de cette compétence créée par l'article 54 du texte constitutionnel et pouvant s'appliquer par le biais du contrôle de constitutionnalité abstrait et *a priori* des lois. A ce titre, l'appréciation de l'objet de « l'engagement international en cause » qui justifie la compétence du Conseil constitutionnel trouve un fondement textuel utile le cas échéant, mais non nécessaire, dans l'énumération des catégories de traités « qui ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi » ; ce qui confère à la fois un caractère suffisamment large mais aussi solennel au contrôle du juge constitutionnel en la matière.

B) Les conditions d'appréciation de l'engagement

L'intérêt est porté ici sur le caractère *a priori* du contrôle de la non-contrariété de clauses d'un engagement international, signé mais non encore définitivement approuvé ou ratifié dans l'ordre juridique national, avec les normes constitutionnelles en vigueur au moment où le juge constitutionnel est saisi.

Il nous apparaît que cette caractéristique est entendue dans le raisonnement juridictionnel d'une façon que nous qualifierons globalement de « stricte » (1), facteur d'autolimitation par le juge constitutionnel de son propre office. Le raisonnement opère successivement à deux niveaux, dans un aspect plutôt formel et un aspect matériel pour reprendre une distinction couramment employée, soit entre le moment où la saisine peut être déclarée recevable et la portée du contrôle du juge constitutionnel sur l'objet de cette saisine. L'hypothèse dès lors particulièrement considérée est celle d'un engagement international, prenons un « traité », qui « porte modification d'engagements internationaux antérieurement souscrits par la France et introduits dans son ordre juridique en vertu de l'effet conjugué de lois qui en ont autorisé la ratification et de leur publication »³⁸¹, en principe au Journal officiel de la République française « conformément à l'article 3 du décret n° 53-192 du 14 mars 1953 modifié ». Le cas échéant, lesdits engagements antérieurs ont été soumis en leur temps à l'examen du juge constitutionnel. Comment le juge envisage-t-il alors l'ampleur du contrôle qui portera sur le traité modificatif ?

³⁸¹ CC, n° 92-308 DC, 09/04/1992, cons. 6.

La meilleure illustration de l'hypothèse précédemment décrite réside sans conteste dans l'appréhension par le Conseil constitutionnel de la construction des Communautés puis de l'Union européenne au fil des traités et du développement du critère de « l'acquis communautaire » (2) comme limite à son office juridictionnel et par là, aux conséquences et à la portée éventuelle d'une saisine en la matière.

1. Un contrôle strictement *a priori*

Les dispositions constitutionnelles et organiques ne fournissent pas de dispositions précises quant au moment où la saisine du Conseil constitutionnel est recevable sur un engagement international en voie d'insertion dans l'ordre juridique interne. La juridiction constitutionnelle considère quant à elle qu'un traité ou tout autre type d'accord international peut lui être soumis « sur le fondement de l'article 54 de la Constitution dès lors qu'il a été signé au nom de la République française et avant que ne soit adopté, dans l'ordre juridique interne, le texte qui en autorise la ratification ou l'approbation »³⁸². Le champ est donc relativement vaste.

Ainsi, la saisine peut intervenir dès la signature de l'acte, soit éventuellement « le jour même »³⁸³ ; également, avant même et en dehors de tout projet ou dépôt sur le Bureau d'une assemblée d'un projet de loi de ratification ; mais aussi, après le dépôt d'un tel projet de loi visant à autoriser l'approbation ou la ratification de « l'engagement international en cause » et le cas échéant, avant la soumission dudit projet de loi au référendum prévu dans le cadre de l'article 11 de la Constitution. Il convient de rappeler également que le contrôle de la non-contrariété d'un engagement international avec la Constitution peut intervenir par ricochet entre le vote définitif par le Parlement d'une loi de ratification et la promulgation de cette loi, même si les dispositions de l'article 61, alinéa 2 du texte constitutionnel font formellement porter la saisine sur l'acte législatif.

L'hypothèse existe donc où le juge constitutionnel peut être saisi pas moins de trois fois sur le même engagement international, avant la fin du processus de ratification, comme ce fut le cas concernant le Traité sur l'Union européenne tel qu'il avait été signé à Maastricht le 7 février 1992 : deux fois successivement en vertu de l'article 54, puis, après une révision constitutionnelle, une autre saisine portant sur la loi de ratification. Cette dernière décision ne porte d'ailleurs pas vraiment sur les conditions de recevabilité d'un contrôle « à triple

³⁸² CC, n° 92-312 DC, 02/09/1992, *Rec.* 76, cons. 10.

³⁸³ CC, n° 2004-505 DC, 19/11/2004, *Rec.* 173 ; n° 2007-560 DC, 20/12/2007, *Rec.* 459.

détente »³⁸⁴ par le juge constitutionnel portant sur un traité ou un accord international mais plutôt sur l'incompétence de celui-ci à contrôler la constitutionnalité des actes législatifs adoptés par la voie du référendum.

La deuxième saisine dans le cadre de l'article 54 s'est avérée particulièrement intéressante en ce qu'elle a amené le juge constitutionnel à préciser certains aspects du contentieux constitutionnel de l'insertion des engagements internationaux, et de la conciliation entre le régime de saisine *a priori* et le respect de l'autorité de la chose pouvant être considérée comme déjà jugée dans les décisions antérieures du Conseil constitutionnel.

Cette saisine était doublement inédite. D'abord, c'est la première fois que le Conseil était saisi d'un traité international par un groupe de parlementaires, « soixante députés ou soixante sénateurs ». La réalisation de cette hypothèse est le fruit de l'adoption par le Parlement réuni en Congrès d'une loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, et son article 2 pour être précis. Mais l'objet de cette révision constitutionnelle était d'abord et avant tout l'ajout au texte constitutionnel d'un nouveau titre intitulé « Des Communautés européennes et de l'Union européenne », devant justement permettre la ratification du Traité sur l'Union européenne en levant les points de contrariété avec la Constitution alors en vigueur de « l'engagement international en cause » tels qu'ils avaient été mis en exergue par le Conseil constitutionnel « par une décision motivée rendue le 9 avril 1992 »³⁸⁵, saisi par le Président de la République en application de l'article 54 de la Constitution dans sa rédaction ancienne. C'est bien là le deuxième caractère inédit de cette saisine parlementaire, « recevable » à soumettre une nouvelle fois le traité « signé au nom de la République française le 7 février 1992 », le juge constatant « à la date » où il est en mesure de rendre sa deuxième décision, que « n'a pas été adoptée la loi qui en autorise la ratification »³⁸⁶.

Le raisonnement tenu procède de façon négative et restrictive, parce que la première décision susvisée rend nécessairement compte d'un contrôle entier effectué par la juridiction constitutionnelle, c'est-à-dire que le Conseil constitutionnel était saisi de l'ensemble du contenu constituant l'engagement international « signé au nom de la République française » et qu'il a nécessairement vérifié la contrariété éventuelle avec les normes et principes de valeur constitutionnelle de toutes les dispositions du traité en question.

D'un point de vue systémique, le juge constitutionnel ne peut se dédire, car il mettrait en péril sa recherche constante d'optimisation ou d'exploitation d'un rapport « Légitimité /

³⁸⁴ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, op. cit., n° 44, p. 756.

³⁸⁵ Des termes mêmes du Conseil, cf. CC, n° 92-312 DC, 02/09/1992, cons. 3 (*visa* : n° 92-308 DC, 09/04/1992).

³⁸⁶ CC, n° 92-312 DC, cons. 11.

Pouvoir »³⁸⁷ dont il est l'interprète authentique (pour reprendre un vocabulaire kelsénien) dans le déploiement de son office de constitutionnalité, qu'il porte sur des choix législatifs ou des choix de « politique étrangère » à l'encontre de laquelle la procédure dite « de l'article 54 » a pu apparaître comme n'ayant « d'autre but que de rendre plus lourde la procédure aboutissant à l'autorisation législative de ratifier (...) du fait des conditions d'ampleur particulières auxquelles doivent satisfaire les majorités parlementaires susceptibles d'emporter une révision de la constitution »³⁸⁸.

En outre, les décisions du juge constitutionnel bénéficient d'une autorité de principe puisque, conformément à l'article 62 de la Constitution, ses décisions « ne sont susceptibles d'aucun recours » et « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Il rappelle ainsi l'interprétation qui a été faite de ces dispositions, fondant une « autorité de la chose jugée »³⁸⁹ dans les décisions de constitutionnalité qui « s'attache non seulement [au dispositif « des décisions visées »] mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même »³⁹⁰.

Dès lors, au regard de ces éléments conditionnant le raisonnement, le principe de contrôle « à double détente »³⁹¹ sur un engagement international signé mais non encore ratifié s'impose de façon relativement logique, le juge considérant ainsi que « lorsque le Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 54 de la Constitution, a décidé que l'autorisation de ratifier en vertu d'une loi un engagement international est subordonnée à une révision constitutionnelle, la procédure de contrôle de contrariété à la Constitution de cet engagement, instituée par l'article précité, ne peut être à nouveau mise en œuvre, sauf à méconnaître l'autorité qui s'attache à la décision du Conseil constitutionnel conformément à l'article 62 »³⁹². Cependant, la volonté affirmée de conclure et d'appliquer « l'engagement international en cause » conduit parfois « les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République » qui en tant que tels, « peuvent être regardés comme

³⁸⁷ Pour reprendre L. HABIB, cf. « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », op. cit., p. 711.

³⁸⁸ G. BERLIA, « Le juge et la politique étrangère », in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, op. cit., p. 148 ; voir aussi : C. BLUMANN, « L'article 54 de la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité des traités en France », op. cit. : où « le mécanisme de l'article 54 » apparaît également comme « un alourdissement de la procédure de conclusion des accords internationaux » (p. 544).

³⁸⁹ CC, n° 88-244 DC, 20/07/1988, *Rec.* 119, cons. 18 ; cf. n° 92-312 DC, cons. 12.

³⁹⁰ CC, n° 62-18 L, 16/01/1982, *Rec.* 31, cons. 1 ; cf. n° 92-312 DC, cons. 4.

³⁹¹ Envisagée ici selon la signification suivante : après une première décision reconnaissant la contrariété d'au moins une clause d'un engagement international ; la deuxième saisine portant sur le même engagement.

³⁹² CC, n° 92-312 DC, 02/09/1992, cons. 5.

participant à l'exercice de» la souveraineté nationale³⁹³, à finaliser une révision constitutionnelle. Il y donc éventuellement un champ possible à une éventuelle seconde saisine, strictement limité à ces modifications ou insertions de nouvelles dispositions constitutionnelles devant normalement permettre la compatibilité entre l'ordre constitutionnel et l'ordre inter- ou supranational. « Deux hypothèses » simples, déduites de ces principes, ont été envisagées, « d'une part, s'il apparaît que la Constitution, une fois révisée, demeure contraire à une ou plusieurs stipulations du traité ; d'autre part, s'il est inséré dans la Constitution une disposition nouvelle qui a pour effet de créer une incompatibilité avec une ou des stipulations du traité dont s'agit »³⁹⁴.

2. Illustration de la portée d'une saisine ou ampleur du contrôle : l'acquis communautaire

Dans la décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992 dite « Maastricht I », « sur le fait que le traité sur l'Union européenne modifie des engagements internationaux antérieurs », le juge constitutionnel semble répondre à la lettre de saisine du Président de la République, du 11 mars 1992, dans laquelle l'autorité présidentielle demande au Conseil constitutionnel d'apprécier si « l'autorisation de ratifier le traité doit être précédée d'une révision de la Constitution » et de le faire « compte tenu des engagements souscrits par la France »³⁹⁵. Il convient de relever que le juge reprend cette invite dans les considérants de sa décision et en conclut, sur l'étendue de sa propre compétence, qu'il lui appartient, « saisi, au titre de la procédure instituée par l'article 54 de la Constitution, d'un traité qui modifie ou complète un ou plusieurs engagements internationaux déjà introduits dans l'ordre juridique interne de déterminer la portée du traité soumis à son examen en fonction des engagements internationaux que ce traité a pour objet de modifier ou compléter »³⁹⁶.

Il y avait quelques doutes sur la signification de ce considérant, empreint d'« obscure clarté » pour reprendre une formule du professeur Champeil-Desplats. Par la formulation précédente, le Conseil paraît aller dans le sens de la confirmation d'une solution

³⁹³ Cf. CC, n° 76-71 DC, 30/12/1976, cons. 6 ; voir aussi de façon plus implicite : CC, n° 92-308 DC, 09/04/1992, cons. 21 à 27 (sur « la reconnaissance du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales » des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne) et cons. 28 à 35 (« en ce qui concerne la reconnaissance du droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen »).

³⁹⁴ CC, n° 92-312 DC, cons. 5.

³⁹⁵ Publication : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1992/92-308-dc/president-de-la-republique.45098.html>

³⁹⁶ CC, n° 92-308 DC, 09/04/1992, cons. 8.

jurisprudentielle développé dès la décision n° 70-39 DC et consolidée, même de façon implicite dans celle du 30 décembre 1976 à propos de l'acte portant modification du mode d'élection des membres du Parlement européen. Certains auteurs parlent de la consécration d'une théorie de « l'immunité constitutionnelle de l'acquis communautaire »³⁹⁷.

Ainsi, le juge s'est fait l'obligation d'expliquer que le « traité de Paris du 18 avril 1951, instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier » ainsi que les « traités de Rome du 25 mars 1957 instituant respectivement la Communauté économique européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique (...) ont été régulièrement ratifiés et publiés³⁹⁸ et sont, dès lors, entrés dans le champ d'application de l'article 55³⁹⁹ de la Constitution »⁴⁰⁰. Il est souligné que « cela signifie d'abord qu'ils ont bien une autorité supérieure à celle des lois, mais surtout que le Conseil considère bien que, dès lors que les traités ont été régulièrement introduits dans l'ordre interne, ils ne sauraient faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité »⁴⁰¹. Cela rappelle également que les termes de l'article 54 de la Constitution privilégie de façon relativement stricte la technique du contrôle *a priori* qui « caractérise d'ailleurs l'ensemble de notre système de contrôle juridictionnel des actes fondamentaux par le Conseil constitutionnel »⁴⁰².

Au moment où le juge rend sa décision relative au traité dit « de Maastricht », en vertu du caractère facultatif du déclenchement du contentieux constitutionnel portant sur les engagements internationaux, les traités communautaires ratifiés ou approuvés depuis 1958⁴⁰³ ont fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel (comme les traités de Luxembourg signés le 22 avril 1970) ou n'ont pas été soumis à l'examen du juge constitutionnel (comme l'Acte Unique Européen signé en 1986). Pour définitivement les mettre à l'abri de tout reproche d'ordre constitutionnel, le raisonnement juridictionnel s'appuie sur un fondement inédit. Référence est faite au « quatorzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution de 1958 »⁴⁰⁴ selon lequel « la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ».

³⁹⁷ Voir : G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 9^{ème} édition, Sirey, 2006, p. 293 ; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} édition, PUF, 2001, pp. 452-455.

³⁹⁸ Voir : CE, 03/03/1961, *André, Rec.* 154 ; cf. *RGDIP*, 1961, p. 426.

³⁹⁹ « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

⁴⁰⁰ CC, n° 70-39 DC, 19/06/1970, cons. 5.

⁴⁰¹ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 441.

⁴⁰² P. GAÏA, *Le conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne. Contribution à l'étude des articles 53 et 54 de la Constitution*, Economica – PUAM, 1991, p. 73.

⁴⁰³ Voir les visas de la décision n° 92-308 DC.

⁴⁰⁴ CC, n° 92-308 DC, préc., cons. 7 ; constant depuis : CC, n° 97-394 DC, 31/12/1997, cons. 3 ; n° 2004-505 DC, 19/11/2004, cons. 3 ; n° 2007-560 DC, 20/12/2007, cons. 5.

La décision *Maastricht I* met particulièrement en exergue « la règle *Pacta sunt servanda* qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi », dans une signification similaire (mot pour mot) à celle mise à l'écrit dans l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, texte ne figurant pas dans les références explicites parce que la France n'en est même pas signataire.

Tout ceci conforterait donc la thèse de la présomption de constitutionnalité de l'acquis communautaire et plus globalement, le principe du « rejet du contrôle *a posteriori* d'un traité à l'occasion du contrôle *a priori* d'un engagement international subséquent »⁴⁰⁵. Cependant, à bien le relire, le considérant 8 de la décision *Maastricht I* laisse planer certaines équivoques. Le juge constitutionnel estime, rappelons-le, qu'il lui appartient de « déterminer la portée du traité soumis à son examen en fonction des engagements internationaux que ce traité a pour objet de modifier ou compléter ». Ne s'offre-t-il pas, par cette détermination, une possibilité de réévaluer la constitutionnalité de certains aspects de l'engagement communautaire de la France composé de normes et d'éventuels principes issus de traités dont il n'a pas été saisi, comme ce fut le cas par exemple pour l'Acte Unique au moment du processus de ratification du traité sur l'Union européenne ?

Cette interrogation s'alimentait de la jurisprudence même du Conseil constitutionnel, au sein de l'ensemble des décisions pouvant être rattachées au système de contrôle *a priori* « des actes fondamentaux ». Le professeur Joël Rideau relevait que « dans le cadre de la procédure de l'article 54, (...) [un « type de situation » de confrontation normative], rencontré en 1970 pour les ressources propres, et en 1976 pour l'élection du Parlement européen, pose, en effet, le problème du contrôle indirect, à travers son texte d'application, du traité international en vigueur »⁴⁰⁶, sachant qu'en outre « il serait en effet aisé pour le Conseil de s'affranchir du contrôle *a priori* en procédant en la matière comme il le fait pour la loi déjà promulguée »⁴⁰⁷. En effet, la « régularité au regard de la Constitution des termes » de celle-ci « peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine », cependant qu'il « saurait en être de même lorsqu'il s'agit de la simple mise en application d'une telle loi »⁴⁰⁸. Les termes de ce considérant font bien évidemment écho avec ceux employés dans celui qui nous intéresse particulièrement au sein de la motivation de la décision dite *Maastricht I*. Il est bien évoqué

⁴⁰⁵ G. BEQUAIN, *Le Conseil constitutionnel et l'application des engagements internationaux*, thèse (dact.), Bordeaux IV, 2002, p. 42 et s.

⁴⁰⁶ J. RIDEAU, « Constitution et droit international dans les Etats membres des Communautés européennes. Réflexions générales et situation française », op. cit., p. 273.

⁴⁰⁷ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, op. cit., n° 44, p. 758.

⁴⁰⁸ CC, n° 85-187 DC, 25/01/1985, *Rec.* 43, cons. 10.

une appréciation de la « portée du traité soumis » à l'examen du juge constitutionnel par rapport à d'autres traités déjà insérés dans l'ordre juridique interne.

En l'espèce, ce traité « a pour objet de modifier ou compléter » des engagements déjà en vigueur ; et viennent alors à l'esprit, par exemple, les termes du contrôle de « la décision du 21 avril 1970 relative au remplacement des contributions financières des Etats membres par des ressources propres aux Communautés » qui n'est reconnue comme n'ayant que le « caractère d'une mesure d'application [de] dispositions (...) des traités instituant les Communautés européennes »⁴⁰⁹ qui se réfèrent aux « règles constitutionnelles respectives » des Etats membres en vue de l'adoption des « dispositions relatives au système des ressources propres » aux Communautés. Mais qu'en aurait-il été si ladite « décision », reconnue comme revêtant la nature d'un engagement international, avait modifié ou complété le traité de Rome par exemple sans que celui-ci ne se réfère aux « règles constitutionnelles » de l'Etat membre dans la matière concernée ?

Cependant, il semble tout de même qu'il faille revenir à la décision du 9 avril 1992 dans son ensemble, et non pas sur le seul considérant 8 considéré de façon trop isolée, et de raisonner selon une certaine logique d'ensemble. Quel intérêt, en effet, de faire entrer la règle *Pacta sunt servanda* dans le champ du quatorzième alinéa du Préambule de 1946 si cela doit s'accompagner en même temps de l'ouverture d'une possibilité d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* d'engagements internationaux « régulièrement ratifiés ou approuvés » dans l'ordre juridique ? Selon M. Bruno Genevois, « tout au plus doit-on relever que la Haute Instance a pris soin de s'assurer, comme le font apparaître les visas de sa décision, que l'acquis provenant des traités antérieurs résultait d'engagements satisfaisant à la double exigence, posée par l'article 55, de ratification (ou d'approbation) et de publication »⁴¹⁰.

Il s'agit là plutôt d'une technique juridictionnelle, livrant une méthode interprétative destinée à appréhender « la portée des dispositions internationales nouvelles à l'aune des dispositions antérieures, pour ne contrôler que celles qui ne sont pas la reprise ou la conséquence des conventions anciennes »⁴¹¹.

⁴⁰⁹ CC, n° 70-39 DC, 19/06/1970, cons. 6.

⁴¹⁰ B. GENEVOIS, « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992 », *RFDA*, 1992, p. 373 et s. (source : base *Dalloz.fr*).

⁴¹¹ T. de BERRANGER, *Constitutions nationales et construction communautaire. Essai d'approche comparative sur certains aspects constitutionnels nationaux de l'intégration européenne*, LGDJ, 1995, p. 132.

D'ailleurs, concernant les traités communautaires, le Conseil prend désormais le soin de viser « le traité instituant la Communauté européenne », « le traité sur l'Union européenne » ainsi que « les autres engagements souscrits par la France et relatifs aux Communautés européennes et à l'Union européenne » ; et de préciser ensuite dans les motifs que sont « soustraites au contrôle de conformité à la Constitution celles des stipulations du traité qui reprennent des engagements antérieurement souscrits par la France »⁴¹² et qui ont pu, en outre, faire l'objet d'une saisine sur la base de l'article 54⁴¹³, éventuellement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution.

Ainsi, le juge constitutionnel est conduit « à recourir à la possibilité d'utiliser des motivations par référence »⁴¹⁴. Par exemple, dans sa décision n° 2007-560 DC portant sur le « Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne » signé le 13 décembre 2007, le Conseil relève ainsi que l'article 6 §1 du TUE, dans sa rédaction issue du nouveau traité, stipule que « l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, (...) laquelle a la même valeur juridique que les traités ». Ladite Charte n'est pas inconnue de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ce texte avait été repris et codifié dans la partie II du traité établissant une Constitution pour l'Europe en 2004, dont le Conseil avait eu à connaître suite à une saisine du Président de la République « le même jour » que celui de la signature de l'acte. Le juge constitutionnel peut donc se rendre compte que, « hormis les changements de numérotation, les stipulations de la Charte, à laquelle est reconnue la même valeur juridique que celle des traités, sont identiques à celles qui ont été examinées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 novembre 2004 » relative au TECE, traité qui d'ailleurs n'est jamais entré en vigueur, l'ensemble des instruments de ratification requis (dont celui de la France) n'ayant pu être réuni. Cependant, « pour les mêmes motifs que ceux énoncés par cette décision »⁴¹⁵, la Charte n'appelle de révision de la Constitution »⁴¹⁶.

⁴¹² CC, n° 2004-505 DC, 19/11/2004, cons. 8 ; n° 2007-560 DC, 20/12/2007, cons. 10.

⁴¹³ Par exemple, cf. CC, n° 97-394 DC, 31/12/1997, cons. 27 : « Considérant que, dans sa décision du 2 septembre 1992, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution, et notamment à son article 88-2, les stipulations de l'article 100 C du traité instituant la Communauté européenne relatives à la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à obligation de visa et relatives à l'instauration d'un modèle type de visa ; que l'autorité qui s'attache à la chose jugée par le Conseil constitutionnel s'oppose à ce que soient remises en cause les dispositions du troisième paragraphe de l'article 73 O qui se bornent à reprendre les règles de décision prévues par l'article 100 C précité ».

⁴¹⁴ M. GUILLAUME, « La Constitution et le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 (Cons. const., 20 décembre 2007) », *LPA*, n° 257-258, 25-26/12/2007, p. 13.

⁴¹⁵ CC, n° 2004-505 DC, 19/11/2004, cons. 14 à 22.

⁴¹⁶ CC, n° 2007-560 DC, 20/12/2007, cons. 12.

§ 2 – « Programme normatif » du contrôle et signification du principe de constitutionnalité

A l'issue de la décision du juge constitutionnel, la déclaration sur la nécessité d'une révision constitutionnelle préalable à l'autorisation définitive d'approuver ou de ratifier un engagement international naît de l'établissement de la contrariété entre une clause du traité ou de l'accord international avec une norme constitutionnelle « de référence » reconnue comme applicable par la juridiction constitutionnelle dans l'exercice de son office.

Dès la lecture de la source formelle de compétence, il ne fait guère de doute sur une différence quant à la portée du contrôle et la signification du principe de constitutionnalité entre le contrôle abstrait et *a priori* des lois et la procédure prévue pour les engagements internationaux, ne serait-ce que dans les termes employés dans les dispositions constitutionnelles correspondantes. L'article 61 du texte de la Constitution évoque en effet la « conformité » de l'acte législatif à la Constitution tandis que l'article 54 vise « la clause contraire [de] l'engagement international en cause ».

Il ne saurait être question ici d'épiloguer sur le fait de savoir si ce changement de vocable implique une distinction conceptuelle⁴¹⁷ sur le plan juridique entre la conformité et la contrariété ayant pour conséquence par exemple une différence de degré dans l'application du contrôle de constitutionnalité, ou s'il ne s'agit là que d'une « variation sémantique sans portée juridique véritable »⁴¹⁸, ce qui semble pour nous être le cas si l'intérêt de la réflexion est porté sur l'étendue et le caractère plus ou moins serré du contrôle.

En revanche, il paraît intéressant de concentrer le raisonnement sur l'acte contrôlé et les effets du contrôle.

Faisons au préalable une petite digression pour appréhender les deux termes sur un plan strictement linguistique et lexicographique. De ce point de vue, il est clair que la « conformité » et la « contrariété » apparaissent comme deux antonymes. La conformité porte en elle-même une idée d'accordement et le verbe « conformer » peut prendre une forme pronomiale en prenant le sens de « devenir conforme à » ou « se mettre en accord avec ». Il peut y avoir l'évocation d'une image hiérarchique par l'imposition d'une norme au sein d'une entité. En revanche, la contrariété est « l'opposition entre des choses contraires », difficiles à accorder parce que leur caractère contraire ne serait pas reconnu si elles ne présentaient pas la

⁴¹⁷ Voir : C. EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », in *EDCE*, n° 11, 1957, p. 30.

⁴¹⁸ G. VEDEL, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *RDP*, n° 1, 1989, p. 16.

« plus grande différence possible ». Le rapport entre les deux entités s'impose comme un rapport d'extériorité ou d'indépendance, à tel point qu'un niveau élevé de changement dans l'une ou l'autre entité confrontée ne serait conçu que comme rendant « compatibles » les deux éléments du rapport et ne leur donnerait la possibilité que « d'exister en même temps » sans réelle possibilité d'imaginer une quelconque hiérarchie dans leur existence réciproque.

Pour en revenir à la question des effets de l'office de constitutionnalité du point de vue des actes contrôlés, la synthèse est fort bien effectuée par le professeur Dominique Rousseau⁴¹⁹ : « Quand une loi est déclarée contraire à la Constitution, elle est censurée, elle n'est pas promulguée et, le cas échéant, elle est reprise par le législateur qui lui apporte des modifications nécessaires à sa mise en conformité constitutionnelle ; c'est donc le texte censuré qui est modifié » en principe et dans la plupart des cas, même une forte conjonction de volontés politiques peuvent amener éventuellement à une révision constitutionnelle et choisir « le texte censuré » au détriment de la norme constitutionnelle.

En revanche, « quand un engagement international est déclaré contraire à la Constitution, il n'est pas censuré et ne disparaît pas ; il continue d'exister et ce n'est pas le traité inconstitutionnel qui doit être modifié pour être ratifiable [sur le plan interne] mais la Constitution ». Constitution et Traité procèdent de deux ordres juridiques distincts et le rapport juridique qualifiant un conflit éventuel Traité-Constitution ne saurait être conçu comme un rapport de validité et dès lors, la distinction entre la conformité et la contrariété ne relève plus de la commodité de langage. Nous dirons alors que, dans le cadre de l'article 54 de la Constitution, l'office du juge constitutionnel s'apparente à un contrôle de compatibilité⁴²⁰ (A) entre un engagement international et les normes constitutionnelles en vigueur au moment de la ratification ou de l'approbation dudit engagement. Pour mesurer l'éventuel caractère spécifique du contrôle, il conviendra de s'intéresser aux critères et moyens d'incompatibilité (B) retenus par le juge constitutionnel pour déclarer « contraire à la Constitution » une clause du traité en question.

A) Un contrôle de compatibilité

Nous avons vu que pour ce qui concerne le déploiement du principe de constitutionnalité à l'encontre des lois votées par le Parlement, le contrôle de conformité avait amené le juge constitutionnel à étendre la logique « classique » de juge de l'annulation

⁴¹⁹ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 202.

⁴²⁰ Voir : J. VELU, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités », *Journal des tribunaux*, n° 5649, 07/11/1992, pp. 729-741 et n° 5650, p. 749 et s.

communément reconnue comme une logique binaire : le juge annule ou valide l'acte attaqué par rapport au bloc normatif supérieur de validité ; ce modèle devait normalement être transposé au contrôle abstrait et *a priori* de constitutionnalité des lois, sauf que la juridiction constitutionnelle a cherché à optimiser sa compétence par le développement d'une troisième technique consistant à déclarer la conformité d'une disposition législative assortie d'une ou plusieurs réserves d'interprétation. Ces réserves sont mentionnées dans le dispositif de la décision par le biais du considérant où elles figurent, et bénéficie dès lors de l'autorité dite de la « chose jugée » qui s'attache au dispositif et aux motifs des décisions du Conseil constitutionnel qui en sont le soutien même, tirée de l'article 62, alinéa 3 de la Constitution par lequel les décisions de la juridiction constitutionnelle « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

Pour ce qui concerne le déploiement d'un principe de constitutionnalité à l'encontre des engagements internationaux, « le Conseil *ne* paraît avoir le choix *qu'entre* »⁴²¹ la déclaration de contrariété et un constat d'« incompatibilité »⁴²² (1) d'une clause de « l'engagement international en cause » avec la « Constitution ». Dans l'idée d'un contrôle de compatibilité, il semblerait que « l'utilisation de la technique des réserves d'interprétation à propos des [traités] pose un problème de principe »⁴²³, mais ce qui ne paraît pas empêcher le juge constitutionnel de s'octroyer une faculté d'interprétation (2) des stipulations d'un traité, d'un accord ou bien encore d'une convention internationale.

1. Une alternative simple : la compatibilité ou l'exigence de révision de la Constitution

La simple alternative mentionnée ci-dessus peut se mesurer à l'aune de la formulation employée dans le dispositif des décisions DC rendues sur le fondement de l'article 54 de la Constitution. Cette formulation semble avoir quelque peu évolué, sans pour autant marquer de transformation quant à la portée et aux effets du contrôle de constitutionnalité dans l'hypothèse de saisine visée par la source formelle de compétence précitée.

Rappelons que l'article 54 dispose que si « un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution ». Dans ses

⁴²¹ C'est nous qui soulignons ; cf. D. ROUSSEAU, op. cit., p. 202.

⁴²² CC, n° 92-312 DC, 02/09/1992, Rec. 76, cons. 5.

⁴²³ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 510.

décisions, le juge constitutionnel ne reprend pas tels quels les termes de la prescription constitutionnelle dans une formule-type, rendue en entier dans la décision et qui indiquerait que l'acte international en question « comporte » ou « ne comporte pas une clause contraire à la Constitution », de sorte que « par conséquent, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution » ou « ne nécessite pas une révision préalable » de notre loi fondamentale.

La pratique semble faire que le Conseil s'en tient à établir que tel « traité ne comporte pas de clause contraire à la Constitution »⁴²⁴ ou plus globalement, « n'est pas contraire à la Constitution »⁴²⁵. A l'inverse, il arrive donc que « l'autorisation de ratifier [tel traité ou accord international] », le cas échéant, « en vertu d'une loi »⁴²⁶, « ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution »⁴²⁷. Il est arrivé une fois que le juge constitutionnel ait conclu relativement sèchement qu'une « Charte européenne des langues régionales ou minoritaires comporte des clauses contraires à la Constitution »⁴²⁸, sans autre évocation à une révision constitutionnelle⁴²⁹ éventuelle en vue de rendre possible sa ratification.

La description de ces variations n'implique pas par elles-mêmes de conséquences juridiques particulières. En réalité, il apparaît que le choix syntaxique s'opère en une réponse aux termes de la saisine, selon que celle-ci est formulée dans le sens de savoir si l'engagement international « comporte ou non une (ou des) clause (-s) contraire(-s) à la Constitution »⁴³⁰, ou dans le sens de demander au Conseil de « se prononcer sur la conformité du [traité] à la Constitution »⁴³¹, voire d'établir si « l'autorisation de ratifier » un engagement international « doit être précédée d'une révision de la Constitution »⁴³². C'est pourtant en ces termes de base que semblait avoir été exprimée la saisine faite par le Président de la République sur la « Charte européenne des langues régionales », tout en posant le problème « compte tenu de la déclaration interprétative faite par la France et des engagements qu'elle entend souscrire dans la partie III de cette convention ». Dans l'expression aux contours relativement stricts que le

⁴²⁴ CC, n° 70-39 DC, 19/06/1970, *Rec.* 15 ; n° 85-188 DC, 22/05/1985, *Rec.* 15.

⁴²⁵ CC, n° 92-312 DC, 02/09/1992, *Rec.* 76 ; n° 2005-524/525 DC, 13/10/2005, *Rec.* 142 (« article premier » du dispositif) ; n° 2006-541 DC, 28/09/2006, *Rec.* 102.

⁴²⁶ CC, n° 92-308 DC, 09/04/1992, *Rec.* 55 ; n° 97-394 DC, 31/12/1997, *Rec.* 344.

⁴²⁷ CC, n° 98-408 DC, 22/01/1999, *Rec.* 29 ; n° 2004-505 DC, 19/11/2004, *Rec.* 173 ; n° 2005-524/525 DC, 13/10/2005, *Rec.* 142 (« article 2 » du dispositif) ; n° 2007-560 DC, 20/12/2007, *Rec.* 459.

⁴²⁸ CC, n° 99-412 DC, 15/06/1999, *Rec.* 71.

⁴²⁹ cf. article 75-1 nouveau de la « Constitution du 4 octobre 1958 » : « Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France » (art. 40 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008).

⁴³⁰ cf. CC, n° 70-39 DC, 19/06/1970 (« Le Conseil constitutionnel a été saisi... ») ; n° 76-71 DC, 30/12/1976, *Rec.* 15.

⁴³¹ CC, n° 92-312 DC, 02/09/1992 (première saisine parlementaire effectuée sur le fondement de l'article 54 de la Constitution révisé ; saisine intervenue après une révision constitutionnelle consécutive à un premier examen de constitutionnalité de « l'engagement international en cause »).

⁴³² Constant depuis : CC, n° 92-308 DC, 09/04/1992.

Conseil constitutionnel a retenue dans le dispositif précité de sa décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, il y a une sorte de reformulation par l'emploi d'une dissymétrie des termes de la saisine, comme une forme de retranscription de l'esprit général de celle-ci ainsi qu'une adhésion implicite à l'option d'« éviter à tout prix une révision de la Constitution qui, en toute hypothèse [en l'espèce], ne [pouvait] plus résulter que d'une proposition de loi constitutionnelle, le président de la République ayant indiqué qu'il ne souhaitait pas prendre l'initiative d'une révision constitutionnelle contraire aux principes fondamentaux de la République »⁴³³.

Tout ceci semble cohérent d'un point de vue systémique. Par ces expressions, le juge constitutionnel indique bien que le contrôle de constitutionnalité prévu pour les engagements internationaux porte sur « *le traité* », « *l'accord* », « *le protocole* », « *la charte* »... dans leur entier, et ce, eu égard au caractère général de la seule conséquence prévue à la décision d'incompatibilité : une « révision de la Constitution ». Le juge soulève « la » (et il peut y en avoir plusieurs) clause contraire, mais la conclusion du problème juridique qui en ressort est une révision constitutionnelle, sans renvoyer au considérant correspondant au constat de contrariété. Les autorités concernées doivent apprécier l'étendue de ladite révision, avec sans doute comme exigence minimum une mise en compatibilité suivant la décision du Conseil qui s'impose à elles conformément à l'article 62 de la Constitution mais une appréciation libre sur les moyens (modification, ajout d'une disposition...), ce qui indique aussi le caractère relativement supérieur⁴³⁴ du pouvoir de révision constitutionnelle au sein du système constitutionnel de décisions politiques (ou de concrétisation sur le plan juridique de choix politiques).

Ceci viendrait renforcer la métaphore dite de « l'aiguilleur » pour qualifier l'office du juge constitutionnel lié à la compatibilité ou la non-contrariété d'un engagement international avec les normes et principes de valeur constitutionnelle en vigueur. Cet office s'apparenterait à un contrôle de constitutionnalité, considéré dans un sens presque originaire, c'est-à-dire procédural. Il ne s'agit pas de s'inscrire comme pour le contrôle de constitutionnalité des lois au sein d'une procédure, mais il convient de déterminer un choix de procédure : l'engagement international en question comporte une clause contraire à la Constitution, si une ratification ou

⁴³³ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « La République contre Babel. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires* », *RDP*, n° 4, 1999, pp. 999-1000.

⁴³⁴ Voir : M. TROPER, « Souveraineté de l'Etat et hiérarchie des normes dans la jurisprudence constitutionnelle. En guise d'introduction : la théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *CCC*, n° 9, 2000, p. 96.

une approbation doit avoir lieu, cela ne pourra passer que par l'adoption d'une révision constitutionnelle ; les autorités compétentes exerçant alors « une sorte de lit de justice »⁴³⁵ quant au bien-fondé « d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée »⁴³⁶ en vue de ratifier le traité ou l'accord international en question.

Le raisonnement juridictionnel s'inscrirait donc en principe dans une logique strictement binaire : compatibilité ou contrariété des clauses d'un engagement international avec les normes constitutionnelles applicables dans l'ordre juridique interne. L'établissement de ce rapport entre le traité et la « Constitution » passe par un examen de fond sur l'engagement en question, c'est-à-dire en quelque sorte une vérification des répercussions de sens des clauses qui constituent l'engagement examiné et qui, par leur objet, leur « nature » ou bien encore leur « importance », dérogeraient à une règle ou un principe de valeur constitutionnelle et passant un certain seuil, pourraient être déclarées contraires à ces derniers. Il est donc question dès lors d'une capacité d'analyse de l'engagement international, la compatibilité pouvant être établie dans la décision de constitutionnalité, de façon relativement précise et « sous le bénéfice des considérations qui précèdent »⁴³⁷ dans les motifs amenant à la conclusion exprimée dans le dispositif. Ce qui semble alors être en jeu, c'est l'interprétation que peut retenir le juge constitutionnel d'une stipulation d'un texte international.

2. Une faculté d'interprétation des dispositions de l'engagement international ?

La question de l'interprétation n'est pas neutre dans la problématique plus globale des rapports de systèmes⁴³⁸ interne et international. Il s'agit là d'un « débat sensible touchant à l'étendue du contrôle opéré »⁴³⁹ sur les engagements internationaux, d'autres auteurs mettant en question la « rigueur du contrôle de constitutionnalité »⁴⁴⁰. Il porte, on le pressent assez vite, sur l'emploi de certaines techniques d'interprétation utilisées pour le contrôle de constitutionnalité des lois et que le juge intègre dans l'autorité de la chose jugée dans sa décision. Ainsi, « appliquée selon une fréquence pour le moins soutenue dans le domaine du contrôle de constitutionnalité des lois, la technique des réserves d'interprétation peut-elle

⁴³⁵ Pour reprendre : G. VEDEL, « Schengen et Maastricht », *RFDA*, n° 2, 1992, p. 180.

⁴³⁶ CC, n° 92-312 DC, 02/09/1992, cons. 19.

⁴³⁷ cf. CC, n° 76-71 DC, 30/12/1976, Rec. 15.

⁴³⁸ A partir de : H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCDAl*, IV, 1926, p. 231 et s.

⁴³⁹ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, op. cit., n° 44, p. 759.

⁴⁴⁰ A. HAQUET, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, 2004, p. 273.

trouver matière à s'exercer également dans le cadre spécifique de l'appréciation de la compatibilité des engagements internationaux avec la Constitution »⁴⁴¹ ?

La réserve d'interprétation a une double fonction quant elle s'applique à une loi. Elle permet de ne pas enserrer la loi dans un rapport de constitutionnalité trop strict, et en cela elle illustre la logique du raisonnable par laquelle le juge constitutionnel déploie et interprète son office, mais en même temps elle lui permet d'anticiper sur l'application concrète de la loi avant même sa promulgation, et la réserve s'inscrit alors dans une démarche d'optimisation de sa propre compétence par le juge constitutionnel, d'autant plus que ses décisions s'imposent normalement «aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

La technique ne peut s'envisager de la même façon si elle porte sur les clauses d'un engagement international en cause, même si elle peut lui apparaître favorable *a priori* puisqu'elle déboucherait en principe sur une déclaration de compatibilité. Pourtant, pour Arnaud Haquet, « la limitation du contrôle des engagements internationaux se justifie par les difficultés inhérentes aux négociations internationales. (...) Or, ultérieurement, le respect de l'accord de volonté entre les parties contractantes ne permet pas d'imposer une interprétation unilatérale de l'engagement international qui permettrait de limiter la portée de celui-ci »⁴⁴² dans l'ordre juridique interne.

Il est clair que dans une perspective de droit international public, la « réserve d'interprétation » apparaît comme une source de confusion. Dans le droit des relations internationales entre Etats, la notion de « réserve » a une signification bien particulière. La Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969⁴⁴³ définit cette technique en son article 2, §1 d) comme « une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un Etat quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet Etat ».

Les « règles du droit public international » conçoivent en outre « l'interprétation » comme un procédé de mise en œuvre et d'exécution des engagements contractés, auquel la

⁴⁴¹ L. FAVOREU, L. PHILIP, *ibid.*

⁴⁴² A. HAQUET, *op. cit.*, pp. 275-276.

⁴⁴³ « Il est généralement admis que la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 traduit, dans la plupart de ses dispositions, le droit international général des traités et la France se réfère régulièrement à nombre de ses dispositions alors même qu'elle n'y est pas partie... », cf. H. RUIZ-FABRI, « La France et la Convention de Vienne sur le droit des traités : éléments de réflexion pour une éventuelle ratification », in G. CACHIN, F. POIRAT, S. SZUREK (dir.), *La France et le droit international*, Pédone, 2007, p. 137 et s.

Convention de Vienne tente de fournir quelques principes généraux d'ordre méthodologique, à l'aune d'un précepte de « bonne foi »⁴⁴⁴ qui irradie l'exécution des traités selon le droit international public, selon la règle *Pacta sunt servanda*⁴⁴⁵ passée elle aussi au statut de droit écrit dans la Convention de 1969. Si la question est considérée sous l'angle plus global d'une théorie générale des contrats, dès lors, « les seules interprétations qui puissent avoir un effet sont celles décidées d'un commun accord par les cocontractants »⁴⁴⁶ ou le cas échéant, établies selon les mécanismes éventuellement prévus par les Parties à un accord ou une convention pour régler d'éventuels différends. Dans l'hypothèse où la convention multilatérale s'apparente à « un acte constitutif d'une organisation internationale », le cadre s'avère en quelque sorte idéal pour que le « processus interprétatif » soit centralisé dans la compétence des organes de ladite organisation, et pourquoi pas sous forme juridictionnelle. Ainsi, la Charte des Nations Unies a prévu l'installation d'une Cour Internationale de Justice (article 92) qui n'empêche pas « les Membres de l'Organisation de confier la solution de leurs différends à d'autres tribunaux en vertu d'accords déjà existants ou qui pourront être conclus à l'avenir » mais dont ils peuvent reconnaître la juridiction, « à l'égard de tout autre Etat acceptant la même obligation (...) sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet : a) l'interprétation d'un traité (...) » en vertu de l'article 36 du Statut de la Cour visé par la Charte de l'ONU. Au niveau européen, dans la sphère des Communautés et de l'Union européenne, la « Cour de justice », installée à Luxembourg, « assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités »⁴⁴⁷ par le biais de mécanismes procéduraux prévus par les traités constitutifs de l'ordre juridique communautaire et prévoyant des mécanismes de renvoi préjudiciel entre les ordres juridictionnels des Etats membres et la Cour de justice.

Cependant, pour revenir à une approche globale de droit international public, « l'interprétation unilatérale » semble communément admise et « résulte des compétences implicites de chaque sujet de droit international, liées à la souveraineté des Etats » même si elle « ne lie pas en elle-même les autres sujets »⁴⁴⁸. Certains auteurs rappellent que « compte tenu de dévolution des attributions entre les diverses autorités de l'Etat, c'est aux gouvernements qu'il revient d'interpréter des stipulations auxquelles ils ont consenti. Ainsi

⁴⁴⁴ cf. article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

⁴⁴⁵ « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ».

⁴⁴⁶ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 202.

⁴⁴⁷ Article 220 du Traité instituant la Communauté Européenne ; repr. in art. 19, § 1 du Traité sur l'Union européenne tel qu'il résulte du traité signé à Lisbonne en 2007.

⁴⁴⁸ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, 9^{ème} édition, Montchrestien, 2010, p. 175.

l'interprétation est une compétence de l'exécutif : mais cette compétence est-elle une compétence exclusive, une prérogative de l'exécutif »⁴⁴⁹ ?

Dans l'ordre interne, un revirement de jurisprudence a été opéré sur ce point. Alors qu'auparavant, les autorités juridictionnelles s'en remettaient à un renvoi préjudiciel devant le ministre des Affaires étrangères et à la solution proposée par l'autorité administrative ; « depuis 1990, pour le Conseil d'Etat⁴⁵⁰ et quelques années plus tard pour la Cour de cassation⁴⁵¹, la réponse est désormais que le juge qui est invité à faire application d'un traité international est également compétent pour l'interpréter »⁴⁵², désormais jusque dans la vérification de la condition de réciprocité⁴⁵³ figurant à l'article 55 de la Constitution, sauf mécanismes contraires prévus par « l'organisation internationale ».

Un commentaire de la jurisprudence *GISTI* du nom de l'arrêt du Conseil d'Etat du 29 juin 1990 indique que celle-ci « ne doit pas conduire le juge, lorsqu'il lui faut interpréter un traité, à s'abstenir de recueillir l'opinion de l'autorité ministérielle qui dispose d'éléments d'information relatifs à l'élaboration [du] traité (...). Mais l'opinion exprimée par le ministre compétent est dépourvue de caractère obligatoire à l'égard du juge »⁴⁵⁴, elle revêt donc la portée juridique d'un avis, non liant pour le juge de surcroît, conformément aux exigences du droit européen des droits de l'homme⁴⁵⁵. Dans l'ordre interne, en matière d'interprétation des engagements internationaux « régulièrement ratifiés ou approuvés » et en tant que tels ayant « une autorité supérieure à celle des lois »⁴⁵⁶, le « dernier mot appartient désormais »⁴⁵⁷ aux autorités juridictionnelles.

Ainsi, l'idée d'une faculté d'interprétation juridictionnelle des termes d'un engagement international paraît concevable sur le plan des principes juridiques, alors, en

⁴⁴⁹ T. OLSON, P. CASSIA, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, PUF, 2006, p. 52.

⁴⁵⁰ CE Ass., 29/06/1990, *Groupe d'Information et de Soutien des Travailleurs Immigrés (GISTI)*, Rec. 171 ; *ab. jur.* : CE, 03/07/1933, *Karl et Toto Samé*, Rec. 727.

⁴⁵¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 19/12/1995, *Banque africaine de développement*, Bull. I, n° 470, p. 326 (« attendu qu'il est de l'office du juge d'interpréter les traités internationaux invoqués dans la cause soumise à son examen, sans qu'il soit nécessaire de solliciter l'avis d'une autorité non juridictionnelle »).

⁴⁵² R. ABRAHAM, « L'articulation du droit interne et du droit international », in G. CACHIN, F. POIRAT, S. SZUREK (dir.), *La France et le droit international*, op. cit., p. 270.

⁴⁵³ CE Ass., 09/07/2010, *Mme Cheriet-Benseghir*, n° 317747, publié au *Lebon*.

⁴⁵⁴ in *GAJA*, 17^{ème} édition, Dalloz, 2009, n° 95, p. 681.

⁴⁵⁵ CEDH, 24/11/1994, *Affaire Beaumartin c/ France*, req. n° 15287/89, A296-B, § 35 : où il apparaît que le renvoi préjudiciel près le ministre des Affaires étrangères constitue une « ingérence d'une autorité du pouvoir exécutif - de surcroît partie en cause - dans les compétences du Conseil d'Etat ne cadre pas avec le principe d'indépendance du pouvoir juridictionnel énoncé à l'article 6 par. 1 » de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

⁴⁵⁶ cf. article 55 de la Constitution ; voir : CE Ass., 20/10/1989, *Nicolo*, Rec. 190 ; Cass. Ch. Mixte, 24/05/1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*, Bull., n° 4, p. 6.

⁴⁵⁷ R. ABRAHAM, op. cit., p. 271.

revenant à l'interrogation initiale, pourquoi un autre « principe » paraît-il « convenu » et consistant à dire que « la technique de la réserve d'interprétation [est] inappropriée pour le contrôle de la non-contrariété à la Constitution des engagements internationaux »⁴⁵⁸ ?

Le caractère *a priori* dudit contrôle constitue un élément prépondérant de la réponse. De l'aveu même d'un ancien membre du Conseil constitutionnel, « l'engagement international en cause » non encore définitivement ratifié ou approuvé, « la pratique des réserves jurisprudentielles reviendrait à laisser l'une des parties – en l'occurrence la France – le soin de décider unilatéralement *a priori* de l'interprétation à donner à un engagement international »⁴⁵⁹. Qu'il nous soit permis de ne pas totalement souscrire à ces considérations. Après tout, la décision du juge constitutionnel n'est-elle pas un acte purement interne à l'ordre juridique national, n'ayant en tant que telle aucune conséquence sur l'existence de l'acte dans l'ordre juridique national ou supranational, et portant sur les conditions d'insertion et de reconnaissance définitive de l'engagement international dans l'ordre juridique étatique au sein duquel la norme constitutionnelle prime sur toute autre norme. L'enjeu est la révision de la Constitution, en vue de la ratification du traité, de l'accord ou de la convention internationale, et non la façon dont les autorités compétentes devront appliquer l'engagement international puisque de toute façon, en cas d'incompatibilité reconnue sur le plan constitutionnel, cette application ne pourra se faire qu'une fois la constitution révisée. C'est cette exigence interne qui s'impose « aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles » et qui recouvre l'autorité de la chose jugée par le Conseil en vertu de l'article 62 de la Constitution. En outre, cette technique aurait tendance à être favorable à l'engagement international puisqu'elle conduit à en sauver la constitutionnalité par une déclaration de non-contrariété.

Le « commentaire scientifique » ne peut pourtant que prendre acte du fait de la non-utilisation de la technique proprement dite, parce que s'il y a une quelconque interprétation⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ A. HAQUET, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, op. cit., p. 276.

⁴⁵⁹ N. LENOIR, « Les rapports entre le droit constitutionnel français et le droit international à travers le filtre de l'article 54 de la Constitution de 1958 », in P.-M. DUPUY (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat*, éd. Panthéon-Assas (LGDJ diff.), 2001, p. 17.

⁴⁶⁰ Par exemple : CC, n° 91-294 DC, 25/07/1991, cons. 62 (à propos du « Comité exécutif » mis en place par les « Parties contractantes » et devant « veiller à l'application correcte » de la Convention d'application des accords de Schengen, « son institution comme la définition de ses attributions ne sont pas contraires à la Constitution dès lors qu'aucune stipulation de la convention ne confère aux décisions de ce Comité un effet direct sur les territoires des Parties contractantes ; que les mesures prises par les autorités françaises, à la suite des décisions dudit Comité, seront elles-mêmes soumises au contrôle des juridictions françaises, dans le cadre de leurs compétences respectives » ; n° 92-308 DC, 09/04/1992, cons. 21 et 22 (sur le principe de « la reconnaissance du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales » des citoyens des Etats membres de l'Union européenne, le Traité UE renvoie les modalités de mise en place de ce droit, au niveau de l'Union, par un acte d'application

des stipulations d'un traité international dans une décision de constitutionnalité, le considérant correspondant ne figure pas dans une mention formelle au sein du dispositif final, ni d'ailleurs aucune référence à un processus interprétatif comparable dans son expression à ceux utilisés en vue du contrôle de la constitutionnalité *a priori* des lois, à une exception près dans l'ensemble de la jurisprudence constitutionnelle en la matière. Le juge constitutionnel semble donc se mettre en conformité dans l'exercice de son office avec une « théorie des apparences », en tant que maillon juridictionnel d'un processus politique de conclusion définitive d'accords internationaux, mais compatibles avec l'ordre constitutionnel.

des dispositions du traité pris par une institution communautaire ; le juge constitutionnel indiquant à son auditoire politique dont certaines autorités le constituant siégeront au « Conseil formé par un représentant de chaque État membre au niveau ministériel » que « les "modalités à arrêter" auront pour objet de fixer les règles applicables à l'exercice du droit de vote et d'éligibilité ; *qu'au nombre de celles-ci, figurent notamment* la preuve de la jouissance des droits civiques dans l'État d'origine, la durée de résidence dans l'État dont l'intéressé n'est pas le ressortissant ainsi que la prohibition de doubles inscriptions » ; n° 2004-505 DC, 19/11/2004, cons. 18 (l'une des dispositions de la Charte des droits fondamentaux reconnus dans l'Union européenne, incorporée au sein même des clauses composant le Traité établissant une constitution pour l'Europe « reconnaît le droit à chacun, individuellement ou collectivement, de manifester, par ses pratiques, sa conviction religieuse en public » ; le juge relève que « les explications du præsidium précisent que le droit garanti par cet article a le même sens et la même portée que celui garanti par l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...) ; *dans ces conditions*, sont respectées les dispositions de l'article 1er de la Constitution » nationale...).

B) Critères de compatibilité

« Considérant, toutefois, qu'au cas où ces engagements *contiennent une clause contraire à la Constitution, mettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale*, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle ».

« La Constitution, toute la Constitution, rien que la Constitution, tel est le triptyque qui semble guider la démarche du Conseil constitutionnel »⁴⁶¹ dans l'application d'un principe de constitutionnalité aux engagements internationaux. En d'autres termes, « les seules normes de référence du contrôle des engagements internationaux sont les normes constitutionnelles, c'est-à-dire l'ensemble du bloc de constitutionnalité. Tous les éléments du bloc de constitutionnalité peuvent servir de norme de référence »⁴⁶².

Le cadre normatif général apparaît comme étant celui de la « clause contraire à la Constitution » (1). L'énoncé formel qui en est fait par la juridiction constitutionnelle révèle à la lecture une sorte d'ambiguïté. Il pourrait être compris que le juge propose une signification de ladite contrariété dans le cadre précis du contrôle de l'insertion de l'engagement international dans l'ordre juridique interne en l'application de deux moyens, la mise en cause des droits et libertés constitutionnellement garantis et l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Tel ne semble pas être le cas.

La mise en exergue des droits et libertés de valeur constitutionnelle (2) correspond à l'autonomisation d'une réalité de l'action internationale de la France mise en avant au sein même des sources formelles constitutionnelles et surtout, sur le plan de l'effet juridique, d'un domaine matériel d'interférence, au niveau des garanties accordées à leurs destinataires, entre le droit constitutionnel et le droit conventionnel.

Enfin, le troisième critère sur les atteintes à l'exercice de la souveraineté nationale (3) renvoie à un élément significatif du raisonnement constitutionnel tenu sur le concept d'« engagement international par les organes détenteurs de la compétence correspondante.

⁴⁶¹ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, op. cit., n° 44, p. 760.

⁴⁶² G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 503.

1. La clause contraire à la Constitution

Certains auteurs soulignent une « déclinaison curieusement formulée des cas possibles d'inconstitutionnalité », en ce sens, selon eux, que « le premier cas de figure envisagé ("une clause contraire à la Constitution") couvre en réalité les deux autres puisque bien sûr une clause attentatoire aux "conditions essentielles de la souveraineté nationale" ou aux "droits et libertés constitutionnellement reconnus" est elle-même "contraire à la Constitution" »⁴⁶³.

C'est l'objet même du dispositif de la décision attendue par l'office mis en œuvre sur le fondement de l'article 54 de la Constitution. Il paraît intéressant, en vue de la compréhension du sens de cette spécification, de mettre en avant le caractère « pédagogique » de la démarche formelle de la juridiction constitutionnelle, « attestant » dans la motivation de l'acte de décision « que le contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux ou européens a tendance à se rapprocher du contrôle de la constitutionnalité de la loi quant à la définition des normes de référence »⁴⁶⁴.

Mais peut-être plus encore, il s'agit pour le juge de livrer un principe général d'exercice et de déploiement de son raisonnement contentieux. « Lorsque l'objet des stipulations conventionnelles le permet, le Conseil constitutionnel s'efforce de rattacher son raisonnement à des dispositions précises de la Constitution : le principe d'indivisibilité de la République (art. 1^{er} C.)⁴⁶⁵, l'indépendance des autorités judiciaires françaises (art. 64 C.)⁴⁶⁶, l'attribution exclusive du droit de vote aux citoyens de nationalité française (art. 3 C.)⁴⁶⁷, le privilège de juridiction du Chef de l'Etat (art. 68 C.)⁴⁶⁸, la responsabilité pénale des ministres (art. 26 C. et 68-1 C.), l'usage du français comme langue de la République (art. 2, 1^{er} alinéa C.)⁴⁶⁹ par exemple »⁴⁷⁰.

⁴⁶³ J. ROUX, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française », *RDP*, n° 1, 2005, p. 65 (n. 39).

⁴⁶⁴ J. ROUX, *ibid.*

⁴⁶⁵ CC, n° 99-412 DC, 15/06/1999, *Rec.* 71, cons. 5 et 10.

⁴⁶⁶ CC, n° 80-116 DC, 17/07/1980, *Rec.* 36, cons. 4.

⁴⁶⁷ CC, n° 92-308 DC, 09/04/1992, *Rec.* 55, cons. 24.

⁴⁶⁸ CC, n° 98-408 DC, 22/01/1999, *Rec.* 29, cons. 16.

⁴⁶⁹ CC, n° 99-412 DC, *préc.*, cons. 11.

⁴⁷⁰ L. FAVOREU et *al.*, *Droit constitutionnel*, 13^{ème} éd., Dalloz, 2010, p. 190.

2. La mise en cause des droits et libertés constitutionnellement garantis

Même si « des dispositions "individualisées" [ou « particulières »] de la Constitution »⁴⁷¹ ont pour objet « des droits et libertés fondamentaux », un ancien membre du Conseil constitutionnel indique, par le détail de la garantie des droits et libertés par rapport à la contrariété constitutionnelle *stricto sensu*, que « la décision du 22 janvier 1999 sur la Cour pénale internationale opère une clarification »⁴⁷² en « retenant » ces « droits et libertés *constitutionnellement* garantis » comme niveau de « norme de référence autonome » au fondement de la compatibilité constitutionnelle *a priori* des engagements internationaux.

Le président Bruno Genevois souligne, quant à lui, que « sur le fond, il n'y a pas de changement car la jurisprudence antérieure englobait déjà dans le "bloc de constitutionnalité" opposable aux traités la garantie des droits et libertés »⁴⁷³. Ainsi, la reprise dans les « termes » du traité sur l'Union européenne, tel qu'il avait été signé à Maastricht le 7 février 1992, de ce que « l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire », érigeant au rang de norme primaire du traité une politique jurisprudentielle depuis longtemps assumée par la Cour de justice des communautés européennes, apparaît « à même de *garantir les droits et libertés des citoyens* », et, combinée « avec l'intervention des juridictions nationales statuant dans le cadre de leurs compétences respectives », la réunion de ces éléments fait « qu'à cet égard, l'engagement international soumis au Conseil constitutionnel ne porte pas atteinte aux règles et principes de valeur constitutionnelle »⁴⁷⁴.

« Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine », pour reprendre les termes historiques du Préambule de la Constitution de 1946, la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales est devenue en quelque sorte « l'un des axiomes »⁴⁷⁵ de « l'organisation internationale », dans le cadre des Nations-Unies d'une part, mais aussi et surtout, sur un plan continental – européen –, et de façon plus contraignante au niveau de la possible sanction

⁴⁷¹ cf. L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, op. cit., n° 44, pp. 760-761 [15^{ème} éd.].

⁴⁷² N. LENOIR, « Les rapports entre le droit constitutionnel français et le droit international à travers le filtre de l'article 54 de la Constitution de 1958 », op. cit., p. 22.

⁴⁷³ B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international. A propos de la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 », *RFDA*, n° 2, 1999, p. 291.

⁴⁷⁴ CC, n° 92-308 DC, 09/04/1992, cons. 17 et 18.

⁴⁷⁵ cf. P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2010, p. 230.

juridique de l'action des autorités constituées et administratives eu égard à ces structures normatives dont la référence conceptuelle n'est plus nécessairement seulement nationale du point de vue de leurs destinataires.

En outre, se conformant « aux règles du droit public international », l'interprétation constitutionnelle de l'objet d'un engagement international dans le sens de la protection des « droits fondamentaux appartenant à toute personne humaine » et de la mise en place de la sanction des « atteintes les plus graves qui leur seraient portées » fait que « les obligations nées de tels engagements s'imposent à chacun des Etats parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres Etats parties » ; en sens interne, « la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer »⁴⁷⁶. La reconnaissance de la particularité de ce régime international permet au juge de se forger un ressort sur une structure référentielle majeure pour le droit constitutionnel substantiel et de la garantie juridictionnelle qui lui a été accolée⁴⁷⁷ ; en tout cas, une structure autonome dans les rapports de systèmes par rapport « aux principes de la souveraineté nationale », à la lettre même du Préambule de la Constitution en vigueur.

3. L'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale (renvoi)

Les précisions apportées quant à l'étendue de l'office de constitutionnalité sur « l'engagement international » ne doivent pas faire oublier que l'acte en question a trait à l'essentialité de ce qui constitue le caractère souverain du pouvoir ainsi engagé par les choix des autorités compétentes, sous le contrôle du juge.

⁴⁷⁶ CC, n° 98-408 DC, 22/01/1999, cons. 12.

⁴⁷⁷ Comme le confirme en prolongement la question prioritaire de constitutionnalité *a posteriori* désormais instaurée dans notre ordre constitutionnel, cf. *infra*, titre II.

II. Un contrôle portant sur des choix de politique internationale

Le droit de saisine directe de la juridiction constitutionnelle en matière d'engagements internationaux est désormais correspondant, quant aux autorités détentrices de cette prérogative, au droit de saisine dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois *a priori* et ce, depuis l'adoption de la révision constitutionnelle du 25 juin 1992. Le Conseil constitutionnel peut se voir saisir, sur le fondement de l'article 54 du texte de la Constitution, « par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs ».

Mais cette ouverture de la saisine ne s'est pas accompagnée d'un véritable changement dans la pratique de l'exercice de celle-ci. Ce sont les deux autorités exécutives, Président de la République et Premier ministre, « responsables pourtant de la négociation et de la conclusion des engagements internationaux » comme le souligne le professeur Dominique Rousseau, qui soumettent principalement à l'examen du juge constitutionnel le problème de savoir si « l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution » ou ne nécessite pas une mise en œuvre préalable de la procédure prévue à l'article 89 du texte fondamental.

Plus précisément, à ce jour, dix-neuf⁴⁷⁸ décisions DC (articles 54 et 61 compris) du Conseil constitutionnel portent sur la constitutionnalité d'engagements internationaux ou de leur loi de ratification. Sur ce total, huit décisions ont été rendues suite à une saisine d'origine parlementaire⁴⁷⁹ ; six de ces saisines portent formellement sur la loi de ratification de « l'engagement international en cause » et se sont donc effectuées dans le cadre de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution, dont tout de même trois⁴⁸⁰ après l'entrée en vigueur de la réforme de l'article 54 de notre loi fondamentale par la révision constitutionnelle du 25 juin 1992. Les parlementaires n'ont donc fait usage qu'à deux reprises⁴⁸¹ de la possibilité de saisine qui leur a été accordée par la révision susvisée et concernant « l'accord sur

⁴⁷⁸ CC, n° 70-39 DC, 19/06/1970, *Rec.* 15 ; n° 76-71 DC, 30/12/1976, *Rec.* 15 ; n° 78-93 DC, 29/04/1978, *Rec.* 23 ; n° 80-116 DC, 17/07/1980, *Rec.* 36 ; n° 85-188 DC, 22/05/1985, *Rec.* 15 ; n° 88-247 DC, 17/01/1989, *Rec.* 15 ; n° 91-294 DC, 25/07/1991, *Rec.* 91 ; n° 92-308 DC, 09/04/1992, *Rec.* 55 ; n° 92-312 DC, 02/09/1992, *Rec.* 76 ; n° 92-313 DC, 23/09/1992, *Rec.* 94 ; n° 93-318 DC, 30/06/1993, *Rec.* 153 ; n° 93-319 DC, 30/06/1993, *Rec.* 155 ; n° 97-394 DC, 31/12/1997, *Rec.* 344 ; n° 98-408 DC, 22/01/1999, *Rec.* 29 ; n° 99-412 DC, 15/06/1999, *Rec.* 71 ; n° 2004-505 DC, 19/11/2004, *Rec.* 173 ; n° 2005-524/525 DC, 13/10/2005, *Rec.* 142 ; n° 2006-541 DC, 28/09/2006, *Rec.* 102 ; n° 2007-560 DC, 20/12/2007, *Rec.* 459.

⁴⁷⁹ CC, n° 78-93 DC, 29/04/1978, *Rec.* 23 ; n° 80-116 DC, 17/07/1980, *Rec.* 36 ; n° 88-247 DC, 17/01/1989, *Rec.* 15 ; n° 92-312 DC, 02/09/1992, *Rec.* 76 ; n° 92-313 DC, 23/09/1992, *Rec.* 94 ; n° 93-318 DC, 30/06/1993, *Rec.* 153 ; n° 93-319 DC, 30/06/1993, *Rec.* 155 ; n° 2006-541 DC, 28/09/2006, *Rec.* 102.

⁴⁸⁰ CC, n° 92-313 DC, 23/09/1992, *Rec.* 94 ; n° 93-318 DC, 30/06/1993, *Rec.* 153 ; n° 93-319 DC, 30/06/1993, *Rec.* 155.

⁴⁸¹ CC, n° 92-312 DC, 02/09/1992, *Rec.* 76 ; n° 2006-541 DC, 28/09/2006, *Rec.* 102.

l'application de l'article 65 de la convention sur la délivrance de brevets européens », l'initiative de saisine par un groupe de plus de soixante députés s'est vue doubler par une saisine du Conseil constitutionnel par le Premier ministre⁴⁸².

Au final, que pouvons-nous retirer de cette approche en termes de volume de saisines, détaillées en fonction des autorités détentrices de l'attribut en question ? Il nous semble que ceci permet de mesurer le caractère éminemment politique de l'acte de saisine du Conseil constitutionnel en application de l'article 54 de la Constitution. Le caractère relativement restreint du nombre de saisines (douze depuis 1958) indique que la demande d'examen de non-contrariété supposée ou éventuelle avec la Constitution ne porte pas sur n'importe quel engagement. Il y a un certain degré d'importance et de symbole à « l'engagement international en cause » qui suscite un certain nombre de débats sur le plan interne qui laissent apparaître surtout que « l'appel au Conseil joue comme un moyen de couper court aux contestations politiques »⁴⁸³.

Par exemple, que ce soit « le Premier ministre en 1970 » ou « le Président de la République en 1976 », selon le professeur Michel Fromont, « tous deux désiraient faire cesser une querelle entre les parlementaires de la majorité au sujet de la compatibilité avec la Constitution française des décisions relatives respectivement au budget et à l'assemblée des Communautés européennes »⁴⁸⁴. Il serait également possible d'évoquer dans cette perspective

⁴⁸² CC, n° 2006-541 DC, 28/09/2006, cons. 1 : « Considérant que le Premier ministre défère au Conseil constitutionnel l'accord sur l'application de l'article 65 de la convention sur la délivrance de brevets européens, signé à Londres le 17 octobre 2000, à l'effet de savoir si l'autorisation de le ratifier doit être précédée d'une révision de la Constitution ; que les députés requérants soutiennent, pour leur part, que cet accord comporte, en son article 1er, des dispositions contraires à la Constitution et ne peut, dès lors, être ratifié qu'après la révision de celle-ci ».

⁴⁸³ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 200.

⁴⁸⁴ M. FROMONT, « Le Conseil constitutionnel et les engagements internationaux de la France », op. cit., p. 225. Sur le contexte de la décision n° 70-39 DC, cf. les extraits de la délibération repr. in *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1983*, op. cit., n° 16, pp. 199-200 (intervention de M. CHATENET, rapporteur en l'espèce, où il explique que, dans le cadre de la Communauté économique européenne, « l'action de la France consistait en effet à rendre de plus en plus irréversible la politique agricole commune allant dans le sens des intérêts de la France. En contrepartie, nos partenaires et, notamment les Allemands et les Hollandais demandaient l'augmentation des pouvoirs de l'Assemblée européenne ; (...) et c'est ainsi qu'ont été élaborés puis signés les deux textes diplomatiques que le Gouvernement avait présentés au Parlement chargé d'en autoriser la ratification ou l'approbation. Toutefois à ce moment de la procédure a été soulevée inopinément la question de la compatibilité des deux textes en cause avec la Constitution et cette question s'est concrétisée par le dépôt d'une proposition de loi constitutionnelle [soutenue par le président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, M. Jean Foyer] tendant à assurer la ratification d'une dérogation à l'article 54 de la Constitution. (...) C'est donc à la suite du dépôt de la proposition de loi constitutionnelle et pour respecter les dispositions de l'article 54 de la Constitution que le Gouvernement a été conduit à soumettre au Conseil les deux textes susvisés alors qu'il résulte de la lettre du Premier ministre et de la note du secrétariat général du Gouvernement que, jusque-là, le Gouvernement n'avait aucun doute sur la constitutionnalité de la décision du 21 avril 1970 et du traité du 22 avril » ; à propos de la lettre de saisine du Premier ministre, celle-ci est publiée sur le site Internet du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil->

la saisine n° 188 DC en 1985 par laquelle « le Président de la République saisit le Conseil pour priver l'opposition des arguments de constitutionnalité lors du débat parlementaire prévu sur la ratification du Protocole additionnel à Convention européenne des droits de l'homme contre la peine de mort »⁴⁸⁵.

En outre, il est arrivé que l'hypothèse du conflit d'ordre politique en filigrane d'une saisine de la juridiction constitutionnelle à propos d'un engagement international se vérifie entre les autorités exécutives elles-mêmes, comme ce fut le cas dans la période dite de « cohabitation » qui s'est déroulée de 1997 à 2002⁴⁸⁶, à propos notamment de la « Charte européenne des langues régionales ou minoritaires ». Ce texte a fait l'objet d'une saisine du Président de la République⁴⁸⁷, trahissant une différence d'approche par rapport au Premier ministre quant à l'opportunité de ratifier ou non ladite Charte dans l'ordre juridique national (qui passe par l'aboutissement éventuel d'une révision de la Constitution, procédure maîtrisée par le Président de la République⁴⁸⁸) après une déclaration prévisible de contrariété à certains principes constitutionnels de clauses de la convention internationale en question.

Enfin, la saisine du Conseil peut apparaître comme étant située au cœur d'une stratégie politique, afin de faire aboutir des choix substantiels de politique internationale, concernant notamment les Communautés et l'Union européenne. Cette pratique est inaugurée par le Président Mitterrand en 1992 au moment de la signature puis la ratification du Traité de Maastricht. La saisine du Conseil constitutionnel n'est plus formulée dans le sens de savoir si « l'engagement international en cause » comporte une clause contraire à la Constitution. L'acte de saisine apparaît comme une demande ayant pour objet d'indiquer aux autorités compétentes si « l'autorisation de ratifier » le traité en question « *doit*⁴⁸⁹ être précédée d'une révision de la Constitution ». L'emploi du verbe « devoir » ne peut être neutre, parce qu'il implique en filigrane un rapport de nécessité. En effet, il faut avoir à l'esprit les termes restrictifs de l'article 54 de la Constitution, rédigés avec l'emploi d'une locution négative du

constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1970/70-39-dc/premier-ministre.44756.html). Sur la saisine présidentielle du 3 décembre 1976 (n° 76-71 DC), cf. C. BLUMANN, « L'article 54 de la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité des traités en France », op. cit., p. 546.

⁴⁸⁵ D. ROUSSEAU, *ibid.*

⁴⁸⁶ Période qui n'a pas toujours été conflictuelle sur ce plan-là, comme en témoignent les deux saisines conjointes (par la même lettre de saisine) sur des engagements internationaux particulièrement significatifs et lourds quant à leurs conséquences sur les « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » : cf. CC, n° 97-394 DC, 31/12/1997, *Rec.* 344 (« Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes ») ; n° 98-408 DC, 22/01/1999, *Rec.* 29 (« Traité portant statut de la Cour pénale internationale »).

⁴⁸⁷ CC, n° 99-412 DC, 15/06/1999.

⁴⁸⁸ Sur ce point : F. CHALTIÉL, « Le pouvoir constituant, marque contemporaine de souveraineté. A propos du refus présidentiel de révision constitutionnelle », *D.*, 2000, p. 225.

⁴⁸⁹ C'est nous qui soulignons ; voir : CC, n° 92-308 DC, 09/04/1992, *Rec.* 55 ; n° 97-394 DC, 31/12/1997, *Rec.* 344 ; n° 2004-505 DC, 19/11/2004, *Rec.* 173 ; n° 2007-560 DC, 20/12/2007, *Rec.* 459.

type « ne... que ». Ainsi, rappelons-le, « l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution ».

La formulation des saisines présidentielles, usitée depuis 1992, laisse véritablement transparaître une conception de la saisine de la juridiction constitutionnelle comme l'acte initial d'une volonté d'ordre politique de mise en compatibilité de l'ordre constitutionnel avec des engagements internationaux que le pouvoir exécutif⁴⁹⁰ a lui-même négociés et signés. Concernant le traité sur l'Union européenne signé à Maastricht, le Président de la République sait qu'il doit « proposer la ratification [dudit] traité après adaptation, c'est-à-dire une révision constitutionnelle sur deux plans : celui qui vise le vote des ressortissants de la Communauté aux élections locales et européennes et celui des transports de souveraineté »⁴⁹¹ ; ce que savent aussi ses successeurs au moment d'engager le processus de ratification d'un nouvel engagement pris dans le cadre des Communautés et de l'Union, traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004 ou bien encore traité dit « de Lisbonne » signé le 13 décembre 2007, la saisine du Conseil constitutionnel intervenant d'ailleurs pour ces deux traités « le même jour » que la signature.

Tout ceci a bien évidemment des répercussions sur le déploiement de l'office du juge constitutionnel. En matière d'engagements internationaux, la logique du contrôle de constitutionnalité *a priori* apparaît comme une logique du raisonnable inversée, par rapport au contrôle abstrait et *a priori* des lois. La contrainte systémique pour le juge constitutionnel, issue de l'interprétation de la source formelle d'où il tire ensuite l'étendue matérielle de sa propre compétence, lui impose l'exercice d'un contrôle en principe entier et exhaustif des stipulations signées, soit l'appréciation effectuée par les autorités quant à l'opportunité des « limitations de souveraineté nécessaires » impliquées par la signature puis l'éventuelle ratification ou approbation du traité ou de l'accord international en question. Nous avons pu constater que l'exigence de révision constitutionnelle pouvait être établie, au-delà de la seule contrariété d'une clause de l'engagement international avec les normes constitutionnelles en vigueur au moment de la signature de l'acte, par une « atteinte » aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ».

⁴⁹⁰ Il serait trop long et hors de propos de détailler ici entre ce qui relève précisément du Président de la République et l'étendue de la compétence gouvernementale en la matière, et surtout de faire la distinction entre la compétence juridique au sens strict (l'article 52 définissant une prérogative présidentielle qui ne relève pas du champ de l'article 19 de la Constitution et qui est donc soumise au contreseing du Premier ministre) et les écarts de la pratique « favorable à la primauté présidentielle », sur l'ensemble de la question, voir : V. GOESELLE BIHAN, *La répartition des compétences en matière de conclusion des accords internationaux sous la Ve République*, Pédone, 1995, part. pp. 205-215.

⁴⁹¹ cf. *Le Monde*, daté du 14/01/1992.

A ce stade, il semble intéressant de mesurer la signification de l'emploi d'un tel concept dans un raisonnement juridictionnel de type normatif (§ 1) ; emploi que le juge constitutionnel doit moduler avec certaines catégories d'engagements internationaux dont l'objet est reconnu comme spécifique directement et de façon explicite dans les dispositions constitutionnelles (§ 2).

§ 1 – Des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » dans le raisonnement juridictionnel

Dans un commentaire de la décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, le secrétaire général du Conseil constitutionnel détaille que, lors de l'exposé des « normes de référence » qu'il emploie en vue de son contrôle de la non-contrariété à la Constitution d'un engagement international, le Conseil commence « par citer les dispositions de la Constitution qui fondent le principe de souveraineté nationale⁴⁹². Mais c'est pour invoquer immédiatement les 14^e et 15^e alinéas du Préambule de 1946 qui proclament, respectivement, que la République française se "conforme aux règles du droit public international" et que, "sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix". Ces références, par la Constitution, à un ordre public international, auquel la France est partie prenante⁴⁹³, permettent à celle-ci de consentir aux transferts de compétences nécessaires à sa participation à la construction de cet ordre »⁴⁹⁴.

Cependant, comme le relève le professeur Guillaume Drago, « la difficulté réside dans la définition et le champ possible de ce "consentement". Le Conseil constitutionnel a trouvé dans le principe de la souveraineté nationale⁴⁹⁵ les limites possibles de ce consentement »⁴⁹⁶.

A ce propos, le commentaire précité indique également que l'opération intellectuelle liée à l'application de critères permettant de fonder une atteinte aux « conditions essentielles

⁴⁹² « Considérant que, *par le préambule de la Constitution de 1958*, le peuple français a proclamé solennellement "son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946" » et « Considérant que, *dans son article 3, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* énonce que "le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation" ; que *l'article 3 de la Constitution de 1958* dispose, dans son premier alinéa, que "la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum" ».

⁴⁹³ « Considérant que, dans son article 53, la Constitution de 1958 consacre, comme le faisait l'article 27 de la Constitution de 1946, l'existence de "traités ou accords relatifs à l'organisation internationale" ; que ces traités ou accords ne peuvent être ratifiés ou approuvés par le Président de la République qu'en vertu d'une loi ».

⁴⁹⁴ M. GUILLAUME, « La Constitution et le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 (Cons. const., 20 décembre 2007) », op. cit., p. 7.

⁴⁹⁵ CC, n° 98-408 DC, 22/01/1999, *Rec.* 29, cons. 12.

⁴⁹⁶ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 450.

d'exercice de la souveraineté nationale » revêt un caractère « empirique ». En effet, et il faut véritablement le souligner, « le Conseil se refuse à définir *a priori* les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. L'approche doit donc se faire "au cas par cas" »⁴⁹⁷.

Plus précisément, par cette notion exprimée par le biais d'une formulation relativement longue composée d'adjectifs et de compléments de substantifs dans une analyse sémiologique, le juge constitutionnel se donne la capacité interprétative de définir et de garantir sur un plan juridique un concept de « souveraineté nationale (A), ainsi que de mettre en œuvre un véritable pouvoir d'appréciation et de décision de ce qui est essentiel et de ce qui ne l'est pas dans les garanties du principe qu'il a lui-même défini (B).

A) La question de la définition du concept juridique de « souveraineté nationale »

Il ne s'agit pas de renoncement intellectuel que de dire qu'il « n'est guère de terme du vocabulaire constitutionnel qui soit aussi complexe et aussi disputé que celui de souveraineté ». De façon globale et minimale, il paraît possible d'établir « qu'il s'agit d'une notion fonctionnelle, voire polémique, par laquelle il s'agit d'affirmer la libre et pleine puissance de l'Etat, face à des prétentions rivales »⁴⁹⁸.

A la lecture de cette proposition, force est de constater que le discours sur la souveraineté ne porte pas sur un objet clair en lui-même, mais qui s'envisage plutôt sous le sceau de « l'incertitude », que certains auteurs tentent d'expliquer initialement « par des raisons terminologiques » concernant le terme étudié ici. Selon eux, « la langue française est insusceptible de rendre compte de manière précise ce mot car elle utilise le même vocable "souveraineté" pour désigner l'ensemble des aspects qu'elle revêt »⁴⁹⁹.

La difficulté réelle se situe bien dans cet aspect là, en ce que la souveraineté doit être envisagée comme un « concept polysémique » dont l'origine n'est d'ailleurs pas issue d'un niveau de discours spécifiquement juridique, ce qui constitue un problème épistémologique de premier ordre. Ainsi, « la question de la souveraineté appelle des réponses exemptes de toute forme de juridisme, tant la dimension politique du concept est capitale »⁵⁰⁰ ; mais faut-il pour

⁴⁹⁷ M. GUILLAUME, op. cit., p. 8.

⁴⁹⁸ V. CONSTANTINESCO, S. PIERRÉ-CAPS, *Droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., PUF, 2007, p. 16.

⁴⁹⁹ L. BAGHESTANI, *Le titulaire de la souveraineté nationale et son exercice dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse (dact.), Dijon, 1996, p. 13.

⁵⁰⁰ J.-M. FAVRET, « L'intégration européenne et la France : quelques réflexions sur la divisibilité de la souveraineté », *RDP*, n° 6, 1999, p. 1744.

autant considérer, qu'en tant que concept justement « foncièrement politique » que « la souveraineté n'est pas un concept juridiquement saisissable »⁵⁰¹ ?

Ce qui semble toutefois important de mesurer, en premier lieu, dans ce débat sur le problème de la « clarté juridique » de la notion de souveraineté, c'est « le fait que la souveraineté ressort du discours politique interne autant que des relations internationales »⁵⁰². Cette dimension à la fois interne et externe du terme même se répercute sur son appréhension en tant que concept juridique. Ainsi, comme l'explique le professeur Florence Chaltiel dans sa thèse, « on distingue habituellement la souveraineté dans l'Etat et la souveraineté de l'Etat. La première désigne le détenteur ultime du pouvoir à l'intérieur du territoire de l'Etat. La seconde suppose l'indépendance et conduit à la non-ingérence des autres Etats dans ses affaires intérieures. La première relève plutôt du droit interne, la seconde, du droit international »⁵⁰³.

En prenant ces considérations comme point de départ à sa réflexion, l'auteur rappelle un élément fondamental et unificateur sur le plan épistémologique, et donc pour le discours relevant de la science du droit, soit le postulat selon lequel la souveraineté « constitue la caractéristique juridique essentielle de l'Etat »⁵⁰⁴. Ainsi, il faudrait donc considérer un concept juridique à « deux faces », sans « voir dans la souveraineté intérieure et extérieure deux souverainetés distinctes. L'une et l'autre se ramènent à cette notion unique d'un pouvoir qui n'en connaît aucun autre au-dessus de lui »⁵⁰⁵.

Cependant, ce concept unique peut revêtir des sens différents, selon une approche traditionnellement historique, admise parce que ledit concept est attaché à la description d'une forme particulière de société politique – étatique – elle-même historiquement située. Cette approche se fonde tant sur la « pratique constitutionnelle » que sur « l'usage savant », et elle a permis d'établir, dans le langage constitutionnaliste moderne, « trois significations principales » pour le concept juridique de souveraineté. « Dans son sens originaire, il désigne le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante, et en particulier de la

⁵⁰¹ S. PIERRÉ-CAPS, in « La Ve République et la souveraineté » (débat avec B. BADIE), *RDP*, n° 5-6, 1998, p. 1476.

⁵⁰² Voir dans l'ouvrage collectif : A.-M. LE GLOANNEC (dir.), *Entre Union et Nations. L'Etat en Europe*, Presses de Sciences Po, 1998, p. 139.

⁵⁰³ F. CHALTIEL, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – tome 99 », 2000, p. 2.

⁵⁰⁴ F. CHALTIEL, *ibid.*, p. 3.

⁵⁰⁵ R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Sirey, 1920, t. I, p. 71 (rééd. Dalloz, 2003).

puissance étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'Etat, et il est par suite synonyme de cette dernière. Enfin, il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'Etat le titulaire suprême de la puissance étatique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe »⁵⁰⁶.

Pour le professeur Jean Combacau, « dans la définition citée [ci-dessus], le dernier de ces sens apparaît seul, et c'est de tous le plus étroitement tributaire de la tradition constitutionnelle française »⁵⁰⁷, qui se reflète jusque dans le droit constitutionnel positif puisque « par le préambule de la Constitution de 1958, le peuple français a proclamé solennellement "son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946" ». Rappelons-nous que l'article 3 de la DDHC proclame que le « principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation », tandis que l'article 1^{er} du titre III de la Constitution de 1791 affirmait plus directement et de façon moins équivoque que cette souveraineté « appartient à la Nation ». La norme constitutionnelle en vigueur énonce quant à elle que « la souveraineté nationale appartient au peuple ». Qu'est-ce que cette désignation peut bien signifier, en l'envisageant dans une « tradition constitutionnelle » ? « Dans cette perspective, qualifier de souverain le peuple ou la nation, c'est à la fois exprimer le mythe français de la constitution du corps politique et désigner l'"organe" qui, fût-ce pour en déléguer le plus souvent l'exercice, jouit de la puissance étatique »⁵⁰⁸.

En réalité, l'éminent professeur souligne quelque chose de fondamental en évoquant « l'exercice » de la souveraineté nationale. De façon constante sur le plan d'une « histoire » constitutionnelle, le droit constitutionnel français « évoque la souveraineté dans deux sens à la fois », et plus précisément dans les deux derniers sens de « la trilogie sémantique exposée par Carré de Malberg »⁵⁰⁹. Ainsi, la Déclaration de 1789 consacre le principe de la souveraineté nationale en y accolant immédiatement un corollaire selon lequel « nul corps, nul individu ne peut *exercer* d'autorité qui n'en émane expressément ». Ceci se retrouve dans le texte de la « Constitution du 4 octobre 1958 », dans une formulation envisagée de façon plus positive aux deux premiers alinéas de l'article 3 de la loi fondamentale en vigueur, inspirés de la

⁵⁰⁶ R. CARRÉ de MALBERG, op. cit., p. 79.

⁵⁰⁷ J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 48.

⁵⁰⁸ J. COMBACAU, *ibid.*

⁵⁰⁹ Cf. A. HAQUET, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, 2004, p. 11 et s.

Constitution de 1946, selon lesquels « la souveraineté nationale appartient au peuple qui *l'exerce* par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer *l'exercice* ».

En droit positif interne, le concept de souveraineté peut donc apparaître comme un concept d'abord envisagé dans un sens matériel ; et à la rigueur, il serait possible de dire que ce caractère matériel fait de la souveraineté une notion fonctionnelle, par exemple du point de vue de l'office du juge constitutionnel, sinon à quoi servirait-il d'en désigner un titulaire ultime dans une source constitutionnelle formelle ?

Pour en revenir au raisonnement du juge constitutionnel et justement au raisonnement lié à l'office de constitutionnalité des engagements internationaux, les sources croisées par lesquelles le juge constitutionnel interprète sa propre compétence en la matière imposent bien un fondement « substantialiste » à la signification « de la souveraineté [qui] domine dans la jurisprudence »⁵¹⁰ par l'utilisation de la notion de « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » ; ce que semble pourtant regretter certains auteurs du fait que le raisonnement qui amène à dégager ladite norme de compatibilité entre l'ordre juridique interne et « l'engagement international en cause » paraît éclipser, en tant que « le Conseil constitutionnel reste sur une conception de la souveraineté liée à la compétence »⁵¹¹, le premier aspect dégagé dans le triptyque malbergien lié à la qualité souveraine de la puissance étatique, soit « une qualité négative d'indépendance »⁵¹² selon le maître alsacien.

Nous nous en référons une nouvelle fois au professeur Combacau lorsqu'il explique que le premier alinéa de l'article 3 du texte constitutionnel interne « a trait à la puissance de l'Etat, envisagé dans son ensemble, et permet en outre d'identifier son titulaire dans l'Etat, qui est le peuple, mais il ne dit rien de la souveraineté de la France, attribut purement négatif entendu comme le fait de ne pas connaître d'autorité supérieure dans l'ordre international », et « c'est seulement dans l'alinéa 15 du préambule de la Constitution de 1946, incorporé par renvoi dans l'ensemble de la légalité constitutionnelle en vigueur, que ce nouveau versant de la notion apparaît »⁵¹³. Selon cette « norme de référence applicable » au contrôle prévu dans le cadre de l'article 54 de la Constitution, « sous réserve de réciprocité, la France consent aux *limitations de souveraineté* nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ».

⁵¹⁰ J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », op. cit., p. 54.

⁵¹¹ K. BECHET-GOLOVKO, « Qu'en est-il du concept de "souveraineté" ? A l'occasion de la décision du Conseil constitutionnel sur le traité de Lisbonne ? », *Politeia*, n° 13, 2008, p. 79.

⁵¹² R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat (...)*, op. cit., p. 80.

⁵¹³ J. COMBACAU, « La souveraineté internationale de l'Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *CCC*, n° 9, 2000, p. 113.

Le constat, pour le juge constitutionnel, s'impose « dès lors que la Constitution, qui constitue son unique "norme de référence", renvoie au droit international, il ne peut faire complètement abstraction du concept international désigné par le même vocable : "souveraineté" »⁵¹⁴. Mais il se heurte à certaines « difficultés », d'abord par l'idée même de sa compétence de « juge constitutionnel » dans l'ordre juridique interne, garant du « respect de la souveraineté nationale »⁵¹⁵ et de « la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique interne »⁵¹⁶, mais en outre, « par la rédaction, pour le moins contestable, des dispositions de valeur constitutionnelle qui visent la "souveraineté" dans son sens international »⁵¹⁷.

Le terme « limitations » figurant dans l'alinéa 15 précité du Préambule de 1946 apparaît comme particulièrement gênant à la doctrine internationaliste, parlant pêle-mêle d'une « conception curieuse de la souveraineté », d'un manque de rigueur, allant jusqu'à estimer que « l'assertion n'a guère de sens ». C'est l'insistance sur le caractère qualitatif et non quantitatif de la « souveraineté internationale » qui est mis en exergue dans ces considérations. Il est de conduite constante et ancienne dans la jurisprudence internationale de se refuser « à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un Etat s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre, apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'Etat, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat »⁵¹⁸.

Comment comprendre dès lors l'idée exprimée derrière « les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » ?

La figure de raisonnement est connue dans l'office de constitutionnalité. Il s'agit de la conciliation, par une combinaison en réalité par laquelle le juge constitutionnel utilise « sous un même mot [« souveraineté »] deux concepts qui, dans les ordres juridiques dans lesquels ils ont respectivement cours, sont distincts et dans une certaine mesure étrangers, [en maniant]

⁵¹⁴ A. PELLET, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 1997 (traité d'Amsterdam) », CCC, n° 4, 1998, p. 115.

⁵¹⁵ CC, n° 98-408 DC, 22/01/1999, Rec. 29, cons. 12 ; pour mémoire, cf. n° 76-71 DC, 30/12/1976, cons. 6 : « Considérant que la souveraineté qui est définie à l'article 3 de la Constitution de la République française, tant dans son fondement que dans son exercice, ne peut être que nationale et que seuls peuvent être regardés comme participant à l'exercice de cette souveraineté les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République ».

⁵¹⁶ CC, n° 2007-560 DC, 20/12/2007, Rec. 459, cons. 8. Voir aussi : CE Ass., 30/10/1998, Sarran, Levacher et autres, Rec. 369 ; Cass., Ass. plén., 02/06/2000, Melle Fraisse, Bull. Ass. plén., n° 4, p. 7.

⁵¹⁷ A. PELLET, op. cit., p. 115.

⁵¹⁸ CPJI, 17/08/1923, aff. Vapeur Wimbledon, Rec. série A, n° 1, p. 25.

sa signification internationale avec des instruments verbaux tributaires de sa signification interne »⁵¹⁹. En d'autres termes, la norme éventuellement issue du 15^e alinéa du Préambule de 1946, « auquel une place doit nécessairement être faite () semble toujours devoir payer tribut à l'envahissant article 3, alinéa 1^{er} »⁵²⁰ de la Constitution.

Il s'agit donc, du point de vue de l'auditoire de la décision de constitutionnalité, de mesurer que « c'est pour opérer cette conciliation que le Conseil a, dès 1970⁵²¹, forgé la notion de "conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale", opérant du même coup un glissement de la notion de souveraineté (...) à ses modalités d'exercice »⁵²², ce qui lui évite d'avoir à définir et donner un contenu forcément « polémique »⁵²³ à un concept de « souveraineté » que d'ailleurs la source formelle de laquelle il l'extirpe pour l'insérer dans des normes de constitutionnalité applicables ne définit pas elle-même. Ce faisant, il déplace son pouvoir interprétatif vers une notion de « conditions essentielles d'exercice » d'une qualité supérieure, souveraine et nationale pour respecter l'ambivalence des sources constitutionnelles, qui lui permet de rendre compte à son auditoire politique, maîtrisant les choix de politique internationale comme les grands choix politiques internes (une « révision de la Constitution » par exemple, enjeu même du contrôle de l'insertion des engagements internationaux), d'un contrôle nécessairement entier sur l'engagement même (soit un contenu) qui donne une signification particulière à une déclaration de contrariété à l'ordre constitutionnel interne en vigueur d'une « clause » de l'accord ou du traité en question. Par suite, il revient aux autorités concernées de prendre leurs responsabilités quant à l'opportunité de poursuivre ou non la ratification ou l'approbation de l'engagement international.

B) Le pouvoir d'appréciation de l'essentialité

En la matière, le rapport « Légimité / Pouvoir » auquel il a été fait référence de façon constante dans l'appréciation difficile de la recherche d'équilibre (dit aussi « logique du raisonnable ») qui sous-tend, selon nous, au déploiement du principe de constitutionnalité dans les procédures impliquant pour le juge constitutionnel un contrôle abstrait et *a priori* ; ici, ce rapport pencherait plutôt ici clairement du côté du « Pouvoir ». Il ne serait pas

⁵¹⁹ J. COMBACAU, « La souveraineté internationale de l'Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », op. cit., p. 114.

⁵²⁰ J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », op. cit., p. 55.

⁵²¹ CC, n° 70-39 DC, 19/06/1970, cons. 9.

⁵²² A. PELLET, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités. (...) », op. cit., p. 116.

⁵²³ F. CHALTIEL, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, op. cit., pp. 7-13.

totallement absurde de considérer que, dans le cadre du contrôle de la compatibilité à la Constitution d'un engagement international en voie d'insertion dans l'ordre juridique interne, le juge constitutionnel n'a pas véritablement à se préoccuper de la « Légimité », puisque la révision constitutionnelle qui apparaît comme la réalisation d'une situation conflictuelle pour ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité des lois avant leur promulgation constitue une portée éventuelle, intrinsèque au cadre constitutionnel de compétence du Conseil constitutionnel, et qui marque la révision de la loi fondamentale sous le sceau de la normalité.

Mais le débat autour de la Légimité n'est pas loin lorsque le rapport avec le Pouvoir se déséquilibre de fait concernant un pouvoir de type juridictionnel. En effet, dans l'analyse du développement des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », il est assez vite souligné que dans l'emploi de ce concept, « le Conseil se dote d'un instrument de contrôle souple et adaptable, mais qui présente l'inconvénient de n'être défini nulle part et d'être source d'incertitudes que sa jurisprudence, extrêmement empirique, ne lève que très incomplètement »⁵²⁴. Selon certains auteurs, cette « incertitude conceptuelle » émerge dès lors que « son acception relève d'une lecture conjuguée des décisions du Conseil y ayant recours » ; incertitude renforcée en ce « qu'employant le terme "essentielles", il ne détermine pas plus ce qui est essentiel de ce qui ne peut pas l'être »⁵²⁵.

Dans sa thèse sur *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, Arnaud Haquet⁵²⁶ estime donc que, du point de vue du « commentaire scientifique », « la critique de la position du juge est donc aisée. Utiliser le critère de ce qui est *essentiel* pour déterminer les "véritables" compétences que l'Etat doit conserver pour préserver sa souveraineté constitue toujours une démarche subjective », ce qui constitue « la difficulté logique de cette jurisprudence » dans la perspective d'approche de l'auteur, justement parce qu'en prenant acte de l'emploi de tels outils de raisonnement, il s'agit d'admettre que le Conseil constitutionnel se « donne (...) le pouvoir d'apprécier la gravité et la portée » d'atteintes à l'exercice de la souveraineté nationale.

Nous retrouvons là un débat autour de la recherche d'un critère rationnel – un « seuil » – destiné à fonder l'essentialité dans le raisonnement du juge constitutionnel. Un écho pas si lointain resurgit de certaines interrogations soulevées à propos des degrés de la

⁵²⁴ A. PELLET, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités. (...) », op. cit., p. 117.

⁵²⁵ K. BECHET-GOLOVKO, « Qu'en est-il du concept de "souveraineté" ? A l'occasion de la décision du Conseil constitutionnel sur le traité de Lisbonne ? », op. cit., p. 82.

⁵²⁶ A. HAQUET, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, op. cit., pp. 264-265.

conciliation opérée par le juge constitutionnel entre les atteintes aux droits et libertés de valeur constitutionnelle et les objectifs d'intérêt général du législateur dans le contrôle abstrait de la constitutionnalité des lois. Concernant le contrôle de constitutionnalité *a priori* des engagements internationaux, nous avons pu établir que la notion complexe de « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » ressortissait de la même logique et devait être perçue comme une figure de la « conciliation », soit de la recherche d'une « voie moyenne entre une conception absolue de la souveraineté (telle qu'elle prévaut dans l'ordre interne) et les exigences de la vie internationale contemporaine (...) comme le Constituant de 1946 en avait eu la forte intuition, [même] maladroitement exprimée »⁵²⁷.

La formulation de tels postulats exige alors d'envisager « l'engagement international » comme l'exercice d'une liberté, tendant éventuellement à apporter une restriction à l'exercice d'autres droits. Il faut être attaché au principe selon lequel « l'engagement international » relève d'une conséquence normale (sans aller jusqu'à la considérer comme nécessaire) de la « souveraineté internationale » de l'Etat ; que les normes constitutionnelles en vigueur imposent de considérer, de façon un peu confuse, comme une part « d'exercice de la souveraineté nationale » alors qu'il s'agit plutôt de « règles du droit public international » mentionnées au 14^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Cette souveraineté externe apparaît comme cette liberté « qu'a l'Etat de faire ce qui est en son pouvoir ». En effet, selon le professeur Combacau, le raisonnement porte sur « une qualité du pouvoir que le droit international reconnaît par ailleurs à l'Etat, et si cette qualité est de n'être pas soumise à un pouvoir supérieur, alors elle s'analyse comme une liberté »⁵²⁸.

Il se dégagerait le principe selon lequel « l'Etat peut brider autant qu'il le juge bon sa liberté future, pourvu qu'il le fasse dans le plein exercice de sa liberté actuelle »⁵²⁹. Un problème incident semble aussitôt surgir : « un Etat conserve-t-il la qualité d'Etat au sens du droit international, quelles que soient les compétences qu'il renonce à exercer »⁵³⁰ selon un consentement normalement autonome et indépendant contracté par des autorités habilitées sur le plan constitutionnel interne à contracter ledit engagement ?

Le raisonnement constitutionnel doit nécessairement opérer la conciliation entre cette « liberté future » et les conditions actuelles d'exercice des droits ou prérogatives qui peuvent

⁵²⁷ A. PELLET, op. cit., p. 116.

⁵²⁸ J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », op. cit., p. 51.

⁵²⁹ J. COMBACAU, *ibid.*, p. 57.

⁵³⁰ J.-M. FAVRET, « L'intégration européenne et la France : quelques réflexions sur la divisibilité de la souveraineté », op. cit., p. 1748.

être rattachés à une qualité souveraine. La résolution du problème juridique se retrouve dans une alternative aux branches strictement opposées ; « d'un côté, la logique de l'autolimitation conduit à une conception purement formelle de la souveraineté, dans laquelle l'Etat peut user de sa liberté actuelle, (...) pour anéantir sa liberté future, c'est-à-dire son indépendance. A cette conception s'en oppose pourtant une autre (...) qui, définissant la souveraineté de l'Etat par le contenu de ses libertés résiduelles, lui interdirait de renoncer à certaines d'entre elles, jugées essentielles, inaliénables et indisponibles car inhérentes à la qualité d'Etat »⁵³¹.

Il convient de relever que le Conseil constitutionnel a tenté de fournir des catégories de « contenu » aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Dans une décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985 dans laquelle le Conseil était saisi par le Président de la République « de la question de savoir si le protocole n° 6 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif à l'abolition de la peine de mort (...) comporte une clause contraire à la Constitution ». Cette décision est marquée par une motivation particulièrement succincte, dans la tradition juridictionnelle française de *l'imperatoria brevitatis*, en trois considérants. Ainsi, si dans le troisième considérant, le juge constitutionnel en vient à établir que l'engagement international en cause « ne porte pas atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale et qu'il ne contient aucune clause contraire à la Constitution », c'est notamment parce que ledit Protocole « n'est pas incompatible avec le devoir pour l'Etat d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens »⁵³².

Sur cette décision, Arnaud Haquet rappelle que celle-ci « présentait un aspect dogmatique. Aucun argument n'avait été avancé à l'encontre de l'engagement international déféré par le président de la République, auteur de la saisine du Conseil constitutionnel. Les précisions apportées par le [Conseil] sur le contenu des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté n'étaient donc pas dictées par les moyens avancés par le requérant. Le juge a profité de l'occasion qui lui était donnée pour préciser le champ de la puissance souveraine »⁵³³. Les catégories dégagées dans cette décision n° 85-188 DC ont été utilisées de

⁵³¹ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, 9^{ème} édition, Montchrestien, 2010, p. 257.

⁵³² CC, n° 85-188 DC, 22/05/1985, *Rec.* 15, cons. 2.

⁵³³ A. HAQUET, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, op. cit., p. 266.

nouveau, cette fois en réponse à une saisine parlementaire motivée⁵³⁴, portant en réalité sur une convention internationale, mais relative formellement à la loi d'approbation de la convention en question et donc, faite sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution, et dans ce cadre, les parlementaires ont adopté, à quelques exceptions près, la pratique consistant à motiver les saisines.

La motivation en l'espèce apparaît beaucoup plus exhaustive, structurant une partie de la décision autour des « différents griefs articulés à l'encontre » d'un article de l'engagement international en cause « quant au devoir pour l'Etat d'assurer le respect des institutions »⁵³⁵, « quant à la continuité de la vie de la Nation »⁵³⁶ et « quant aux droits et libertés des citoyens »⁵³⁷. En réalité, il n'y a pas de définition précise des diverses notions figurant dans la mention de ces différents critères. Par exemple, « le critère de "continuité de la vie de la Nation" apparaît () comme "en creux", c'est-à-dire comme une réponse à un argumentaire des saisissants »⁵³⁸ non « retenu »⁵³⁹ en l'occurrence.

Le flou se retrouve en outre renforcé par le fait qu'au sein de la même décision du 25 juillet 1991 portant sur « la convention d'application de l'accord de Schengen », l'éventuelle « atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » est examinée concernant un article particulièrement mis en cause dans la saisine parlementaire « avec les trois éléments [que le juge constitutionnel] qu'il avait dégagés » dans la décision précitée de 1985, puis « il en fait abstraction (...) manifestant ainsi qu'il ne s'agit pas de critères exclusifs »⁵⁴⁰ dans le contrôle et la définition des conditions d'exercice de la souveraineté nationale par l'adhésion à telle ou telle convention internationale, ce qui va jusqu'à faire douter du caractère utile de ces trois critères.

Au final, c'est l'imprécision qui semble prédominer à l'énonciation effectuée à l'occasion de la décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985. En effet, « les trois secteurs ainsi désignés couvrent à peu près tous les champs possibles de l'action gouvernementale »⁵⁴¹, voire de la « matière constitutionnelle »⁵⁴² dans son ensemble ; ce qui impliquerait qu'une

⁵³⁴ CC, n° 91-294 DC, 25/07/1991, *Rec.* 91, cons. 9 : « Considérant que *les auteurs de la saisine* estiment que l'article 2 de la convention porte atteinte au devoir de l'État d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la Nation et la garantie des droits et libertés des citoyens ».

⁵³⁵ CC, n° 91-294 DC, cons. 10 et 11.

⁵³⁶ Même décision, cons. 12 à 15.

⁵³⁷ *Ibid.*, cons. 16 à 18.

⁵³⁸ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 454.

⁵³⁹ CC, n° 91-294 DC, cons. 15.

⁵⁴⁰ A. PELLET, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités. (...) », op. cit., p. 117.

⁵⁴¹ L. FAVOREU, note in *AFDI*, n° 31, 1985, p. 873.

⁵⁴² A. HAQUET, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, op. cit., p. 266.

application *stricto sensu* irait à l'encontre du principe même d'engagement international, ou en d'autres termes, cela signifierait que l'ordre constitutionnel interne limite de façon presque entière l'exercice de la souveraineté internationale de l'Etat, ce qui est tout de suite contredit par les normes de constitutionnalité en vigueur, et notamment les alinéas 14 et 15 du Préambule de 1946.

Il faut alors bien constater que « la jurisprudence n'a pas poursuivi dans cette voie, probablement trop balisée et qui limitait par trop les paramètres à prendre en considération et le pouvoir d'appréciation du Conseil, sans nécessairement couvrir toutes les situations susceptibles de se présenter »⁵⁴³ : « organisation » et « défense de la paix » ; « traités ou accords relatifs à l'organisation internationale » ayant « des incidences sur le fonctionnement des institutions » ; « traités de commerce » ; traités « relatifs à l'état des personnes »...

Tout ceci semble venir au renfort du bien-fondé de la démarche décrite comme « empirique », ou bien encore « pragmatique ». Celle-ci correspond à un raisonnement qui part du principe selon lequel il n'y a pas de définition *a priori* des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » et qui procède, par rapport à « l'engagement international en cause », « au cas par cas »⁵⁴⁴. Le critère n'a en effet pas besoin d'être opposé à l'ensemble des actes internationaux⁵⁴⁵ soumis à l'examen de « non-contrariété à la Constitution » prévu à l'article 54 de notre texte constitutionnel.

Ensuite, s'il vient à devoir être utilisé, nous avons essayé d'établir que le « jeu » des conditions d'exercice de la souveraineté impliquait, dans la notion même forgée par le juge constitutionnel, une conciliation (et non pas un arbitrage) entre une approche formelle (internationale) et une approche substantielle (interne) du concept de souveraineté du fait même de la relative contradiction entre les « normes de référence » que le juge doit utiliser dans le déploiement d'un principe de constitutionnalité à l'encontre d'engagements internationaux en cours de ratification ou d'approbation.

Dans cette perspective, il apparaît clairement que le juge constitutionnel doit s'attacher à bien mesurer l'objet du traité ou de l'accord international en question, mais plus encore, « ce qui domine dans les décisions du Conseil, c'est l'examen du fond des traités »⁵⁴⁶. La figure de la conciliation rappelée ci-dessus se décline dans une appréhension de ce qui constitue la signification de *l'engagement* international au regard de « l'exercice de la souveraineté nationale », par « une combinaison du domaine du traité (élément matériel) et de la façon dont

⁵⁴³ A. PELLET, *op. cit.*, p. 117.

⁵⁴⁴ cf. M. GUILLAUME, « La Constitution et le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 », *op. cit.*, p. 8.

⁵⁴⁵ Voir : CC, n° 2006-541 DC, 28/09/2006, *Rec.* 102 ; n° 99-412 DC, 15/06/1999, *Rec.* 71.

⁵⁴⁶ J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », *op. cit.*, p. 56.

il régit l'action future des Etats parties (élément formel)»⁵⁴⁷. L'explication paraît convaincante, tant «cette double dimension renvoie à la dualité conceptuelle de la souveraineté pour le Conseil, à la fois comme principe de compétence originaire et d'indépendance et comme un ensemble de pouvoirs régaliens»⁵⁴⁸.

Surtout, à ce stade, cette approche permet véritablement de mesurer que le raisonnement constitutionnel est centré sur *l'engagement, le traité, l'accord* ou bien encore *la convention*. Il émergerait en quelque sorte une sorte d'impératif consistant à «[distinguer] entre les différentes origines des engagements internationaux»⁵⁴⁹; et il faut notamment mettre cela en lien avec les difficultés à dégager des critères généraux et opérationnels en toute hypothèse détaillant les «conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale» qui ramènent au constat que «la détermination abstraite de l'essence de la souveraineté (...) relève de la gageure»⁵⁵⁰.

L'ordre juridique international, voire supranational, n'est pas un bloc et renvoie à une idée abstraite qui recouvre des réalités et des constructions juridiques extrêmement diverses. Cette réalité, ou en d'autres termes cette donnée empirique, apparaît comme un élément indispensable à prendre en compte dans l'office du juge constitutionnel abstrait et *a priori* portant sur les engagements internationaux; d'autant plus si c'est l'auditoire politique, destinataire principal de la décision de constitutionnalité dans ce type d'espèce qui peut être la source d'une distinction et de la mise en exergue particulière de certains choix de politique internationale, par exemple par une révision constitutionnelle.

⁵⁴⁷ J. COMBACAU, « La souveraineté internationale de l'Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », op. cit., p. 118.

⁵⁴⁸ K. BECHET-GOLOVKO, « Qu'en est-il du concept de "souveraineté" ? (...) », op. cit., p. 83.

⁵⁴⁹ Voir : G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 453.

⁵⁵⁰ A. HAQUET, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, op. cit., p. 269.

§ 2 – Le constat d’une distinction dans les conditions d’appréciation de « l’exercice de la souveraineté nationale »

« ... que le constituant a ainsi consacré *l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international* ».

Il ne faut pas s’y tromper. Le choix interprétatif d’un changement⁵⁵¹ de référentiel normatif entre « un ordre juridique communautaire (...) distinct de l’ordre juridique international » aurait pu marquer une étape circonstanciée de l’énonciation constitutionnelle concernant l’insertion du droit international dans « l’ordre juridique interne ».

C'est-à-dire, dans cette optique, que l’observateur devrait comprendre le considérant comme simplement lié à la motivation de la vérification de compatibilité, avec « l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne », de la stipulation d’un « Traité établissant une Constitution pour l’Europe » selon laquelle « la Constitution et le droit adopté par les institutions de l’Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des Etats membres ».

En termes « d’engagement » conventionnel, il s’agit tout de même d’opérer une distinction formelle, d’origine constitutionnelle, entre la participation « aux Communautés européennes et à l’Union européenne » – désormais seule « Union européenne » – et « l’engagement international », « les traités », ou bien encore « les accords » au sens des articles 54 et 55 de la Constitution. La confirmation⁵⁵² de l’énoncé à propos d’un « traité modificatif et non un traité substitutif »⁵⁵³ comme il était possible d’appréhender le « TECE » traduit plus qu’une simple distinction de cadre de relations internationales. La participation à l’Union européenne, « en vertu du traité sur l’Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l’Union », consiste en une « norme de référence » d’une constitutionnalité spécifique voire dérogatoire de réception du droit supranational, eu égard à un régime classique ou général. En « considérant, *toutefois*, que, lorsque des engagements souscrits à cette fin contiennent une clause contraire à la Constitution, remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision

⁵⁵¹ A partir de : CC, n° 2004-505 DC, 19/11/2004, cons. 11.

⁵⁵² CC, n° 2007-560 DC, 20/12/2007, cons. 7.

⁵⁵³ M. GUILLAUME, « La Constitution et le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 », op. cit., p. 4.

constitutionnelle », le juge constitutionnel rappelle que le niveau de spécificité ne porte pas sur une nature « d'engagement international » (A), mais sur un degré « communautaire » d'intégration supranationale (B).

A) Nature : les engagements « internationaux » de droit communautaire

Comme le rappellent les auteurs d'un recueil de jurisprudence, « le 29 octobre 2004, l'Union européenne s'était dotée d'un nouveau traité signé par vingt-cinq Etats membres et portant le titre ambition de "Traité établissant une Constitution pour l'Europe" (TECE). L'entrée en vigueur de ce texte et des actes qui l'accompagnent a été définitivement compromise à la suite du refus opposé par les électeurs français et néerlandais, consultés par référendum, à l'autorisation de ratification sollicitée. C'est un des paradoxes de la décision 505 DC du 19 novembre 2004 : il s'agit incontestablement d'une "Grande décision" à la fois par les enjeux qu'elle sous-tend que par les raisonnements qui l'articulent ; mais elle porte sur un ensemble de textes qui, tels quels, n'entreront jamais en vigueur »⁵⁵⁴.

Le texte de la décision révèle une construction de type illocutoire subséquente à l'« intitulé » du Traité, mais dont « il résulte des stipulations (...), et notamment de celles relatives à son entrée en vigueur, à sa révision et à la possibilité de le dénoncer, qu'il conserve le caractère d'un traité international souscrit par les Etats signataires du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne »⁵⁵⁵. En d'autres termes, sans trop détailler le contenu d'un acte caduc, « le Traité établissant une Constitution pour l'Europe est qualifié juridiquement de traité puisqu'il n'entrera en vigueur que s'il est ratifié à l'unanimité des Etats, puisqu'il ne pourra être révisée qu'à l'unanimité des Etats-membres et puisque, enfin, chaque Etat-membre disposera d'un "droit de retrait", *i.e.* d'un droit de sécession individuel »⁵⁵⁶. Le professeur Jérôme Roux relève qu'« à la différence des traités antérieurs muets sur ce point, [ces dispositions] éloignent du même coup l'Union du modèle fédéral généralement rétif à toute idée de sécession »⁵⁵⁷, « manifestant clairement le maintien de la souveraineté de chacun des Etats membres »⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, op. cit., n° 44, p. 754 [15^{ème} éd.].

⁵⁵⁵ CC, n° 2004-505 DC, cons. 9.

⁵⁵⁶ J.-P. FELDMAN, « Un traité peut-il établir une constitution ? Sur et au-delà de la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 du Conseil constitutionnel », *Politeia*, n° 8, 2005, p. 166.

⁵⁵⁷ J. ROUX, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française », *RDP*, n° 1, 2005, p. 67.

⁵⁵⁸ A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec la Constitution européenne », *RDP*, n° 1, 2005, p. 27.

L'impossibilité de retrait tirée du silence des anciens TCE et TUE sur cette faculté avait échappé à l'inconstitutionnalité en application même du régime constitutionnel du droit international⁵⁵⁹. En matière communautaire, le Conseil constitutionnel n'a pas été en mesure de connaître des traités originaires. Lorsqu'il est « saisi le 11 juin 1970 par le Premier Ministre » à propos du « Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 » et de la « décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970 » sur les « ressources propres » des Communautés, l'exercice de l'office juridictionnel doit s'en tenir à ce que le « traité de Paris du 18 avril 1951, instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier » et les « traités de Rome du 25 mars 1957 instituant respectivement la Communauté économique européenne et la communauté européenne de l'énergie atomique (...) ont été régulièrement ratifiés et publiés et sont, dès lors, entrés dans le *champ d'application* de l'article 55 de la Constitution »⁵⁶⁰. C'est bien le terme d'« application » qui nous retiendra ici. Certes, « ces traités ont pu donner à des institutions internationales des attributions dans des matières qui relèvent, d'après la Constitution, des organes de la République française », mais « ce sont [des] traités ratifiés et publiés *avant* la mise en vigueur de la Constitution de 1958 ; celle-ci n'a pas sur ce point d'effet rétroactif ; (...) peu importe, ils s'imposent à elle »⁵⁶¹. La conséquence juridique s'impose comme de l'ordre du présupposé, de l'acquis⁵⁶². Le juge paraît le confirmer en ce que la référence à la régularité de la ratification et de la publication n'est pas systématique⁵⁶³, semblant trancher par ricochet le débat sur un éventuel contrôle *a posteriori* de ces conditions⁵⁶⁴ dans le cadre d'une saisine sur un acte modificatif⁵⁶⁵ en vertu de l'article 54 du texte constitutionnel en vigueur.

La référence à « l'article 55 » s'enrichit « dans la décision Maastricht I »⁵⁶⁶ de l'explicitation de celle « au quatorzième alinéa du Préambule de 1946, ce qui est une nouveauté et une révérence au droit international non écrit », selon certains auteurs, en ce que

⁵⁵⁹ Sur l'ensemble de la question : D. ALLAND, « Le droit international "sous" la Constitution de la Ve République », *RDP*, n° 5/6, 1998, p. 1649 et s.

⁵⁶⁰ CC, n° 70-39 DC, 19/06/1970, cons. 5.

⁵⁶¹ F. LUCHAIRE, « Le contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux et ses conséquences relatives à la communauté européenne », *Europe*, 1979, p. 418.

⁵⁶² cf. *supra*, I, § 1, B), 2.

⁵⁶³ Voir : CC, n° 77-90 DC, 30/12/1977, *Rec.* 44, cons. 4.

⁵⁶⁴ cf. C. BLUMANN, « L'article 54 de la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité des traités en France », *RGDIP*, 1978, spéc. p. 563

⁵⁶⁵ Explicite : CC, n° 78-93 DC, 29/04/1978, *Rec.* 23, cons. 6 (« Considérant qu'il est constant que le second amendement a recueilli les conditions de majorité exigées par l'article XVII [des statuts initiaux du Fonds monétaire international] et qu'il est, par suite, entré en vigueur le 1er avril 1978 à l'égard de tous les Etats ; qu'il s'impose, dès lors, à la France, *même en l'absence de toute procédure d'approbation sur autorisation législative dans les conditions prévues par l'article 53 de la Constitution*, en vertu des engagements qu'elle a souscrits en adhérant régulièrement, à la suite de la loi du 26 décembre 1945, à l'accord relatif au Fonds monétaire international »).

⁵⁶⁶ CC, n° 92-308 DC, 09/04/1992, cons. 7.

le Conseil « cite l'une de ces règles, *Pacta sunt servanda*, pour en déduire que les traités en vigueur doivent être exécutés y compris par lui-même, puisqu'il s'interdit en conséquence de les contrôler »⁵⁶⁷. En considérant que le « quatorzième alinéa » précité, « auquel se réfère le préambule de la Constitution de 1958, proclame que la République française "se conforme aux règles du droit public international" ; qu'au nombre de celles-ci figure la règle *Pacta sunt servanda* qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi » ; c'est-à-dire « en reprenant mot pour mot l'article 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, la Haute Instance a entendu marquer la nature *contractuelle* d'un traité (...). Le contenu d'un traité antérieurement conclu est donc pris en compte pour apprécier la portée d'une stipulation du traité nouveau qui le modifie ou le complète »⁵⁶⁸, en ce sens que « sont soustraites au contrôle de conformité à la Constitution celles des stipulations d'un traité qui reprennent des engagements antérieurement souscrits par la France »⁵⁶⁹, *a fortiori* en outre celles qui n'y figuraient pas. C'est bien pour cela que l'absence de clause de retrait ne pouvait être invoquée pour remettre en cause la nature de « traité » des engagements internationaux portant sur l'organisation communautaire.

En tout état de cause, par le biais de la portée « substitutive »⁵⁷⁰ du TECE, au sein du raisonnement constitutionnel, la nature internationale de l'Union sur le plan juridique se fonde sur les trois critères liés à la ratification, la révision et la non-irréductibilité de principe de l'engagement. La réunion de ces éléments permet de passer outre « en particulier » ce qui pourrait censément résulter de « la dénomination [d'un] nouveau traité ». S'agissant d'un traité « établissant une Constitution », « il est certain () que le constat, évident et ainsi fermement établi, de la nature purement conventionnelle de ce traité, ne saurait être démenti par sa dénomination constitutionnelle. En effet, pour être systématiquement employée [dans le TECE], celle-ci n'en est pas moins totalement dénuée de portée normative, ainsi que le souligne indirectement le Conseil en précisant qu'elle "n'appelle pas de remarque de constitutionnalité" »⁵⁷¹ »⁵⁷².

⁵⁶⁷ C. GREWE, H. RUIZ-FABRI, « Le Conseil constitutionnel et l'intégration européenne », *RUDH*, 1992, p. 280.

⁵⁶⁸ B. GENEVOIS, « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution », op. cit., p. 380 et p. 381.

⁵⁶⁹ CC, n° 2004-505 DC, 19/11/2004, cons. 8 ; n° 2007-560 DC, 20/12/2007, cons. 10.

⁵⁷⁰ cf. article IV-437 du Traité, § 1 : « Le présent traité établissant une Constitution pour l'Europe *abroge* le traité instituant la Communauté européenne et le traité sur l'Union européenne, ainsi que, dans les conditions prévues par le protocole relatif aux actes et traités ayant complété ou modifié le traité instituant la Communauté européenne et le traité sur l'Union européenne, les actes et traités qui les ont complétés ou modifiés... », et IV-438, § 1 : « l'Union européenne établie par le présent traité succède à l'Union européenne instituée par le traité sur l'Union européenne et à la Communauté européenne », publ. *JOUE*, C 310, 16/12/2004, pp. 186-187.

⁵⁷¹ CC, n° 2004-505 DC, cons. 10.

Cette incise permet au juge constitutionnel de retourner le droit communautaire contre lui-même, « au sommet de l'ordre juridique interne », où « il est donc indispensable de tracer des voies plus ou moins sinueuses pour conduire les normes internationales jusqu'au for interne, ce qui est en partie l'œuvre des constitutions. (...) Lorsqu'il prend cette orientation, l'effort de réflexion bute inmanquablement sur le principe de primauté. Le droit international exige que les aménagements par lesquels la coexistence ou l'harmonisation des normes internationales et internes sont assurées, quels qu'ils soient, ne remettent jamais en cause sa primauté sur le droit interne, primauté à laquelle il ne lui est pas plus possible de renoncer qu'à son existence même »⁵⁷³. Relativement empreint d'idéologisme dans l'ordre juridique international⁵⁷⁴, le principe de primauté s'avère fortement prégnant dans la structuration conceptuelle de l'ordre juridique communautaire, notamment par l'appui de la contrainte juridique qu'il est en état de déployer. La *mesure interprétative* de ce principe en droit communautaire se vérifie dans les « déclarations⁵⁷⁵ annexées à l'acte final de la conférence intergouvernementale qui a adopté le traité de Lisbonne », signé le 13 décembre 2007, qui reproduisent un avis du service juridique du Conseil de l'Union rappelant qu'il « découle de la jurisprudence de la Cour de justice que la primauté du droit communautaire est un principe fondamental dudit droit. Selon la Cour, ce principe est inhérent à la nature particulière de la Communauté européenne. À l'époque du premier arrêt de cette jurisprudence constante (arrêt du 15 juillet 1964 rendu dans l'affaire 6/64, *Costa contre ENEL*), la primauté n'était pas mentionnée dans le traité. Tel est toujours le cas actuellement. Le fait que le principe de primauté ne soit pas inscrit dans le futur traité ne modifiera en rien l'existence de ce principe ni la jurisprudence en vigueur de la Cour de justice »⁵⁷⁶. Comme le souligne le conseiller d'Etat Marc Guillaume, celle-ci « est constante. Un Etat membre ne peut exciper, pour se soustraire à ses obligations d'application ou de transposition du droit communautaire dans les délais prescrits par les actes communautaires, ni de ses règles législatives et réglementaires, ni même de son droit constitutionnel (17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70 ; 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77) »⁵⁷⁷.

⁵⁷² J. ROUX, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française », op. cit., p. 68.

⁵⁷³ D. ALLAND, « Le droit international "sous" la Constitution de la Ve République », op. cit., pp. 1650-1651.

⁵⁷⁴ Voir : P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2010, pp. 449-450 ; J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, 9^{ème} éd., op. cit., pp. 29-30 et p. 185.

⁵⁷⁵ Sur la valeur juridique desdites déclarations qui « n'apparaissent pas au nombre des clauses d'un engagement international dont le Conseil constitutionnel doit examiner la conformité à la Constitution », cf. M. GUILLAUME, « La Constitution et le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 », op. cit., pp. 14-16.

⁵⁷⁶ Déclaration n° 17 à l'Acte final, réf. *JOUE*, C 83, 30/03/2010, p. 344.

⁵⁷⁷ M. GUILLAUME, « La constitution de 1958 et l'Europe : de l'union libre au PACS », *Pouvoirs*, n° 126, 2008, p. 76.

Dans la décision *TECE* en revanche, « les sages du Palais Royal devaient, en réalité, répondre à deux questions : celle de la nature juridique du texte soumis à son analyse et celle de l'innovation résultant de la mention expresse du principe de primauté »⁵⁷⁸ au sein même des stipulations du traité. Le Conseil constitutionnel établit un lien nécessaire entre les deux questions, dans la construction même de la motivation de sa décision n° 2004-505 DC (considérant 10). En quelque sorte, « le contenu prime le contenant »⁵⁷⁹ sur « l'existence de la Constitution française », même si une part du raisonnement pouvait paraître hasardeuse. Le sens de cette critique rejoint une tradition d'analyse « positiviste », faisant que « peu importe au juriste de savoir qui établirait la Constitution européenne et par quel mécanisme, *ex ante*, seule importe l'existence de cette dernière, *ex post* »⁵⁸⁰ ; de façon réaliste, le professeur Champeil-Desplats envisage que « seule la signification juridique donnée à ce nom par des acteurs juridiques – ou des interprètes authentiques – permet de transformer le nom en norme pourvue d'effet juridique », et il apparaît clairement dans la décision évoquée, qu'en l'espèce, « se situant délibérément dans une perspective dualiste, le Conseil constitutionnel n'accorde en effet aucun égard à l'interprétation concurrente que les organes de l'Union effectuent du même principe de primauté du droit de l'Union sur celui des Etats membres »⁵⁸¹. Il s'en tient à sa propre interprétation du traité, « ainsi que de ses protocoles et annexes ».

Sur ce point, la jonction entre le sens conceptuel et la force volitionnelle dans l'emploi du terme « existence » apparaît comme particulièrement prégnante à l'analyse de « la position (...) la seule tenable » pour « le rôle du Conseil constitutionnel au regard de l'ordre juridique interne français ». Ce « rôle » s'apparente alors lui-même à un facteur d'« existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne » dont l'hypothèse de la remise en cause par un traité entraînerait logiquement que « la décision de le ratifier ne pourrait résulter que d'une volonté politique emportant renoncement à la souveraineté de l'Etat »⁵⁸². Le juge constitutionnel n'a pas engagé son auditoire politique dans un tel débat. Au-delà d'un « certain réalisme politique »⁵⁸³, si « l'on imagine une Constitution affirmant la supériorité du droit international sur elle-même, le paralogisme demeure : en termes de hiérarchie interne des normes, le principe de la supériorité d'une norme ne saurait dépendre de l'énoncé d'une norme de rang inférieur ». Pour le professeur Denis Alland, « il faut considérer

⁵⁷⁸ A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec la Constitution européenne », *op. cit.*, p. 26.

⁵⁷⁹ J.-P. FELDMAN, « Un traité peut-il établir une constitution ? », *op. cit.*, p. 166.

⁵⁸⁰ J.-P. FELDMAN, *ibid.*, p. 171.

⁵⁸¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe », *RTDE*, n° 2, 2005, p. 562 et p. 564.

⁵⁸² A. LEVADE, *op. cit.*, p. 31 et p. 28.

⁵⁸³ cf. J. ROUX, *op. cit.*, p. 73.

comme le point le plus avancé – sans doute indépassable du point de vue de l'Etat qui entend se maintenir comme tel – l'assimilation par la Constitution de la procédure de ratification d'un traité inconstitutionnel à la procédure de révision (...), comme c'est le cas aux Pays-Bas ou en Autriche. Dans ce cas, la procédure utilisée opère une transformation de la norme internationale en norme de rang constitutionnel par l'utilisation de la procédure de révision constitutionnelle et non sa promotion à une énigmatique "valeur supra-constitutionnelle"⁵⁸⁴. L'interprétation existentielle référant « à l'ordre juridique interne » et étatique ne peut pas stipuler une spécificité de nature supranationale de l'Union européenne, mais une différence de degré constitutionnel d'engagement.

B) Degré : les engagements « communautaires » de droit supranational

Comme peut le rappeler la doctrine communautariste, « en termes fonctionnels, le système communautaire est déterminé par un axiome fondateur, qui correspond aux caractères de ce que l'on appelle généralement le droit de l'intégration »⁵⁸⁵. Or, en considérant « le processus d'intégration communautaire », il semble pourtant que « la décision fondatrice dans ce domaine est celle rendue par le Conseil sur le traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992 »⁵⁸⁶ ; en particulier, « la partie de la décision consacrée aux normes de référence du contrôle de la constitutionnalité des traités est la plus novatrice »⁵⁸⁷, en cherchant « à assouplir la jurisprudence issue de la décision n° 76-71 DC » et notamment, « à valoriser l'apport résultant du Préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie le Préambule de la Constitution de 1958, au regard des dispositions de valeur constitutionnelle relatives à l'exercice de la souveraineté nationale (Déclaration des droits de l'homme, art. 3 et Constitution de 1958, art. 3, al. 1^{er}) »⁵⁸⁸.

Ainsi, « il résulte de ces textes de valeur constitutionnelle que le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que, sur le fondement des dispositions précitées du préambule de la Constitution de 1946, la France puisse conclure, sous réserve de réciprocité, des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une *organisation internationale permanente*, dotée de la personnalité

⁵⁸⁴ D. ALLAND, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA*, n° 6, 1998, p. 1102.

⁵⁸⁵ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} éd., PUF, 2001, p. 83.

⁵⁸⁶ cf. O. DUTHEILLET de LAMOTHE, « Le Conseil constitutionnel et le processus d'intégration communautaire », in *L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet*, Pédone, 2008, p. 86.

⁵⁸⁷ B. GENEVOIS, « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution », op. cit., p. 381.

⁵⁸⁸ B. GENEVOIS, op. cit., p. 383.

juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de *transferts de compétences* consentis par les Etats membres »⁵⁸⁹.

Jusque-là, il n'avait pu tirer du préambule de 1946 qu'« aucune disposition de nature constitutionnelle n'autorise des transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale à quelque organisation internationale que ce soit », bien que son quinzième alinéa « dispose que, sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix »⁵⁹⁰. Il se dégage une distinction entre « limitations » et « transferts » de souveraineté, largement perçue comme défavorable à l'organisation communautaire. Cette « jurisprudence exprimait une volonté de protection, de plus en plus tatillonne, de la souveraineté nationale dans laquelle on pouvait voir un frein à la progression de la construction communautaire »⁵⁹¹. Le professeur Claude Blumann relevait qu'« un des premiers analystes de la décision du 30 décembre 1976 l'a qualifiée de "victoire à la Pyrrhus". Cette expression correspond exactement à la réalité. Car si les défenseurs des élections directes européennes ont obtenu la reconnaissance de leur constitutionnalité en France, ils ont dû concéder, pour ce faire, à leurs adversaires une affirmation nouvelle et très rigoureuse de la souveraineté nationale »⁵⁹².

Mais, justement, le symbole important de l'élection des membres du Parlement européen n'en est pas moins validé sur le plan constitutionnel interne, en ce que « l'acte soumis à l'examen du Conseil constitutionnel ne contient aucune disposition ayant pour objet de modifier les compétences et pouvoirs limitativement attribués dans le texte des traités aux communautés européennes et, en particulier, à leur Assemblée par les Etats membres ou de modifier la nature de cette Assemblée »⁵⁹³. Il en ressort que « la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats constitue le souci majeur du Conseil constitutionnel. L'important est de s'opposer à tout accroissement "des compétences et pouvoirs limitativement attribués dans le texte des traités aux Communautés européennes". Mais comment réaliser cet objectif, alors que les techniques d'extension des compétences communautaires s'avèrent assez nombreuses »⁵⁹⁴ ? Derrière ce type d'interrogation se révèle le caractère paradoxal de la distinction évoquée quant à son analyse critique.

⁵⁸⁹ CC, n° 92-308 DC, 09/04/1992, cons. 13.

⁵⁹⁰ CC, n° 76-71 DC, 30/12/1976, cons. 2.

⁵⁹¹ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, op. cit., p. 294.

⁵⁹² C. BLUMANN, « L'article 54 de la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité des traités en France », op. cit., p. 588.

⁵⁹³ CC, n° 76-71 DC, cons. 3.

⁵⁹⁴ C. BLUMANN, op. cit., p. 603.

En effet, ce n'est pas tant la conception sévère de la souveraineté et de son exercice qu'elle véhicule que son caractère difficilement opérationnel qui est mis en discussion, « particulièrement dans le cadre de l'intégration européenne où les limitations de compétences ont pour raison d'être et pour conséquence le transfert de ces compétences à l'organisation »⁵⁹⁵. En d'autres termes et d'une façon générale, « limiter la souveraineté d'un Etat n'est pas autre chose que restreindre le domaine de ses compétences, de ses attributions ; or, cette restriction ne peut s'analyser que comme la conséquence d'un transfert des compétences de l'Etat à une autorité internationale »⁵⁹⁶.

De l'aveu même de l'ancien secrétaire général du Conseil, à partir de la décision *Maastricht I* du 9 avril 1992, « c'est la notion de transferts de compétences qui est retenue car elle cadre mieux avec la réalité de la construction européenne »⁵⁹⁷, au sens même de la jurisprudence communautaire⁵⁹⁸. Par la suite, la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, « ajoutant à la Constitution un titre "Des Communautés européennes et de l'Union européenne" », a inséré dans le corpus des normes de référence au raisonnement de constitutionnalité en la matière une disposition employant l'idée d'exercice « en commun » de « certaines de leurs compétences » quant à la participation d'Etats libres (souverains⁵⁹⁹), dont la France, aux « Communautés » et à « l'Union » européennes, et désormais à la seule Union, « en vertu » des traités institutifs. Ce « glissement terminologique et conceptuel significatif () centre le raisonnement sur les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté dont les transferts de compétences (et non plus de souveraineté) sont l'instrumentalisation »⁶⁰⁰, par le fait même désormais de l'application d'une norme constitutionnelle. Cette source constitutionnelle s'impose comme au fondement d'un mouvement de *communautarisation* du raisonnement interne sur l'engagement correspondant, qualifié distinctement par l'objet de « participer à la création et au développement d'une organisation européenne permanente »⁶⁰¹, « le juge constitutionnel devant, très logiquement, tenir compte des exigences qui en découlent et opérer, le cas échéant, ce qui s'apparente à une conciliation substantielle »⁶⁰².

⁵⁹⁵ L. DUBOIS, « Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 216.

⁵⁹⁶ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 384.

⁵⁹⁷ B. GENEVOIS, « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution », op. cit., p. 384.

⁵⁹⁸ CJCE, 15/07/1964, *Costa contre ENEL*, n° 6/64, *Rec.* 1141.

⁵⁹⁹ cf. *supra*, § 1, A).

⁶⁰⁰ C. GREWE, H. RUIZ-FABRI, « Le Conseil constitutionnel et l'intégration européenne », op. cit., p. 281.

⁶⁰¹ CC, n° 2007-560 DC, 20/12/2007, cons. 8.

⁶⁰² A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel, régulateur des rapports de systèmes », in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, op. cit., p. 736.

Titre II – « A posteriori » : le juge constitutionnel dans un système juridictionnel. Développement d'une logique dialogique

À la fin des années 1970, dans des conclusions célèbres, le président Bruno Genevois s'exprimait devant ses pairs, réunis dans la formation contentieuse la plus solennelle du Conseil d'Etat⁶⁰³, de la façon suivante : « dans le domaine du droit communautaire, vous n'auriez de raison valable de vous séparer de la jurisprudence de la Cour de Justice que si celle-ci, par impossible, vous obligeait à méconnaître la Constitution de la République française », appuyant son raisonnement sur l'idée qu'« à l'échelon de la Communauté européenne, il ne doit y avoir, ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges »⁶⁰⁴.

Il ne s'agit pas ici de mesurer combien la ligne de conduite proposée par le président Genevois dans le règlement des rapports entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique communautaire est passée à la postérité et dans quelle(-s) mesure(-s) M. Genevois en a été l'un des initiateurs au sein de la juridiction administrative suprême ; selon nous, par l'emploi du terme « dialogue des juges », l'auteur a apporté une contribution majeure à l'introduction de l'un des préceptes les plus importants de la pensée juridique contemporaine. En effet, « à proprement parler, le dialogue des juges ne constitue ni une règle ou un principe juridique, ni un objectif législatif et encore moins constitutionnel, ni une notion jurisprudentielle. Tout juste peut-on supposer qu'il s'inscrit dans le cadre d'une politique jurisprudentielle »⁶⁰⁵.

Ce dernier constat est sans conteste exact. Cependant, nous voudrions partir de l'hypothèse que cette ligne de conduite constitue une véritable logique de raisonnement en vue de résoudre un certain nombre de problèmes juridiques qui se posent à l'*homo juridicus* (interprètes authentiques – juges par exemple – et autres professionnels du droit), selon une approche en termes de système juridique, et plus loin, de rapports entre systèmes juridiques. La logique dialogique ainsi retenue s'avère donc être une logique systémique.

⁶⁰³ cf. CE Ass., 22/12/1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, Rec. 524.

⁶⁰⁴ B. GENEVOIS, « Conclusions [sous CE Ass., 22/12/1978, *Cohn-Bendit*] », *D.*, 1979, p. 161.

⁶⁰⁵ F. LICHÈRE, « Propos introductifs », in F. LICHÈRE, L. POTVIN-SOLIS, A. RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité*, Nemesis – Bruylant, 2004, p. 12.

L'élévation au rang de principe de la notion de « dialogue des juges » s'impose, dans un discours sur la justice constitutionnelle, en parallèle d'un fait institutionnel portant sur la compétence du juge constitutionnel. Une « loi constitutionnelle » n° 2008-724 du 23 juillet 2008 a introduit dans le texte dit de la « Constitution du 4 octobre 1958 » un nouvel article 61-1 selon lequel « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

Désormais, le juge constitutionnel dispose donc formellement⁶⁰⁶ d'une compétence dite « *a posteriori* » dont le fondement systémique matériel porte sur les « droits et libertés que la Constitution garantit ». Par là, le pouvoir de révision constitutionnelle a renforcé une spécificité organique⁶⁰⁷ au sein du système juridique national par la confirmation de la concentration de la compétence liée au contrôle de la constitutionnalité des lois, avant et après leur entrée en vigueur. La constitutionnalité *a posteriori* s'entend, pour l'ensemble des justiciables, comme la garantie des « droits et libertés » à l'encontre de la loi, et, comme une sorte de corollaire au principe précédent, le champ de compétences du juge constitutionnel se limite « aux droits et libertés que la Constitution garantit ».

Or, l'opposabilité à la loi de normes juridiques liées à la définition de « droits et libertés » n'est pas une compétence spécifique à la juridiction constitutionnelle. Les notions de droits et de libertés apparaissent comme des notions concurrentielles. De ce point de vue, certains auteurs ont dégagé et développé une notion générique de « juge de la loi », couvrant l'ensemble des « juridictions habilitées par la Constitution à contrôler la compatibilité de la législation avec les normes juridiques de rang supérieur. Ces normes sont les règles constitutionnelles et internationales ; en leur sein figurent les droits et libertés fondamentaux reconnus à l'Homme et au Citoyen »⁶⁰⁸. En partant de cette définition stipulative, il est possible de « considérer que trois types de juridiction (...) font partie de la catégorie » ainsi mise en exergue : la juridiction constitutionnelle, les juridictions ordinaires ainsi que les

⁶⁰⁶ Pour faire une distinction nette avec l'état du droit antérieur, et l'interprétation extensive nécessaire (voire l'abus de compétence, cf. P. BLACHÈRE, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, n°105, 2003, pp. 20-21) du cadre de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution par le juge constitutionnel, voir : CC, n° 85-187 DC, 25/01/1985, *Rec.* 43, cons. 10 : « la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine » ; une seule déclaration de non-conformité recensée sur ce fondement : CC, n° 99-410 DC, 15/03/1999, *Rec.* 51, cons. 39 à 42.

⁶⁰⁷ cf. *supra*, Chap. introductif.

⁶⁰⁸ C. de ARANJO, *Les juges de la loi et la garantie des droits de l'homme. Etude des rapports entre cours constitutionnelles et européennes en France et en Allemagne*, thèse (dact.), Paris II, 2005, p. 17.

juridictions européennes, c'est-à-dire la Cour européenne des Droits de l'Homme, et surtout, parce que l'ordre juridique communautaire s'impose comme étant « intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international »⁶⁰⁹, la Cour de Justice de l'Union européenne⁶¹⁰.

Par l'insertion de l'article 61-1 dans le texte constitutionnel, les autorités compétentes ont conforté la solution consistant à « dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité »⁶¹¹, alors qu'il n'était pas dénué de tout fondement, selon certains auteurs, d'« estimer que l'extension des compétences du Conseil constitutionnel à l'égard de la loi et des normes législatives en vigueur serait un élément de centralisation et de clarification [voire] un renforcement de l'autorité du droit français vis-à-vis des normes européennes »⁶¹². Mais ce n'est pas le choix du pouvoir de révision constitutionnelle qui, en tant que tel, doit être discuté ici. Il doit désormais être pris comme une donnée dont un discours sur la compétence du juge constitutionnel et la signification du principe de constitutionnalité doit nécessairement prendre acte.

En revanche, il est indéniable que les considérations précédentes rappellent que le débat juridique sur le développement du contrôle de constitutionnalité dans l'ordre juridique interne ne peut se détourner, par rapport peut-être aux débats qui se tenaient vingt ans en arrière, de « l'utilisation d'arguments tirés de l'insertion de la France dans un système international, en particulier européen, de plus en plus contraignant »⁶¹³. La constitutionnalité *a posteriori* doit donc s'envisager dans cette double dimension externe (chap. 1) et interne (chap. 2), à partir du moment où il est admis que le déploiement dudit principe de constitutionnalité revêt une potentialité d'effet utile « pour tenter de résoudre les problèmes juridiques rencontrés dans notre ordonnancement normatif »⁶¹⁴, principalement liés à l'« application de la Constitution » et à la « résolution des conflits de normes ».

⁶⁰⁹ Depuis : CC, n° 2004-505 DC, 19/11/2004, *Rec.* 173, cons. 11.

⁶¹⁰ Jusque-là dénommée « Cour de Justice des Communautés européennes », mais nous anticipons par l'emploi de l'expression ci-dessus sur l'entrée en vigueur du Traité sur l'Union européenne, tel que modifié par le traité signé à Lisbonne le 13/12/2007 (réf. *JOUE*, 17/12/2007, C306/1).

⁶¹¹ Cf. G. ALBERTON, « Peut-on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité ? », *AJDA*, 26/05/2008, p. 967 et s.

⁶¹² D. MAUS, « Nouveaux regards sur le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », in D. de BÉCHILLON, P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS, E. MILLARD (coord.), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, pp. 677-678.

⁶¹³ D. MAUS, op. cit., p. 673.

⁶¹⁴ cf. R. RICCI, « Le Conseil d'Etat et la loi : vers la recevabilité d'une exception d'inconstitutionnalité ? L'avènement inéluctable de la garantie juridictionnelle de la Constitution », *LPA*, 1999, n° 200 (1^{ère} partie), p. 12.

Chap. 1 : Le juge constitutionnel et les rapports de systèmes (2^{ème} approche du point de vue des normes)

Il convient de souligner que c'est bien le pluriel qui est employé dans l'expression « rapports de systèmes ». L'emploi de cette formule constitue une référence voulue à l'œuvre du théoricien et philosophe du droit Hans Kelsen qui, pour décrire « les rapports entre Etat et communauté internationale, ou encore entre droit interne et droit international », avait fait émerger la notion de « rapports de système », parce que lesdits rapports doivent être considérés comme « des rapports systématiques », entre « éléments d'un seul et même système juridique. De la sorte – [ajoutait-il] – nous aurons établi l'unité du droit en tant que système de toutes les règles juridiques en vigueur, tant des règles de droit interne que de celles de droit international »⁶¹⁵. Cette conception implique une vision des « rapports que peuvent entretenir les blocs de constitutionnalité et de conventionnalité (...) dans l'unique perspective d'une hiérarchie normative »⁶¹⁶, logique « se réduisant nécessairement à une dialectique normative de primauté/subordination »⁶¹⁷.

Cette vision hiérarchique de la résolution des conflits de normes n'est pas étrangère au droit positif⁶¹⁸, bien au contraire. Cependant, « si elle peut encore expliquer le fonctionnement intrinsèque d'un ordre juridique pris isolément, elle ne permet assurément pas d'appréhender le pluralisme juridique régnant aujourd'hui »⁶¹⁹ ou, en d'autres termes, « la présence

⁶¹⁵ H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCDAI*, t. IV, 1926, pp. 231-232.

⁶¹⁶ G. ALBERTON, « De l'indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité », *RFDA*, n° 2, 2005, p. 250.

⁶¹⁷ G. ALBERTON, *ibid.*, p. 257 ; cf. H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *op. cit.*, p. 270 : « Puisqu'il est impossible d'admettre simultanément le caractère obligatoire de deux ordres normatifs différents et indépendants l'un de l'autre, il ne saurait y avoir entre deux ordres normatifs qu'un seul type de relation, qui, faisant apparaître leur indépendance comme purement provisoire et relative, les fasse rentrer en qualité d'ordres partiels ou subordonnés dans l'unité supérieure d'un ordre total. Deux relations répondent à cette exigence : la coordination, qui unit deux éléments équivalents, et la subordination, qui établit entre les deux termes une hiérarchie. Coordonner deux systèmes de normes, c'est les subordonner à un troisième ordre, à un ordre supérieur qui en délimite le domaine. *C'est donc la subordination qui est le rapport fondamental* ».

⁶¹⁸ Par exemple : CE Ass., 30/10/1998, *Sarran, Levacher et autres*, *Rec.* 369 (« si l'article 55 de la Constitution dispose que "les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie", la *suprématie* ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ») ; Cass. Ass. plén., 02/06/2000, *Mlle Fraisse*, *Bull. Ass. plén.*, n° 4, p. 7 ; CC, n° 2004-505 DC, 19/11/2004, *préc.*, cons. 10.

⁶¹⁹ G. ALBERTON, *op. cit.*, p. 258.

simultanée de plusieurs sources de légalité étroitement imbriquées qui règlementent la réalité sociale en se chevauchant »⁶²⁰, notamment à propos des « droits » et « libertés ».

Au regard de ces considérations, liées à des facteurs de réalité juridique, nous formulerons l'hypothèse que le raisonnement du juge constitutionnel peut être amené à s'inscrire dans une logique dialogique au sein de « rapports de systèmes » ou éventuellement, de « rapports entre systèmes ». Par là, nous voudrions signifier que le pluralisme est en quelque sorte pris en compte comme une donnée d'ordre structurel dans le raisonnement sur la problématique des rapports de systèmes.

En effet, par nature, le droit international – quand il existe par sa reconnaissance dans les ordres juridiques étatiques – devrait primer sur le particularisme, pourtant souverain, des diverses entités qui le composent et qui sont à la source de son existence. Pour caractériser « les rapports [forcément nécessaires] entre droit international et droits internes », le célèbre juriste internationaliste Michel Virally employait l'image d'un « pluralisme ordonné à primauté du droit international »⁶²¹.

La Convention de Vienne sur le droit des traités, signée le 23 mai 1969, énonce ainsi dans son article 27 qu'« une partie [à la Convention] ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant de la non-exécution d'un traité », en vertu de la nature contractuelle du droit supranational⁶²² et l'égalité juridique de principe entre les parties qui peuvent normalement signer des accords et faire naître des obligations entre elles. Dès lors, l'ordre juridique international est régi essentiellement par les « principes du libre consentement et de la bonne foi », selon le Préambule de la Convention de 1969. Pourquoi évoquer cette Convention alors même que la France ne l'a pas ratifiée ? « Exposé particulièrement précieux du fond commun du droit applicable aux traités » selon Denis Alland⁶²³, ce texte a en effet l'immense mérite de systématiser « des règles coutumières préexistantes, qui sont, comme telles, dotées de valeur obligatoire au-delà du cercle des Etats parties à cette convention »⁶²⁴, comme par exemple le fameux principe *Pacta sunt*

⁶²⁰ G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS, « Quelques réflexions sur la singularité des rapports du droit communautaire avec d'autres ordres juridiques », in G. VANDERSANDEN (coord.), *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, vol. I, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2003, p. 399.

⁶²¹ M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes » [1964], in M. VIRALLY, *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, PUF, 1990, p. 116.

⁶²² Ainsi, rappelons-nous par exemple que la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 fait référence non pas seulement aux Etats mais plus encore aux « Hautes parties contractantes » (cf. art. 1^{er}).

⁶²³ D. ALLAND, *Droit international public*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2000, p. 218.

⁶²⁴ P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, 10^{ème} éd., Dalloz, coll. « Précis », 2010, p. 296.

*servanda*⁶²⁵, au fondement de la supériorité des traités dans l'ordre international. Sans en faire explicitement une norme de référence dans son contrôle de compatibilité des engagements internationaux de la France avec l'ordre constitutionnel en vigueur (article 54 de la Constitution de 1958), le Conseil constitutionnel⁶²⁶ lui a ainsi donné une reconnaissance particulière en rattachant son fondement juridique, dans l'ordre interne, à l'alinéa 14 du Préambule de 1946 que nous avons évoqué précédemment ; reconnaissance dont l'objectif est de moduler son contrôle lorsque les dispositions d'un nouveau traité ont « pour objet de modifier ou compléter » des engagements internationaux « déjà introduits dans l'ordre interne » qui ne sauraient être remis en cause.

Quel que soit le degré de tradition dite « moniste » constaté dans l'observation des procédés et mécanismes d'insertion des traités internationaux dans l'ordre juridique interne, ou bien encore l'accueil plutôt favorable du système normatif dans la place réservée aux normes internationales, avec un rang supra-législatif *a priori* beaucoup plus clair sous le régime instauré par l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 qu'auparavant⁶²⁷, il faut situer le discours sur la question des « rapports de systèmes » juridiques – internes et supranationaux – dans le cadre d'un dualisme, ou « pluralisme » selon Michel Virally, d'ordre structurel. Comme le souligne le professeur Guillaume Drago, « le caractère national de la Constitution implique nécessairement une certaine imperméabilité au droit supranational, c'est-à-dire une résistance [de principe] à l'introduction des normes internationales en droit interne. (...) En créant un ordre juridique national, la Constitution règle les éléments de sa propre suprématie dans un territoire donné, à l'égard d'une population déterminée mais aussi sur toutes les normes qui lui sont subordonnées, passées, présentes et futures »⁶²⁸. La dernière partie de l'assertion de M. Drago apparaît un peu trop schématique et si en effet, la question des « rapports de systèmes » sous-tend un conflit de primauté, nous sommes en accord avec l'idée que « la logique de la hiérarchie » ne conduise à une « impasse »⁶²⁹. Dans cette perspective, les solutions jurisprudentielles récemment observées dans les décisions du Conseil constitutionnel⁶³⁰ apparaissent pour certains auteurs comme « le point de départ d'un

⁶²⁵ « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi » (article 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969).

⁶²⁶ CC, n° 92-308 DC, 09/04/1992, cons. 7, *Rec.* 55.

⁶²⁷ cf. par exemple et pour rappel l'article 26 de la Constitution du 27 octobre 1946.

⁶²⁸ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} édition, 2006, p. 423.

⁶²⁹ P. M. MABAKA, « Suprématie de la constitution et primauté du droit européen : mariage impossible ? », *RRJ*, n° 2, vol. 1, 2001, p. 710.

⁶³⁰ CC, n° 2004-496 DC, 10/06/2004, *Rec.* 101 ; n° 2004-497 DC, 01/07/2004, *Rec.* 107 ; n° 2004-498 DC, 29/07/2004, *Rec.* 122 ; n° 2004-499 DC, 29/07/2004, *Rec.* 126 ; n° 2004-505 DC, 19/11/2004, préc. ; n° 2006-540 DC, 27/07/2006, *Rec.* 88 ; n° 2006-543 DC, 30/11/2006, *Rec.* 120 ; n° 2007-560 DC, 20/12/2007, *Rec.* 459 ; n° 2008-564 DC, 19/06/2008, *Rec.* 313.

renouvellement significatif des rapports de systèmes, montrant de manière éclatante (...) qu'en la matière, dialogue et conciliation font mieux que monologue et hiérarchisation ! »⁶³¹.

Dans le discours de la science du droit, le type idéal de la hiérarchie est en effet lié au postulat normativiste et de la recherche du fondement de la validité d'une norme dans un système d'imputation qui lui confère son caractère juridique dans un ordre donné. La question de la validité n'est pas en jeu dans le problème des rapports entre le droit interne et le droit supranational. Un ordre international ne peut remettre en cause l'existence juridique d'une norme nationale, et il en va de même dans la relation inverse, l'hypothèse d'une mise à l'écart d'une norme internationale dans l'ordre juridique interne ne remettrait pas en cause unilatéralement son existence dans l'ordre juridique international visé.

L'analyse en termes de « rapports de systèmes » apparaît donc en quête d'un autre paradigme que celui de la hiérarchie. Le dialogue des juges, ce n'est pas seulement le renvoi aux conditions d'établissement d'un rapport de type vertical entre la norme interne et la norme supranationale, appréhendé du point de vue du juge constitutionnel en termes d'« intégration » ou d'« assimilation », soit « l'intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité [devant] avoir logiquement pour effet de faire disparaître les "spécificités" originelles du premier en lui transmettant les caractéristiques normatives du second et, en conséquence, de lui reconnaître une autorité juridique identique »⁶³².

La logique dialogique sous-tend une dynamique normative plus complexe entre les systèmes juridiques considérés, décrite au travers de notions aussi diverses et abstraites telles que l'« interaction », la « collaboration » voire la « complémentarité », et de façon plus distendue la simple « cohabitation », jusqu'au constat d'une véritable « concurrence » dans la perspective du prisme systémique, donné par l'article 61-1 de la Constitution, que sont les « droits » et « libertés ».

Une difficulté importante provient du fait que la question du dialogue des juges constitutionnels et supranationaux touche, du constat de l'absence d'une institutionnalisation contraignante, à l'ampleur du pouvoir interprétatif du juge considéré comme garant de l'autonomie⁶³³ du système duquel il tire la source de sa propre compétence. L'écueil est alors

⁶³¹ A. LEVADE, « Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires », *RFDA*, n° 3, 2007, p. 577.

⁶³² G. ALBERTON, « De l'indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité », *op. cit.*, p. 250.

⁶³³ Sur cette notion, cf. F. OST, M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 2002, pp. 188-197.

de tomber dans le domaine du « simple souhait », de la « pure incantation (...) renvoyant plus à la méthode Coué qu'au constat vérifié »⁶³⁴ et surtout, vérifiable.

Il se dégage selon nous une problématique de type dialectique. Le raisonnement constitutionnel portant sur les rapports de systèmes s'inscrit dans une tension entre le dialogue et le pluralisme, entre nécessaire respect de l'engagement international et primauté de la Constitution, entre réalisme interprétatif lié à la définition du sens de la norme relative à un droit ou une liberté et « règles de conflit de normes »⁶³⁵ applicables dans l'ordre juridique interne... entre « prétentions unilatérales et reconnaissances réciproques »⁶³⁶. En ce sens, « le dialogue apparaît d'abord comme un instrument permettant un respect mutuel de l'exercice par chaque juge de sa mission, afin que chaque droit et système de droit garde sa cohérence »⁶³⁷.

Ainsi, la question de la prise en compte de la norme supranationale dans le raisonnement interne de constitutionnalité (I) est indissociable du problème de la compétence du juge constitutionnel et de la fonction de celui-ci dans les rapports de systèmes (II), eu égard aux éventuelles évolutions constatées.

⁶³⁴ F. LICHÈRE, « Propos introductifs », op. cit., p. 12.

⁶³⁵ Par exemple : CE, 05/01/2005, *Mlle Deprez et M. Baillard*, Rec. 1.

⁶³⁶ F. OST, M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 201.

⁶³⁷ L. POTVIN-SOLIS, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in F. LICHÈRE, L. POTVIN-SOLIS, A. RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité*, op. cit., p. 47.

I. La norme supranationale dans le raisonnement interne de constitutionnalité

Dans l'ordre juridique interne, en l'état du droit positif, la résolution des conflits de normes issues d'ordres juridiques internationaux ou supranationaux avec les normes dont le principe de validité relève de l'ordre juridique national obéit au principe de la dissociation entre le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité. Cette solution résulte d'une interprétation stricte par le juge constitutionnel de sa propre compétence et par elle, de la répartition des compétences entre la juridiction constitutionnelle et les « divers organes de l'Etat »⁶³⁸, et en particulier les « autorités juridictionnelles »⁶³⁹.

En effet, depuis une décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, il est fermement établi que « le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre [du contrôle de constitutionnalité], en raison de la différence de nature de ces deux contrôles ». Il en est déduit que, « dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel (...) d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international »⁶⁴⁰.

La position du juge constitutionnel n'a cessé d'être débattue en doctrine, surtout – à quelques défenseurs près – dans le sens d'une difficulté d'explication et de compréhension des conséquences juridiques inhérentes à la solution de principe du Conseil constitutionnel. « Et précisément, comment persister à soutenir que le Conseil serait en fait incompétent pour contrôler la conventionnalité d'une loi car la violation de l'article 55 de la Constitution qui résulterait de la méconnaissance d'un traité serait en réalité trop indirecte pour pouvoir être censurée en tant que telle ? (...) Le contrôle de conventionnalité, parce qu'il trouve sa source dans l'article 55, se fonde en effet dans le contrôle de constitutionnalité qu'il implique »⁶⁴¹.

D'autres auteurs insistent sur des changements de circonstances de droit, estimant que « 1975, c'était il y a un siècle ! La loi, pour l'essentiel, restait l'expression de la volonté générale sans que quiconque se fût assuré qu'elle se situât dans le respect de la Constitution. Elle demeurait l'écran infranchissable disposé devant les pas de la Cour de cassation comme du Conseil d'Etat. Les traités, hors le droit international privé, ne créaient aucun droit

⁶³⁸ CC, n° 86-216 DC, 03/09/1986, *Rec.* 135, cons. 6.

⁶³⁹ CC, n° 2006-540 DC, 27/07/2006, *Rec.* 88, cons. 20.

⁶⁴⁰ CC, n° 74-54 DC, 15/01/1975, *Rec.* 19, cons. 6 et 7.

⁶⁴¹ G. ALBERTON, « Peut-on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité ? », *op. cit.*, p. 970.

subjectif. Les juridictions n'avaient pas découvert la compétition », concluant : « la Constitution ignorait l'Europe »⁶⁴².

S'il s'agit de mesurer des atténuations à la dissociation de principe entre la constitutionnalité et la conventionnalité, voire même d'établir des exceptions à la jurisprudence dite « IVG », il paraît intéressant que l'évaluation du raisonnement constitutionnel interne se fasse par une dissociation entre un mouvement vertical (§ 1) de prise en compte de la norme supranationale, lié à un ordre de contrainte, et une dynamique interprétative horizontale (§ 2) plus maîtrisée par l'interprète authentique.

§ 1 – Prise en compte verticale

L'idée de verticalité vise à décrire et à comprendre un mouvement de prise en compte de la norme internationale dans le raisonnement constitutionnel interne qui s'apparente à l'inscription de l'office du juge constitutionnel dans une sorte d'ordre de contrainte (-s). De façon stipulative, il est donc postulé que le juge constitutionnel se trouve placé « dans une situation telle que, parmi tous les choix possibles que son pouvoir discrétionnaire permet, seul un ou quelques-uns apparaissent possibles »⁶⁴³. En d'autres termes, le juge se voit contraint « de réduire les choix possibles » en vue de résoudre un problème qui s'avère plus ou moins lié à des conflits normatifs, entre le sens du droit interne et le droit supranational. La résolution envisagée va dans la direction d'une inflexion du droit interne qui s'évalue principalement par rapport à la norme internationale.

Il s'agit donc d'être en mesure de comprendre, au sein d'un raisonnement donné dans certaines décisions de constitutionnalité, un certain nombre de facteurs liés aux rapports de systèmes, et qui ont poussé la juridiction constitutionnelle au changement de solutions antérieures, à l'évolution et même à la dérogation nécessaire à certains principes constitutionnels en vigueur dans l'ordre juridique interne.

En effet, l'approche en termes de « contrainte » implique normalement dans son usage l'établissement de relations, spécifiquement juridiques, de cause (-s) à effet(-s). Il convient de rappeler que « la causalité visée (...) est celle qui résulte de la perception par les acteurs des

⁶⁴² G. CARCASSONNE, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *CCC*, n° 7, 1999, p. 93.

⁶⁴³ V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in *ID.*, avec C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant – LGDJ, 2005, p. 14.

normes et des relations entre les normes qui forment le système juridique »⁶⁴⁴ et en particulier, qui permettent de régler les rapports entre les systèmes inter- ou supranationaux et l'ordre juridique interne. Dans cette optique, la distinction s'impose entre deux niveaux de facteurs, externe (A) et interne (B), en ce que la contrainte peut résulter, soit de « la configuration du système juridique » international, soit de la prise en compte d'une obligation interne s'imposant au juge constitutionnel, c'est-à-dire une norme de rang constitutionnel.

A) Facteur externe : la responsabilité internationale de la France

L'hypothèse envisagée ci-après concerne une évolution manifeste dans les concepts employés par le juge constitutionnel dans son office, de façon quasi immédiate après la condamnation de la France pour l'adoption d'une loi, en tant que partie à un ordre juridique international, alors même que, saisi de ladite loi sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution, le juge constitutionnel l'avait déclarée conforme à la Constitution sans aucune réserve. Certains auteurs ont alors relevé, certes, « une réaction rapide du Conseil constitutionnel » face à « une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle »⁶⁴⁵, niveau de « menaces » qui se mesure d'ailleurs assez aisément justement par le caractère « rapide » de la « réaction » du juge constitutionnel. Alors, de quoi s'agit-il exactement ?

Le cadre supranational est celui de la Convention européenne des Droits de l'Homme, « ouverte à la signature des membres du Conseil de l'Europe »⁶⁴⁶ à Rome le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, que la France, pourtant « Haute Partie contractante » fondatrice du cadre européen en question, n'a définitivement ratifiée qu'en 1974⁶⁴⁷. Il s'agit donc d'un corpus⁶⁴⁸ de normes internationales s'appliquant dans l'ordre juridique interne avec l'autorité correspondante prévue par l'article 55 du texte de la « Constitution », c'est-à-dire supralégislative, et portant en outre sur un objet constitutionnel.

Une autre spécificité majeure de la Convention réside bien évidemment en ce que celle-ci est un instrument international (« réseau d'engagements synallagmatiques

⁶⁴⁴ V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, *ibid.*, p. 14.

⁶⁴⁵ B. MATHIEU, « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle », *RFDA*, n° 2, 2000, p. 289.

⁶⁴⁶ Article 59, § 1 de la « Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ».

⁶⁴⁷ Loi n° 73-1227 du 31 décembre 1973, publ. *JO*, 03/01/1974, p. 67 ; Décret n° 74-360 du 3 mai 1974 « portant publication... », publ. *JO*, 04/05/1974, p. 4750.

⁶⁴⁸ Englobant la Convention proprement dite et ses Protocoles additionnels que la France a tous ratifiés.

bilatéraux »), protecteur des droits de l'homme, créant « des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une "garantie collective" »⁶⁴⁹ d'ordre juridictionnel. Plus précisément, les « Hautes parties contractantes » ont accepté⁶⁵⁰, en adhérant à la Convention : d'une part, qu'un juge européen puisse être saisi, le cas échéant, de « requêtes individuelles » formées par « par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation (...) des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles »⁶⁵¹ ; et, d'autre part, les Etats parties se sont engagés « à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties »⁶⁵², le système conventionnel prévoyant même le principe d'une surveillance de l'exécution de l'arrêt définitif de la Cour de Strasbourg par un organe du Conseil de l'Europe.

Aussi, la Cour européenne des droits de l'homme estime-t-elle devoir s'assurer de l'effectivité du respect des droits et libertés consacrés dans les textes fondant sa propre compétence qui finalisent d'ailleurs « l'institution de la Cour »⁶⁵³ à l'assurance du « respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes » de la Convention et de ses Protocoles. Sur ces fondements, elle a ainsi établi que si les autorités nationales « ont en principe la faculté de choisir les mesures qu'elles jugent nécessaires au respect de la prééminence du droit ou pour donner effet à des droits constitutionnels, elles doivent en user d'une manière conciliable avec leurs obligations au titre de la Convention et sous réserve du contrôle des organes de celle-ci »⁶⁵⁴. D'une façon générale, « l'organisation institutionnelle et politique des Etats membres [doit] respecter les droits et principes inscrits dans la Convention. Il importe peu, à cet égard, que se trouvent en cause des dispositions constitutionnelles (...) ou simplement législatives »⁶⁵⁵.

Il paraît dès lors relativement aisé de mesurer que « la censure, par la Cour européenne des droits de l'homme, d'une loi déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel français, alors que les normes applicables devant ces deux juridictions sont substantiellement équivalentes, pose avec une acuité renforcée la question du risque de

⁶⁴⁹ CEDH, 18/01/1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, A, n° 25, § 239.

⁶⁵⁰ Pour ce qui est de la France, cf. Décret n° 81-917 du 9 octobre 1981 « portant publication de la déclaration d'acceptation du droit du recours individuel en application de l'article 25 de la convention européenne des droits de l'homme en date du 4 novembre 1950 », *JO*, 14/10/1981, p. 2783.

⁶⁵¹ Article 34 de la CESDH.

⁶⁵² Article 46, § 1 de la CESDH.

⁶⁵³ Article 19 de la CESDH.

⁶⁵⁴ CEDH, 29/10/1992, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, A, n° 246-A, cons. 69.

⁶⁵⁵ CEDH, 30/01/1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, Recueil 1998-I, cons. 30.

contournement du juge constitutionnel français et de la relégation du droit constitutionnel et de son juge dans un rôle secondaire »⁶⁵⁶. Il a même été question en matière de « validations législatives » d'une véritable « leçon de droit »⁶⁵⁷ infligée par la Cour de Strasbourg à l'encontre du juge constitutionnel français, celle-ci s'attachant à démontrer « l'absence de pertinence des arguments invoqués » et reçus pour fonder la constitutionnalité de la loi en cause dans deux affaires qu'elle avait à connaître et auxquelles elle a répondu en un arrêt⁶⁵⁸ rendu dans sa formation la plus solennelle, c'est-à-dire en « Grande chambre ».

L'origine de ce contentieux provient tout d'abord de difficultés d'interprétation par les tribunaux judiciaires d'un protocole d'accord datant de 1953 et accordant une prime aux agents des caisses départementales de sécurité sociale d'Alsace-Moselle. En 1988, un certain nombre de salariés assignent leurs employeurs devant les conseils de prud'hommes pour contester les modalités de calcul de la prime telles qu'elles se pratiquent notamment en application d'un avenant au protocole de 1953 datant de 1974 qui minore l'indemnité à « 3,95 points » alors que le premier protocole prévoyait une prime « égale à douze fois la valeur du point, fixée par la convention nationale du personnel des organismes sociaux ».

Or, il s'avère que les réponses juridictionnelles ne sont pas uniformes. En effet, « les tribunaux judiciaires [en l'occurrence, des Cours d'appel] n'accordent pas tous la même réponse. Certains considèrent qu'un usage s'est créé autour du taux de calcul d'origine. D'autres acceptent la réduction de la prime. La Cour de cassation se prononce sur certaines instances mais d'autres sont en cours lorsque le législateur intervient »⁶⁵⁹.

En effet, l'article 85 d'une « loi relative à la santé publique et à la protection sociale »⁶⁶⁰ « a pour objet, sous réserve des décisions de justice devenues définitives, de préciser à compter du 1er décembre 1983 le montant de la prime de "difficultés particulières" instituée par le protocole d'accord du 28 mars 1953 au bénéfice des personnels des organismes de sécurité sociale des départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle en la fixant à 3,95 fois la valeur du point » conformément à la convention collective nationale applicable aux agents de la sécurité sociale.

Cette disposition est contestée devant la juridiction constitutionnelle dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*. La conclusion de l'office du juge constitutionnel

⁶⁵⁶ B. MATHIEU, « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle », *ibid.*

⁶⁵⁷ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 9^{ème} édition, 2010, p. 302.

⁶⁵⁸ CEDH Gr. Ch., 28/10/1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France*, Rec. 1999-VII, p. 155.

⁶⁵⁹ cf. V. BACQUET-BREHANT, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2005, p. 182.

⁶⁶⁰ Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994.

en l'espèce⁶⁶¹ est que, sur « le fond »⁶⁶², « les dispositions critiquées ne sont contraires à aucune règle non plus qu'à aucun principe de valeur constitutionnelle »⁶⁶³. Il s'avère que l'établissement du rapport de constitutionnalité s'apparente à un contrôle restreint⁶⁶⁴ de proportionnalité. En effet, le raisonnement du juge constitutionnel se fonde sur le principe selon lequel il est « loisible » au législateur « d'user comme lui seul pouvait le faire en l'espèce, de son pouvoir de prendre des dispositions rétroactives afin de régler (...) les situations nées des divergences de jurisprudence ci-dessus évoquées ». Dès lors, le caractère restreint du rapport de constitutionnalité que le juge cherche à établir entre la fin invoquée et les moyens mis en œuvre par les autorités législatives provient du fait que de l'exclusivité de compétence du législateur en matière justement de « validation législative », il en résulte que le règlement par le biais d'une loi, de difficultés contentieuses nécessitant l'adoption de mesures rétroactives, doit se faire certes « pour des raisons d'intérêt général », mais dont le contenu ne dépend que de l'appréciation du législateur à laquelle le juge constitutionnel ne peut opposer que le constat objectif par lequel il s'assure que le pouvoir législatif « a, d'une part, réservé expressément la situation des personnes à l'égard desquelles une décision de justice est devenue définitive » et d'autre part, n'a pas dérogé au « principe de non rétroactivité des textes à caractère répressif ».

Il en ressort que la loi en question peut entrer en vigueur sans réserve, et que les litiges encore pendant, notamment près la Cour de cassation, sont réglés sur le fondement de ces dispositions nouvelles. C'est à partir de ces jugements définitifs que sont notamment formées des requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme, ayant « pour objet d'obtenir une décision sur le point de savoir si les faits [évoqués ci-dessus] révèlent un manquement de l'Etat défendeur aux exigences », notamment de l'article 6, § 1⁶⁶⁵ de la CEDSH sur le « droit à un procès équitable » et de l'exigence d'« équité de la procédure » qui en découle.

Nous avons évoqué plus haut le fait que la violation de la disposition en question avait été établie par le juge de Strasbourg. En particulier, à la défense du Gouvernement par le contrôle de constitutionnalité opéré sur la loi en cause, « la Cour estime que la décision du

⁶⁶¹ CC, n° 93-332 DC, 13/01/1994, *Rec.* 21.

⁶⁶² La saisine contestait aussi des motifs liés aux « conditions d'adoption par voie d'amendement » de la disposition en cause (cf. décision précitée, cons. 11 et 12).

⁶⁶³ CC, n° 93-332 DC, cons. 14.

⁶⁶⁴ cf. *supra*, titre I, chap. 1.

⁶⁶⁵ « 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 en matière pénale dirigée contre elle (...) ».

Conseil constitutionnel ne suffit pas à établir la conformité de l'article 85 de la loi du 18 janvier 1994 avec les dispositions de la Convention »⁶⁶⁶. Au regard de ces dernières, « la Cour réaffirme que si, en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige »⁶⁶⁷ ; ce qui signifie que le juge conventionnel exerce lui aussi un contrôle de proportionnalité sur des « dispositions [législatives] à portée rétroactive » ou lois dites de « validation » prises par les autorités compétentes dans les Etats parties à la Convention, mais il s'avère, en comparaison des standards de raisonnement, que ce contrôle est beaucoup plus strict que celui opéré par le juge constitutionnel français sur un objet similaire.

En effet, la validation législative est appréhendé dans un rapport négatif par rapport aux principes issus des dispositions de la Convention (eux-ci par principe « s'opposent à »...), qui admet une exception « pour d'impérieux motifs d'intérêt général ». Les motifs d'intérêt général invoqués par les autorités nationales compétentes doivent pouvoir être qualifiés par le juge pour pouvoir admettre leur qualité d'« intérêt général » dans l'ordre juridique conventionnel. La Cour insiste sur les caractéristiques de son office. Elle indique⁶⁶⁸ que dans une « espèce », elle « ne peut pas perdre de vue l'effet produit par le contenu » de la disposition nationale en cause, « combiné avec la méthode et le moment de son adoption » particulièrement concernant une disposition à caractère rétroactif.

En réalité, il semble bien que par rapport aux lois de validation, la Cour européenne des droits de l'homme renvoie tant aux insuffisances du système de contrôle de constitutionnalité abstrait et *a priori* qu'aux manques, selon elle, du raisonnement et des standards de constitutionnalité tels qu'ils sont développés par le juge constitutionnel. La proportionnalité interne est incompatible avec la proportionnalité que le juge conventionnel déploie à partir du « principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 » de la Convention européenne des droits de l'homme, entre les fins d'intérêt général, les « divergences de jurisprudence »⁶⁶⁹ et le « risque financier »⁶⁷⁰ définis

⁶⁶⁶ CEDH Gr. Ch., 28/10/1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France*, cons. 59.

⁶⁶⁷ cf. CEDH, 09/12/1994, *Stran et Stratis Andreadis c. Grèce, A, n° 301-B*, cons. 49.

⁶⁶⁸ CEDH Gr. Ch., 28/10/1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France*, cons. 58.

⁶⁶⁹ CEDH Gr. Ch., 28/10/1999, préc., cons. 59 : « La Cour ne discerne pas, dans les faits de l'espèce, ce en quoi les divergences de jurisprudence imposaient une intervention législative en cours de procédures. Elle considère que de telles divergences constituent, par nature, la conséquence inhérente à tout système judiciaire qui, à l'instar du modèle français, repose sur un ensemble de juridictions du fond ayant autorité sur leur ressort territorial.

par le législateur et le moyen de la loi de validation justifié par les finalités invoquées et d'ailleurs, « expressément [relevées] par le Conseil constitutionnel pour motiver sa décision » du 13 janvier 1994, et assurant en elles-mêmes l'équilibre positif de la proportionnalité dans l'ordre constitutionnel français.

Au final donc, « dans l'arrêt du 28 octobre 1999, *Zielinski*, la Cour européenne conclut à la violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, en raison de l'ingérence du pouvoir législatif dans la fonction de juger, ce qui est caractéristique d'une violation du principe de séparation des pouvoirs invoqué par la Cour elle-même »⁶⁷¹. A ce propos, il nous semble que c'est plus le non-respect d'une théorie des apparences que la Cour de Strasbourg a sévèrement relevé qu'une inexistence réelle du principe de la séparation des pouvoirs dans l'office du juge constitutionnel portant sur les lois de validation. Le juge constitutionnel considère de façon constante « qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement ; qu'ainsi, il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence »⁶⁷². C'est d'ailleurs en ce sens qu'il faut appréhender la « réserve du respect des décisions de justice passées en force de chose jugée »⁶⁷³ comme condition – certes relativement faible du point de vue de sa portée contentieuse – de la constitutionnalité d'une loi de validation. Il en va de même lorsqu'il enserme le principe de la disposition législative dite de validation dans un rapport restrictif par laquelle il ne reconnaît la « faculté » au législateur de recourir à ce type de moyen législatif « qu'en considération de motifs d'intérêt général ou liés à des exigences constitutionnelles »⁶⁷⁴. C'est en tout cas ce que paraît confirmer le commentaire d'un ancien

Le rôle de la Cour de cassation étant précisément de régler les contradictions de jurisprudence, on ne saurait préjuger de ce qu'aurait été sa décision, en présence de cette contrariété de jugements, sans l'intervention de la loi litigieuse ».

⁶⁷⁰ Même considérant : « La Cour estime que le risque financier dénoncé par le Gouvernement, et expressément relevé par le Conseil constitutionnel pour motiver sa décision, ne saurait permettre, *en soi*, que le législateur se substitue, tant aux parties à la convention collective, qu'aux juges pour régler le litige ».

⁶⁷¹ V. BACQUET-BREHANT, *op. cit.*, p. 183.

⁶⁷² CC, n° 80-119 DC, 22/07/1980, *Rec.* 46, cons. 6.

⁶⁷³ Voir, par exemple : CC, n° 97-390 DC, 19/11/1997, *Rec.* 254, cons. 13.

⁶⁷⁴ CC, n° 97-393 DC, 18/12/1997, *Rec.* 320, cons. 24.

secrétaire général du Conseil constitutionnel, expliquant que « l'ajout des mots "ou liés à des exigences constitutionnelles" au considérant habituel, s'il ne modifie guère en pratique la portée du contrôle des validations (car on conçoit peu de motifs liés à des exigences constitutionnelles qui ne soient pas également, ou de par ce fait même, d'intérêt général), manifeste le souci croissant du Conseil de trouver dans un motif de valeur constitutionnelle la contrepartie de cet "outrage" fait au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs que constitue une validation législative »⁶⁷⁵.

Certains auteurs ont été amenés à penser que certes, « le Conseil constitutionnel a modifié sa jurisprudence peu après [la mise en cause de la France concernant notamment le régime constitutionnel des lois de validation au regard des exigences de la Convention européenne des droits de l'homme]. L'aurait-il fait sans l'intervention de l'arrêt *Zielinski* ? Ce n'est pas impossible »⁶⁷⁶. Il n'en reste pas moins que, de l'aveu même d'un de ses membres, il est plutôt avéré que « le Conseil constitutionnel a adapté sa jurisprudence dans le sens de celle de la CEDH (...). [II] s'est ainsi fondé explicitement sur le principe de la séparation des pouvoirs pour exercer, comme la Cour européenne des droits de l'homme, un contrôle de proportionnalité entre l'intérêt général invoqué et l'atteinte portée au droit au recours du justiciable »⁶⁷⁷.

Le juge considère désormais, par exemple, que « si le législateur peut, dans un but d'intérêt général suffisant, valider un acte dont le juge administratif est saisi, afin de prévenir les difficultés qui pourraient naître de son annulation, c'est à la condition de définir strictement la portée de cette validation, eu égard à ses effets sur le contrôle de la juridiction saisie ; qu'une telle validation ne saurait avoir pour effet, sous peine de méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs et le droit à un recours juridictionnel effectif, qui découlent de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, d'interdire tout contrôle juridictionnel de l'acte validé quelle que soit l'illégalité invoquée »⁶⁷⁸. L'étendue de l'office du juge constitutionnel semble être passée d'un caractère « restreint » vers un contrôle qualifié de « normal »⁶⁷⁹, d'une simple adéquation constatée entre la compétence du législateur et la définition de l'intérêt général invoqué pour justifier la mesure rétroactive, vers

⁶⁷⁵ J.-E. SCHOETTL, « Conformité à la Constitution de la loi de financement de la sécurité sociale pour 1998 », *AJDA*, 1998, p. 130.

⁶⁷⁶ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, op. cit., n° 21, p. 339.

⁶⁷⁷ O. DUTHEILLET de LAMOTHE, « Le Conseil constitutionnel et le droit européen », *RFDC*, n° 57, 2004, p. 33.

⁶⁷⁸ CC, n° 99-422 DC, 21/12/1999, *Rec.* 143, cons. 64.

⁶⁷⁹ cf. *supra*, titre I, chap. 1.

un raisonnement fondé sur la nécessité de la loi de validation avec le « but d'intérêt général visé » par le législateur.

Dès lors, « l'acte validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le but d'intérêt général visé par la validation soit lui-même de valeur constitutionnelle ; qu'en outre, la portée de la validation doit être strictement définie, sous peine de méconnaître l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »⁶⁸⁰. Il apparaît possible de retenir de cette partie de considérant qu'une part d'intérêt général de valeur constitutionnelle limite la marge d'appréciation du législateur, sauf si celle-ci peut se réclamer de l'application d'une norme de nature constitutionnelle. La part d'intérêt général de nature constitutionnelle est issue d'une lecture globale de l'article 16 de la Déclaration de 1789 qui lie l'éventuelle méconnaissance du principe de la séparation des pouvoirs à celle de la garantie des droits et sa déclinaison du « droit à un recours juridictionnel effectif ». Le motif d'intérêt général législatif doit alors être « suffisant » dans sa conciliation avec l'intérêt général de valeur constitutionnelle. Il revient au juge constitutionnel d'apprécier ce degré de suffisance, à l'aune d'un risque conventionnel.

⁶⁸⁰ CC, n° 99-425 DC, 29/12/1999, *Rec.* 168, cons. 8.

B) Facteur interne : la volonté du pouvoir de révision constitutionnelle

L'hypothèse envisagée ci-après concerne cette fois une prise en compte directe de la norme supranationale dans l'office interne de constitutionnalité. La situation normative envisagée peut être considérée comme relevant de l'ordre d'une contrainte directe, résultant de la configuration du système juridique interne et traduisant réellement un rapport vertical décrivant une sorte de hiérarchie des organes définie par la norme constitutionnelle, en tout cas telle qu'est interprétée par le juge constitutionnel lui-même.

Le raisonnement est du même type que celui qu'a pu tenir le Conseil d'Etat dans sa jurisprudence *Sarran*⁶⁸¹, quand le juge administratif suprême a notamment estimé que « si l'article 55 de la Constitution dispose que "les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie", la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ».

En l'espèce, le conflit normatif naît de ce que l'application par un acte réglementaire de dispositions formellement contenues dans une loi déroge manifestement aux principes liés au droit de suffrage, et plus globalement aux droits civils et politiques, tel qu'ils sont consacrés dans les normes opposables normalement aux dispositions de nature législative. Or, il s'avère que le décret en question ne fait qu'une « exacte application » de dispositions de la Constitution en ce qu'elles prévoient elles-mêmes l'adoption dudit décret, en vue d'appliquer notamment le principe de participation au scrutin fixé par un article de loi explicitement visé par la disposition constitutionnelle en question. Par ce « renvoi » explicite, la norme formellement législative acquiert une valeur constitutionnelle, ce qui fait admettre au juge administratif non seulement une possible dérogation « aux autres normes de valeur constitutionnelle relatives au droit de suffrage », mais aussi « à la règle de conflit de normes édictée »⁶⁸² par l'article 55 de la Constitution, et à travers elle également l'application de principes liés au droit de suffrage garantis par certaines « stipulations d'engagements internationaux régulièrement introduits dans l'ordre interne ».

Selon nous, il faut retenir ici un mouvement vertical de prise en compte par le juge administratif de la volonté d'un organe supérieur, maîtrisant le champ d'application de la

⁶⁸¹ CE Ass., 30/10/1998, *Sarran, Levacher et autres*, Rec. 369.

⁶⁸² CE, 05/01/2005, *Mlle Deprez et M. Baillard*, Rec. 1.

norme de compétence du juge administratif lorsqu'il est amené à vérifier le respect par la loi d'engagements internationaux « régulièrement ratifiés ou approuvés ». Comme la source formelle de compétence est issue d'une disposition constitutionnelle, il faut que le pouvoir en question soit celui en capacité de modifier la disposition constitutionnelle, ou d'en modifier la portée par l'insertion d'un principe dérogatoire.

Tout ceci permet de rapprocher cette situation normative concernant l'office du juge administratif de l'hypothèse de prise en compte verticale de la norme internationale par le juge constitutionnel, alors même que le système de justice constitutionnelle dissocie en principe la constitutionnalité de la conventionnalité, du fait d'une contrainte interne liée à la maîtrise du contenu de la source formelle de laquelle la juridiction constitutionnelle tire sa propre compétence.

En effet, le pouvoir susvisé est donc le pouvoir de révision constitutionnelle, que le juge constitutionnel rattache dans son interprétation authentique de la hiérarchie des organes au « pouvoir constituant » auquel il reconnaît un caractère « souverain », c'est-à-dire « qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite »⁶⁸³.

C'est ainsi que le juge constitutionnel a dû étendre son office interne de constitutionnalité jusqu'à « s'assurer » que la « loi organique prévue par l'article 88-3 de la Constitution respecte tant le paragraphe premier de l'article 8 B⁶⁸⁴ () du traité instituant la Communauté européenne, relatif au droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union aux élections municipales, que la directive (...) du 19 décembre 1994 prise par le conseil de l'Union européenne pour la mise en œuvre de ce droit »⁶⁸⁵.

Cet article 88-3 a été inséré dans le texte dit de la « Constitution » par une loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, adoptée après que fut déféré au Conseil constitutionnel le traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992. Le juge constitutionnel avait conclu que « l'autorisation de ratifier en vertu d'une loi le traité sur

⁶⁸³ CC, n° 92-312 DC, 02/09/1992, *Rec.* 76, cons. 19.

⁶⁸⁴ Actuel article 19, § 1 du traité CE ; article 22, § 1 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (après entrée en vigueur du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007).

⁶⁸⁵ CC, n° 98-400 DC, 20/05/1998, *Rec.* 251, cons. 4.

l'Union européenne ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution »⁶⁸⁶, notamment parce que « l'article 8 B, paragraphe 1, ajouté au traité instituant la Communauté européenne par l'article G de l'engagement international soumis au Conseil constitutionnel, est contraire à la Constitution »⁶⁸⁷.

La stipulation en cause énonce le principe selon lequel « tout citoyen de l'Union résidant dans un État membre dont il n'est pas ressortissant a le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'État membre où il réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État ». L'incompatibilité avec l'ordre constitutionnel interne du principe même du droit de vote des ressortissants de l'Union européenne s'est assez logiquement fondée, au regard du quatrième alinéa de l'article 3 de la Constitution selon lequel : « sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques » ; d'où le juge constitutionnel en a déduit que, sans révision constitutionnelle, cet alinéa « implique que seuls les "nationaux français" ont le droit de vote et d'éligibilité aux élections effectuées pour la désignation de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale de la République »⁶⁸⁸.

Il fallait donc qu'une disposition constitutionnelle consacraît explicitement dans l'ordre interne que « le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union [européenne] résidant en France » ; celle-ci précisant en outre que cet octroi se réalise « selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992 ». En outre, « une loi organique votée dans les mêmes termes par les deux assemblées détermine les conditions d'application » du principe désormais consacré dans l'ordre constitutionnel.

Le raisonnement « en l'espèce »⁶⁸⁹, sur la constitutionnalité justement de ladite loi organique, trouvait alors un fondement commode et explicite, et conformément à sa ligne de conduite⁶⁹⁰ eu égard à ce pouvoir qu'il qualifie de « souverain », le juge constitutionnel fait simplement le constat, « de la volonté même du constituant », que « l'article 88-3 de la Constitution a expressément subordonné la constitutionnalité de la loi organique prévue pour

⁶⁸⁶ CC, n° 92-308 DC, 09/04/1992, *Rec.* 55.

⁶⁸⁷ *Préc.*, cons. 27.

⁶⁸⁸ CC, n° 92-308 DC, cons. 26.

⁶⁸⁹ CC, n° 98-400 DC, 20/05/1998, cons. 34.

⁶⁹⁰ cf. CC, n° 92-312 DC, 02/09/1992, cons. 28 : « le renvoi, pour la détermination des conditions d'application de l'article 88-3, à une loi organique postule que ce dernier texte soit lui-même conforme aux modalités d'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales des ressortissants communautaires autres que les nationaux français, "prévues par le traité sur l'Union européenne" ; qu'ainsi, la loi organique devra respecter les prescriptions édictées à l'échelon de la Communauté européenne pour la mise en œuvre du droit reconnu par l'article 8 B, paragraphe 1 ».

son application à sa conformité aux normes communautaires »⁶⁹¹, issues des traités et des modalités d'application des traités, c'est-à-dire du droit communautaire dérivé.

Selon un commentaire autorisé de la décision n° 98-400 DC, « nous nous trouvons donc ici, par la volonté du constituant, dans le cas où une disposition d'un traité et une directive communautaire constituent des normes de référence pour le contrôle de constitutionnalité. Il s'agit là d'une exception à la règle selon laquelle le respect par la loi des engagements internationaux n'est pas une condition de sa constitutionnalité »⁶⁹². Mais cette prise en compte ne relève pas de l'interprétation par le juge constitutionnel de l'étendue de sa propre compétence. D'ailleurs, la « règle » évoquée par l'auteur précité ne figure pas dans les considérants de la décision n° 400 DC, à l'issue de laquelle le juge constitutionnel établit que « l'ensemble du texte examiné n'est contraire à aucun principe ni à aucune norme constitutionnelle, non plus qu'à aucune des normes communautaires de référence applicables en l'espèce ». Selon le président Genevois, « le contrôle porte nécessairement sur la conformité de la loi organique à la Constitution (...). Il s'y ajoute simplement le fait que, dans le cas particulier de l'article 88-3, les exigences constitutionnelles sont étendues au respect du droit communautaire pertinent, de par la volonté [explicite et précise] du Constituant »⁶⁹³. Il paraissait donc intéressant et nécessaire de distinguer cette hypothèse de celle de « l'interprétation "constructive" »⁶⁹⁴ du juge constitutionnel.

§ 2 – Prise en compte horizontale

Il s'agirait ici en quelque sorte d'un enrichissement, d'une extension de sens de l'idée de principes ou d'exigences de valeur constitutionnelle par des éléments non directement inclus, sur le plan de leur contenu, dans la source formelle de laquelle l'interprète authentique tire sa propre compétence. « L'interprétation constructive » sera donc celle issue d'un raisonnement permettant le rattachement d'éléments « formellement extérieurs » au texte constitutionnel. Il est donc question d'un processus de création de la norme constitutionnelle.

⁶⁹¹ Même décision, cons. 4.

⁶⁹² J.-E. SCHOETTL, « Conformité d'une loi organique avec les exigences découlant du droit communautaire », *AJDA*, 1998, p. 485.

⁶⁹³ B. GENEVOIS, « Le droit de vote des citoyens de l'Union européenne aux élections municipales : un contrôle à quadruple détente ? A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 98-400 DC du 20 mai 1998 », *RFDA*, n° 4, 1998, p. 675.

⁶⁹⁴ cf. E. BRUCE, « Faut-il intégrer le droit communautaire aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité ? », *RFDC*, n° 63, 2005, p. 542.

Dans l'équilibre d'un rapport « Légitimité / Pouvoir », le fondement le plus commode est celui de la référence, du visa, ou plus globalement du « renvoi »⁶⁹⁵ dans la source textuelle de compétence. C'est de là qu'a notamment émergé la notion de « bloc de constitutionnalité », à partir du moment où le juge constitutionnel ne vise plus seulement la « Constitution », mais « notamment son Préambule »⁶⁹⁶, lequel fait référence explicite à la « Déclaration de 1789 », au « préambule de la Constitution de 1946 » et désormais à « la Charte de l'environnement de 2004 »⁶⁹⁷. Certaines dispositions de ces textes « opèrent elles-mêmes des renvois. Ainsi, par un mécanisme de renvoi à deux degrés⁶⁹⁸, et dans la mesure où la jurisprudence considère que les textes visés par le Préambule de la Constitution de 1958 contiennent des dispositions constitutionnelles à part entière, les "normes visées par la Constitution" (...) sont tout autant celles que visent les dispositions de la Constitution du 4 octobre 1958 comprenant son Préambule que celles visées par la Déclaration de 1789, par le Préambule de la Constitution de 1946 ou par la Charte de l'environnement »⁶⁹⁹.

Nous sommes assez en accord sur l'analyse du raisonnement tenu en termes de « déduction » / « adjonction ». L'interprétation constructive serait en réalité le fruit de la conjonction de deux logiques, une « logique déductive » et une logique adjonctive. « Une disposition constitutionnelle vise une norme et le juge constitutionnel en déduit alors qu'il convient de l'ajouter aux normes de référence de son contrôle. La logique déductive et la logique de l'adjonction se mêlent en une seule et même opération d'interprétation du texte constitutionnel »⁷⁰⁰.

Du point de vue du discours sur le raisonnement du juge constitutionnel, il pourrait ainsi se dégager le postulat selon lequel, par le renvoi à la source extérieure, la norme constitutionnelle habilite le juge constitutionnel à étendre sa compétence au respect de la

⁶⁹⁵ Sur la systématisation de cette notion, cf. A. ROBLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Dalloz, 2007.

⁶⁹⁶ La référence la plus souvent évoquée est bien évidemment la décision dite « Liberté d'association », parce qu'elle a abouti sur une déclaration d'inconstitutionnalité spectaculaire à partir d'une norme constitutionnelle substantielle relative aux droits et libertés ; cf. CC, n° 71-44 DC, 16/07/1971, *Rec.* 29. Mais, la « grande question » de la valeur juridique du Préambule « est une première fois soumise dans l'affaire des *traités des Communautés européennes*. Il fait alors application du Préambule, qu'il vise expressément en tête de la décision » (L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, op. cit., n° 13, p. 191) ; CC, n° 70-39 DC, 19/06/1970, *Rec.* 15 (voir aussi : B. MATHIEU et al., *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1983*, Dalloz, 2009, n° 16, pp. 201-206).

⁶⁹⁷ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 ; CC, n° 2008-564 DC, 19/06/2008, *Rec.* 313.

⁶⁹⁸ CC, n° 71-44 DC, préc., cons. 2 : « Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger... ».

⁶⁹⁹ A. ROBLOT-TROIZIER, op. cit., p. 10.

⁷⁰⁰ A. ROBLOT-TROIZIER, *ibid.*, p. 16.

« norme visée ». Une analyse réaliste⁷⁰¹ vient immédiatement rappeler le statut qu'il faut conférer à l'interprétation reconnue comme « authentique », la seule susceptible d'avoir des effets juridiques dans la sphère du droit. De ce point de vue, « la valeur constitutionnelle des normes auxquelles la Constitution renvoie n'est pas systématiquement et automatiquement retenue par le juge »⁷⁰².

C'est la solution de principe qui s'applique à la prise en compte de la norme internationale dans l'office de constitutionnalité (A), non sans que le juge ne soit amené à y apporter certains tempéraments (B), prenant acte de certaines évolutions du « droit constitutionnel international »⁷⁰³ et de la réalité des « dispositions constitutionnelles relatives aux relations externes et à l'ouverture du droit interne au droit international ». Certains auteurs ont ainsi mis en avant le fait qu'« au fur et à mesure que, dans la perspective du droit international public, la coopération entre les Etats se substitue à la simple coordination et au seul ordonnancement de la coexistence pacifique (...), se dessinent, dans le champ du droit constitutionnel national, des tendances annonciatrices d'un affaiblissement du schéma strict de division intérieur / extérieur au profit d'une ouverture ou même d'une faveur envers le droit international public »⁷⁰⁴ ; à tel point que, selon les professeurs Grewe et Ruiz Fabri, « le langage juridique a progressivement substitué au terme de droit constitutionnel international l'expression d'internationalisation ou d'eupéanisation du droit constitutionnel⁷⁰⁵, avers ou revers sémantique de la constitutionnalisation du droit international et [surtout] européen »⁷⁰⁶. Reste à savoir bien évidemment dans quelles mesures ces évolutions influent sur les conditions d'exercice de l'office du juge constitutionnel, et surtout dans quelles mesures le juge constitutionnel fait évoluer les contours de sa propre compétence par la prise en compte de certaines réalités spécifiquement européennes dans la problématique globale des rapports de systèmes.

⁷⁰¹ cf. *supra*, Chap. introductif.

⁷⁰² A. ROBLOT-TROIZIER, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁰³ cf. B. MIRKINE-GUETZEVICH, « Droit international et droit constitutionnel », *RCDAl*, 1931, t. IV, p. 307 ; surtout, du même auteur : *Droit constitutionnel international*, Paris, 1933

⁷⁰⁴ P. HÄBERLE, *L'Etat constitutionnel*, trad. M. ROFFI, PUAM – Economica, 2004, p. 66.

⁷⁰⁵ Voir par ailleurs : H. TOURARD, *L'internationalisation des constitutions nationales*, LGDJ, 2000.

⁷⁰⁶ C. GREWE, H. RUIZ FABRI, « La constitutionnalisation à l'épreuve du droit international et du droit européen », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pédone, 2004, p. 189.

A) Rejet de principe

Les données du raisonnement paraissaient pourtant simples. En réglant explicitement la question de l'autorité sur les lois des traités internationaux « régulièrement ratifiés ou approuvés » dans l'ordre juridique interne, l'article 55 du texte dit de la « Constitution du 4 octobre 1958 » fait de ce principe une question d'ordre constitutionnel, ou, en d'autres termes, la question de l'application de la règle de résolution de conflits normatifs devait normalement revêtir le caractère d'un problème de constitutionnalité de la loi, dont seul la juridiction constitutionnelle devait connaître.

C'est notamment ce qui était invoqué dans l'ordre administratif⁷⁰⁷, comme dans l'ordre judiciaire, avant certains revirements de jurisprudence. Il pouvait être dit, d'une façon générale, que « les juges ne doutent pas que les dispositions constitutionnelles qui ont consacré la supériorité du traité sur la loi, s'adressent à eux comme au Gouvernement ou au Parlement, donc s'imposent en principe à eux. Mais le législateur constituant ne leur a pas reconnu le contrôle de la constitutionnalité des lois. Par là même, il leur a refusé le moyen de faire triompher le traité sur la loi postérieure, manifestement contraire »⁷⁰⁸. Certains hauts magistrats ne s'en satisfaisaient guère. Au début des années 1970, dans son fameux cours de *Contentieux administratif*, le Président Raymond Odent écrivait ainsi la chose suivante : « en l'état actuel du droit public français, le problème que posent les éventuelles discordances entre une loi et un traité qui lui est antérieur, ne comporte pas de solution satisfaisante. La difficulté doctrinale et pratique qui en résulte est grave. Elle ne pourrait être levée que par une modification de la Constitution, telle, par exemple, celle qui permettrait au Conseil d'Etat de renvoyer, à titre préjudiciel, au Conseil constitutionnel, déjà juge, dans une certaine limite, du respect de la Constitution par le législateur, la question de savoir si telle disposition de valeur législative n'est pas surclassée par telle disposition en vigueur d'un traité »⁷⁰⁹.

Tôt ou tard, la question devait arriver devant le Conseil constitutionnel, dans la « limite » de sa capacité à faire respecter la Constitution par le législateur. C'est l'une des premières saisines parlementaires, par plus de soixante députés, qui lui en donnera l'occasion.

⁷⁰⁷ CE Sect., 01/03/1968, *Syndicat général des fabricants de semoule de France*, Rec. 149 ; cf. part concl. QUESTIAUX, *AJDA*, 1968, p. 285.

⁷⁰⁸ A. BLONDEAU, « Rapport » in P. REUTER (dir.), *L'application du droit international par le juge français*, Armand Colin, 1972, p. 61.

⁷⁰⁹ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les Cours de Droit, 1970-1971, p. 131.

« L'attitude du Conseil est catégorique. A la compétence qu'on voudrait lui attribuer, il répond par une déclaration d'incompétence »⁷¹⁰.

Le juge constitutionnel est donc saisi de la « loi Veil » relative à l'interruption volontaire de grossesse et se retrouve à statuer « sur la recevabilité d'un moyen tiré de la violation de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme »⁷¹¹ portant sur le droit à la vie, qui ne trouve – il est vrai – aucun équivalent dans les normes constitutionnelles relatives aux droits et libertés, qu'elles soient issues de « textes auxquels la Constitution du 4 octobre 1958 fait référence dans son préambule non plus qu'aucun des articles de la Constitution ».

Comme nous l'avons évoqué plus en amont, le Conseil constitutionnel ne répond même pas sur le fond. Dans la décision n° 74-54 DC, la Convention européenne n'est même pas mentionnée⁷¹² dans les visas, et encore moins au sein des considérants. Le raisonnement tenu ne porte pas sur une éventuelle équivalence, mais s'en tient tout simplement dans la motivation à la nature de la norme invoquée.

Il considère en effet « qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution »⁷¹³, quand bien même des dispositions constitutionnelles « confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois »⁷¹⁴. Cependant, en énonçant simplement que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie », l'article 55 du texte constitutionnel ne semble pas pouvoir constituer une source formelle de compétence permettant d'étendre le déploiement d'un principe de constitutionnalité dans l'ordre juridique interne au respect d'un « bloc de conventionnalité ».

⁷¹⁰ N. QUOC DINH, « La jurisprudence française actuelle et le contrôle de la conformité des lois aux traités », *AFDI*, 1975, p. 866.

⁷¹¹ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, 1^{ère} édition, 1975, p. 365.

⁷¹² Il convient de relever que quasiment tous les commentaires doctrinaux font référence au contenu de la saisine, alors que les principes de publication officielle des décisions du Conseil alors en vigueur (cf. pour la décision n° 74-54 DC, *JO* 16/01/1975, p. 671) portaient sur la seule décision et pas sur la (ou les) saisine (-s) et les éventuelles observations en réponse du Gouvernement. La règle de publication de la saisine au *Journal Officiel* ne sera consacrée par le président du Conseil constitutionnel, Daniel Mayer, qu'en 1983. La publicité faite autour de la décision du 15 janvier 1975 tient tant à l'objet de la loi déférée qu'à l'origine parlementaire de la saisine. « Cette offensive des parlementaires a produit un grand retentissement dans l'opinion, en raison moins de ses aspects juridiques que de l'objet de la loi attaquée, du fait qu'elle était attaquée, et qu'elle l'était par des députés de la majorité. Sans cette prépondérance du politique, la bataille doctrinale qui s'est engagée entre juristes immédiatement après la saisine et pendant toute la durée des délibérations, n'aurait probablement pas obtenu l'exceptionnelle publicité que la presse quotidienne de la capitale lui accordait alors dans ses plus belles pages » (N. QUOC DINH, op. cit., p. 863).

⁷¹³ CC, n° 74-54 DC, 15/01/1975, *Rec.* 19, cons. 5.

⁷¹⁴ CC, n° 74-54 DC, cons. 3.

En l'espèce, l'interprétation du juge constitutionnel de sa propre compétence s'avère relativement restrictive⁷¹⁵. Le juge cherche, pour le problème de conflit normatif considéré, une prescription explicite, dans la mesure où « l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ». Mais il n'y est fait aucune référence aux accords ou autres engagements internationaux. De même que si les « dispositions » de l'article 55 de la source formelle constitutionnelle consacrent « l'autorité supérieure » des traités sur « celle des lois », à leur lecture, « elles ne prescrivent [aucunement] que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article de celle-ci »⁷¹⁶.

Mais, plus encore, le raisonnement du juge constitutionnel ne s'en tient pas aux seules prescriptions mais insiste sur le terrain de l'implication des dispositions de l'article 55 de la Constitution et des conditions d'application de la règle, *a priori* pourtant de nature constitutionnelle, qu'elles définissent. C'est là que le critère de la nature de la norme s'impose dans le cheminement du juge à fonder son incompétence. La différence de nature entre les normes invoquées, supérieures à la loi, implique une « différence de nature » entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle dit de « conventionnalité » ; « qu'ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61 »⁷¹⁷.

Le principe repose sur la distinction de critères liés aux caractères de l'autorité des normes constitutionnelles et internationales sur la loi. Le juge constitutionnel oppose ainsi une autorité qui serait « absolue et définitive » d'une autorité qui ne peut être, en tout état de cause, que « relative et contingente ». Il va sans dire que le caractère absolu et définitif bénéficie à la norme constitutionnelle, tandis que l'autorité des traités sur la loi ne se voit reconnaître qu'un caractère relatif et contingent, insusceptible d'enrichir l'idée de

⁷¹⁵ Dans des commentaires plutôt critiques de la décision *IVG*, certains auteurs n'hésitaient pas à relever que « dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, l'interprétation extensive de ses compétences apparaît () aussi fréquemment que la conception restrictive ; et si l'absence de définition générale de son rôle dans le titre VII de la Constitution peut donner à penser qu'il n'a de compétence que d'attribution (...), il n'en reste pas moins que ses décisions oscillent entre les deux attitudes » (A. PELLET, « Qui est juge constitutionnel en France ? », *Gaz. Pal.*, n° 14-15, 1976, p. 26). Cette citation permet de rappeler toute la portée et le caractère essentiel dans et pour la pensée juridique française de l'émergence de la théorie réaliste de l'interprétation ; cf. M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 133.

⁷¹⁶ CC, n° 74-54 DC, cons. 3.

⁷¹⁷ CC, n° 74-54 DC, cons. 6.

constitutionnalité C'est bien évidemment sur ce point que la décision du Conseil constitutionnel a été discutée et demeure d'ailleurs discutabile.

Il convient de relever alors que les tenants de la solution de principe du Conseil constitutionnel insistent sur le fait que, dans des décisions postérieures, le juge constitutionnel « s'est gardé de reprendre mot pour mot les termes de la décision du 15 janvier 1975. N'ont jamais été réitérés les passages où il est dit que les décisions prises par lui dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois revêtent un caractère absolu et définitif alors que la supériorité des traités sur les lois affirmée par l'article 55 de la Constitution "présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition"⁷¹⁸. *L'absence de reprise de cette partie de la motivation* s'explique par le fait que le conseil n'a pas été insensible aux critiques doctrinales dirigées contre elle »⁷¹⁹.

La discussion critique autour de la solution de principe dégagée par le juge constitutionnel dans sa décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 provient de ce que le raisonnement repose sur une distinction nette entre un office de l'annulation et un office s'exerçant intrinsèquement par voie d'exception. « Cette affirmation du Conseil n'échappe cependant pas à toute critique car l'analyse suppose une différenciation entre la portée des traités et il est impossible de tirer une conséquence uniforme pour l'ensemble des traités de l'affirmation précitée »⁷²⁰.

Comme le relevait le professeur Rivero dans son commentaire, « le raisonnement est affecté d'un certain porte-à-faux : car la convention européenne se distingue manifestement des traités que le constituant a eus en vue en rédigeant l'article 55. L'Etat qui la ratifie assume, vis-à-vis de ses cocontractants, un ensemble d'obligations à l'égard, non seulement d'eux-mêmes et de leurs ressortissants, mais d'abord des siens (...). A partir de cette analyse, le principe de réciprocité de l'article 55 change de portée »⁷²¹. En réalité, dans l'ordre international, la réciprocité ne s'applique pas, par principe, « aux dispositions relatives à la

⁷¹⁸ CC, n° 74-54 DC, cons. 4.

⁷¹⁹ B. GENEVOIS, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », CCC, n° 7, 1999, p. 102.

⁷²⁰ J. RIDEAU, « Le Conseil constitutionnel et l'autorité supérieure des traités en droit français », *Cahiers du droit européen*, 1975, p. 616.

⁷²¹ J. RIVERO, « Note », *AJDA*, 1975, pp. 135-136.

protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire »⁷²². D'ailleurs, sur fondement interne, le juge constitutionnel a établi lui-même que les engagements internationaux souscrits à fin de « protéger les droits fondamentaux appartenant à toute personne humaine (...) s'imposent à chacun des Etats parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres Etats parties ; qu'ainsi, la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer »⁷²³ à ce type de traités ou conventions internationales.

En outre, la plupart des auteurs soulignaient déjà à l'époque que le raisonnement se trouvait également en « porte-à-faux » avec le droit communautaire⁷²⁴, en ce que le « Traité de Rome » apparaît comme un « "traité-règle", comportant lui-même les procédures destinées à prévenir et à sanctionner l'inobservation de telle ou telle disposition de ce traité, [par lequel] il convient de recourir à ces procédures sans qu'il soit permis à l'un des Etats parties de se considérer comme délié de ses obligations du seul fait d'un manquement quelconque d'un autre Etat »⁷²⁵. Sous l'angle de la question de la réciprocité, il faut noter qu'à la date de la décision *IVG*, le juge constitutionnel n'a eu « à connaître qu'une seule fois du droit communautaire, (...) en application de l'article 54 de la Constitution »⁷²⁶.

Dans cette décision n° 70-39 DC⁷²⁷, en visant « la Constitution et notamment son préambule », le juge constitutionnel peut se référer à la condition de réciprocité telle qu'elle est visée dans l'article 55 du texte constitutionnel proprement dit, mais également de la réciprocité telle qu'elle apparaît dans le 15^{ème} alinéa du Préambule de 1946 selon lequel, « sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ». Certains auteurs insistent sur le fait que « la notion de réciprocité apparaît dans ce préambule sous un angle tout à fait différent de celui de l'article 55, puisqu'il s'agit d'une réciprocité au niveau des engagements et non de l'application des traités pour laquelle le problème se pose en d'autres termes. La disposition de préambule a la valeur d'une déclaration de principe exprimant la volonté de la France de souscrire à des engagements d'un type nouveau rendus nécessaires par le maintien de la paix et les exigences de défense. C'est cette condition relative à l'engagement que le Conseil a

⁷²² cf. article 60-5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (23/05/1969 ; Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331). Dans sa note précitée, M. RIVERO ne parle que du « jeu éventuel » (op. cit., p. 136) de cette clause, car la France n'est pas signataire de ladite Convention et l'a donc encore moins ratifiée.

⁷²³ CC, n° 98-408 DC, 22/01/1999, *Rec.* 29, cons. 12.

⁷²⁴ Pour une critique uniquement sous cet angle de la décision n° 74-54 DC : G. DRUESME, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire. A propos de la décision du 15 janvier 1975 », *RMC*, 1975, p. 285.

⁷²⁵ cf. M. LAGRANGE, « Du conflit entre loi et traité », *RTDE*, 1975, p. 51.

⁷²⁶ G. DRUESME, op. cit., p. 286.

⁷²⁷ CC, n° 70-39 DC, 19/06/1970, *Rec.* 15.

considérée comme satisfaite, le 19 juin 1970⁷²⁸ »⁷²⁹. Il est alors dégagé de la décision en question que « le Conseil constitutionnel a, implicitement, admis que le traité de Rome instituant la C.E.E. et les décisions communautaires pouvaient limiter la souveraineté nationale, à condition que ces limitations ne soient pas spéciales à la France. (...) [Le juge constitutionnel] a, dans sa décision de 1970, relevé que les engagements internationaux en question ne prenaient effet qu'après le dépôt du dernier instrument de ratification, cela afin de mieux faire ressortir le caractère réciproque de l'engagement souscrit par la France »⁷³⁰. Cette solution, liée à la satisfaction de « la condition de réciprocité prescrite par le quinzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 », a été confortée dans des décisions ultérieures⁷³¹ portant sur le même objet. Mais, par suite, prenant acte de fondements constitutionnels spécifiques, le juge constitutionnel a lui-même considérablement atténué (voire même annihilé) l'exigence de réciprocité à l'encontre des engagements communautaires, semblant avoir fait sienne la théorie du « traité-règle » et estimant dès lors « qu'en cas de manquement d'un État membre aux obligations [communautaires], il appartiendrait à la France de saisir la Cour de justice, sur le fondement (...) du traité instituant la Communauté européenne »⁷³².

D'une façon générale, le juge constitutionnel applique toujours de façon constante le principe issu de la jurisprudence dite *IVG* selon lequel « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international »⁷³³. Par conséquent, il fait de l'article 55 de la Constitution la source formelle d'un principe de répartition des compétences entre « divers organes de l'Etat », et plus particulièrement, entre la juridiction constitutionnelle et les juridictions de droit commun, en ne se fondant plus, de façon explicite tout du moins, sur une « différence de nature » entre deux contrôles de type normatif pourtant issus de dispositions de nature constitutionnelle.

⁷²⁸ CC, n° 70-39 DC, préc., *nota* cons. 3. Voir aussi : CC, n° 92-308 DC, 09/04/1992, *Rec.* 55, cons. 13 : « le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que, sur le fondement des dispositions précitées du préambule de la Constitution de 1946, la France puisse conclure, sous réserve de réciprocité, des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les Etats membres ».

⁷²⁹ J. RIDEAU, *op. cit.*, p. 617.

⁷³⁰ D. RUZIE, « La Constitution française et le droit international (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975) », *JDI*, 1975, pp. 256-257 (ajoutant que le Conseil « avait, en s'attachant à la notion de réciprocité, dénaturé en quelque sorte l'esprit supranational qui anime la construction communautaire »; comp. D. RUZIE, « L'autonomie financière des Communautés européennes et l'accroissement des pouvoirs budgétaires du Parlement européen », *JCP, G.*, 1970, I, n° 2354).

⁷³¹ CC, n° 92-308 DC, 09/04/1992, cons. 16.

⁷³² CC, n° 98-400 DC, 20/05/1998, *Rec.* 251, cons. 5.

⁷³³ CC, n° 74-54 DC, 15/01/1975, cons. 7.

Il semble qu'il faille considérer plutôt, comme le suggère dans un manuel classique le professeur Delvolvé et le Doyen Vedel, que « l'article 55 confère valeur constitutionnelle à une règle de conflits de normes⁷³⁴ ; il donne à tout juge (judiciaire ou administratif) la mission d'appliquer cette règle de conflits dans les litiges dont il est saisi (sinon que vaudrait l'article 55 ?). Le Conseil est gardien de la règle de conflits, il n'est pas chargé normalement de l'appliquer »⁷³⁵.

Ainsi, le juge constitutionnel est-il amené à éventuellement relever la violation par une disposition législative d'une norme de valeur constitutionnelle, c'est-à-dire le respect de l'application de la règle tirée des dispositions de l'article 55 de la Constitution. Dès lors, une disposition législative, « en restreignant [d'une façon ou d'une autre] le domaine d'application de l'article 55, (...) n'est pas conforme à la Constitution »⁷³⁶. En l'espèce, « il s'agissait [d'un article de loi] visant à ne reconnaître la supériorité des traités sur la loi qu'au profit des seules conventions internationales ratifiées, en excluant celles qui ont été simplement approuvées »⁷³⁷. Pour certains commentateurs, « il en irait sans doute de même si le législateur s'aventurait à écarter par une formule expresse ou suivant une formule générale, les stipulations (même non contraires) d'un engagement international »⁷³⁸. Sur ce dernier type de moyen, comme pour tout établissement d'un rapport de constitutionnalité, et le cas échéant, d'une inconstitutionnalité, le juge constitutionnel semble avoir préféré dans le cadre de son office *a priori* la formulation d'une réserve d'interprétation⁷³⁹. Le faible volume de décisions sur ce point rend difficile tout constat systémique global.

Le fait est, que, dans la plénitude de ses compétences, « il revient au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, de s'assurer que la loi respecte le champ d'application de l'article 55 »⁷⁴⁰. Cette approche globale en termes de compétences permet donc d'évacuer, de l'interprétation authentique en tout cas, la question de la nature et de l'origine de la norme internationale en cause, problème pour lequel justement une approche excluant la possibilité de toute distinction semblait de mauvais aloi. C'est bien pour cela que nous parlons de « rapports de systèmes », parce que la réalité supranationale est tout sauf uniforme, et que la notion de « bloc » paraît bien inadaptée lorsqu'est évoquée la source internationale applicable dans l'ordre juridique interne. Une

⁷³⁴ cf. CE, 05/01/2005, *Mlle Deprez et M. Baillard*, *Rec.* 1.

⁷³⁵ G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, PUF, 12^{ème} éd., 1992, t. 1, p. 68.

⁷³⁶ CC, n° 86-216 DC, 03/09/1986, *Rec.* 135, cons. 5.

⁷³⁷ B. GENEVOIS, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *op. cit.*, p. 103.

⁷³⁸ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, *op. cit.*, n° 17, p. 262.

⁷³⁹ CC, n° 93-325 DC, 13/08/1993, *Rec.* 224, cons. 85.

⁷⁴⁰ CC, n° 89-268 DC, 29/12/1989, *Rec.* 110, cons. 79 ; formulation constante.

approche réaliste de certaines configurations systémiques supranationales appelait certains tempéraments, au risque d'aboutir à un dessaisissement de compétence au détriment du juge constitutionnel, considéré comme un « abandon » d'un point de vue interne.

B) Exception

Cette hypothèse dérogatoire par rapport à une jurisprudence constante et fermement réaffirmée⁷⁴¹ a trait à la résolution de problèmes liés à l'application du droit communautaire dérivé dans l'ordre juridique interne. Cette notion générique de « droit communautaire dérivé » recouvre l'ensemble des catégories d'actes pris par les institutions communautaires en exécution des traités institutifs des Communautés européennes et de l'Union européenne, en vertu desquels les Etats membres ont mis en place « une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoir réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des Etats à la Communauté »⁷⁴². Ainsi, l'actuel article 249⁷⁴³ du traité instituant la Communauté européenne détaille que « pour l'accomplissement de leur mission »⁷⁴⁴, lesdites institutions « arrêtent des règlements et des directives, prennent des décisions et formulent des recommandations ou des avis ».

Nous nous intéressons ici plutôt aux règlements et aux directives parce que par leur nature et leurs effets, ce sont les actes juridiques qui engagent le plus la problématique générale des « rapports de systèmes ». En outre, par leur nature même, il s'agit d'actes qui s'opposent dans la méthode de législation qu'elles mettent en place.

Le règlement communautaire ne pose pas de difficultés particulières. Selon les stipulations du traité, celui-ci « a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout Etat membre ». La Cour de justice est particulièrement stricte sur l'applicabilité directe et immédiate des règlements, comme sur l'effet direct de leurs dispositions dès leur entrée en vigueur, « en vertu de leur seule publication au Journal officiel des Communautés »⁷⁴⁵. D'un point de vue communautaire, la

⁷⁴¹ cf. CC, n° 2006-535 DC, 30/03/2006, *Rec.* 50, cons. 27 (sans mention des « compétences respectives » des « divers organes de l'Etat » et du « champ d'application de l'article 55 » de la Constitution).

⁷⁴² CJCE, 15/07/1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.* 1141.

⁷⁴³ Corresp. article 288 du futur Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE ; après dépôt du dernier instrument de ratification nécessaire à l'entrée en vigueur du traité signé à Lisbonne le 13/12/2007).

⁷⁴⁴ Devenant dans le TFUE : « pour exercer les compétences de l'Union ».

⁷⁴⁵ CJCE, 07/02/1973, *Commission c. Italie*, aff. 39/72, *Rec.* 101.

normativité des règlements est au moins comparable et peut-être plus importante en quelque sorte à celle des traités.

La directive est une méthode de législation plus complexe, dite « à deux niveaux ». Ainsi, « la directive lie tout Etat membre quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». Ses effets normatifs sont donc normalement plus diffus que la norme communautaire par nature de « portée générale ». Mais c'était sans compter sur la capacité intégrative de l'ordre juridique communautaire, dont l'interprète authentique⁷⁴⁶ est attaché à « l'effet contraignant » des actes des autorités communautaires, en particulier des directives, qui, si elles se voyaient privées de ce caractère et d'« effets analogues » aux règlements, perdraient par là même tout « effet utile »⁷⁴⁷ « en tant qu'élément du droit communautaire » ayant faculté à « [obliger] les Etats membres à adopter un comportement déterminé ». L'interprétation du juge de Luxembourg s'est avérée particulièrement extensive sur ce point, considérant ainsi « que la compétence laissée aux Etats membres en ce qui concerne la forme et les moyens des mesures à prendre par les instances nationales, est fonction du résultat que le Conseil ou la Commission entendent voir atteindre »⁷⁴⁸, voire des « mesures d'exécution imposées par la directive ». Le juge communautaire s'attache donc plus au contenu de l'acte qu'à une forme globale de législation relevant d'une catégorie – « directive » – définie par le Traité pour déterminer des effets juridiques liés à la nature communautaire de la norme considérée. Une « directive » peut se voir reconnaître la qualité d'« acte ayant une portée générale »⁷⁴⁹ parce qu'elle s'adresse à tous les Etats membres et qu'elle doit normalement être mise en œuvre dans le même délai sur l'ensemble du territoire communautaire. Cette qualification est lourde de sens parce qu'elle renvoie aux termes du traité relatifs aux règlements et à leurs caractéristiques normatives. « ainsi, dans tous les cas où des dispositions d'une directive apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, ces dispositions peuvent être invoquées à défaut de mesures d'application prises dans les délais⁷⁵⁰, à l'encontre de *toute disposition nationale non conforme à la directive*, ou encore en tant

⁷⁴⁶ Ex-article 220 du Traité CE : « La Cour de justice et le Tribunal de première instance assurent, dans le cadre de leurs compétences respectives, le respect du droit dans l'interprétation et l'application du () traité » ; cf. art. 19 du Traité sur l'Union Européenne (TUE dans sa version issue du traité de Lisbonne).

⁷⁴⁷ CJCE, 04/12/1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, *Rec.* 1337, cons. 12.

⁷⁴⁸ CJCE, 23/11/1977, *Enka BV*, aff. 38/77, *Rec.* 2203, cons. 11.

⁷⁴⁹ CJCE, 22/02/1983, *Kloppenburg*, aff. 70/83, *Rec.* 1075, cons. 11.

⁷⁵⁰ cf. CJCE, 05/04/1979, *Ratti*, aff. 148/78, *Rec.* 1629.

qu'elles sont de nature à définir des droits que les particuliers sont en mesure de faire valoir à l'égard de l'Etat »⁷⁵¹.

Comme pour l'ensemble de la question des rapports entre la constitutionnalité et la conventionnalité, le juge constitutionnel a privilégié une approche globale, rattachant le raisonnement relatif au droit communautaire dérivé au « champ de l'article 55 de la Constitution »⁷⁵². Du point de vue de son office, cela signifie deux choses. Tout d'abord, cela implique que l'acte communautaire bénéficie en lui-même de la présomption de constitutionnalité (voire de l'immunité) reconnu à l'acquis communautaire⁷⁵³. Mais si le respect du « champ d'application de l'article 55 »⁷⁵⁴ peut incomber le cas échéant au juge constitutionnel, il n'en reste pas moins que l'application de la règle de conflit de normes, qui doit donc normalement bénéficier aux actes de droit communautaire dérivé, contenue dans les

⁷⁵¹ CJCE, 19/01/1982, *Ursula Becker*, aff. 8/81, *Rec.* 53, cons. 25.

⁷⁵² CC, n° 77-90 DC, 30/12/1977, *Rec.* 44, cons. 4.

⁷⁵³ CC, n° 77-90 DC, préc., cons. 1 : « par un règlement n° 1111-77 du 17 mai 1977, pris en vertu des pouvoirs qu'il tient de l'article 145 [actuel article 202] du traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne, qui a été régulièrement ratifié par la France et publié, le Conseil des communautés a établi un prélèvement à l'importation et une cotisation à la production d'isoglucose » ; principe : CC, n° 70-39 DC, 19/06/1970, cons. 5.

⁷⁵⁴ La décision n° 77-90 DC est très intéressante à cet égard. Après avoir constaté le lien entre l'acte de droit communautaire dérivé et le traité CE régulièrement publié et ratifié dans l'ordre juridique interne, il se trouve que le critère du « champ d'application de l'article 55 de la Constitution » l'amène de fait à tirer les conséquences de l'application d'un engagement international, justement parce que le champ de l'article 55 du texte constitutionnel bénéficie à un acte d'exécution du traité. Il est obligé d'admettre dans son raisonnement que « les répercussions de la répartition des compétences (...) entre les institutions communautaires et les autorités nationales au regard tant des conditions d'exercice de la souveraineté nationale que du jeu des règles de l'article 34 de la Constitution relatives au domaine de la loi ne sont que la conséquence d'engagements internationaux souscrits par la France qui sont entrés dans le champ de l'article 55 de la Constitution » (cons. 4). Dès lors, le Conseil semble transporter son raisonnement dans l'ordre juridique communautaire, constatant que « l'article 189, alinéa 2, du traité du 25 mars 1957 dispose que les règlements arrêtés par le Conseil et la Commission des communautés européennes sont obligatoires dans tous leurs éléments et sont directement applicables dans les Etats membres ; qu'il suit de là que la force obligatoire qui s'attache aux dispositions qu'ils comportent n'est pas subordonnée à une intervention des autorités des Etats membres et, notamment, du Parlement français ; que l'intervention de ces autorités est limitée à l'adoption des modalités d'application laissées à leur initiative par les règlements communautaires » (cons. 3). Dès lors, « les dispositions de la loi de finances rectificative pour 1977 soumises à l'examen du Conseil constitutionnel ne sont contraires à aucune règle ni à aucun principe ayant valeur constitutionnelle » (cons. 4), à partir du moment où « dans le cas du règlement [communautaire] du 17 mai 1977, le Parlement n'avait pas à intervenir dans la détermination de l'assiette et du taux de la cotisation et qu'il lui revenait seulement de régler les modalités de recouvrement non fixées par le règlement » et qu'effectivement, il ne l'a pas fait. Si l'on considère cette fois le raisonnement *a contrario*, il n'est pas infondé de croire que le juge constitutionnel aurait alors prononcé une déclaration d'inconstitutionnalité pour restriction du champ d'application de l'article 55, qui se serait ramené sur un plan matériel, non pas à une constatation du choix de l'inapplication explicite par la loi de tel ou tel engagement international, mais à une violation directe de la loi interne de la norme supranationale. Nous ne pensons pas que cela aurait pu être considéré à proprement parler d'un revirement, ou au moins un tempérament à la jurisprudence « IVG » au profit du droit communautaire, du fait qu'il n'y a pas de recherche d'un fondement constitutionnel spécifique au problème de droit considéré. D'ailleurs, il n'y en avait pas d'envisageable dans le texte constitutionnel dans sa version alors en vigueur. Simplement, la spécificité du droit communautaire dérivé aurait influé sur les conditions de raisonnement du juge constitutionnel, nous ne pouvons qu'imaginer l'ampleur qu'auraient eue les débats doctrinaux dès la fin des années 1970.

dispositions dudit article, ne relève pas de la compétence de la juridiction constitutionnelle mais de celle des juridictions de droit commun.

Tant dans le cadre de l'office *a priori* que dans celui prévu pour s'exercer *a posteriori*, en application de l'article 61-1 du texte dit de « la Constitution », « il n'y a pas lieu d'examiner la conformité [d'une] loi déferée aux stipulations du traité instituant la Communauté économique européenne non plus qu'aux actes pris par les institutions communautaires sur le fondement de ce traité »⁷⁵⁵, sauf dérogation explicite dans une disposition de nature constitutionnelle⁷⁵⁶.

Pourtant, des solutions spécifiques se sont imposées à des difficultés particulières, propre aux exigences issues de l'ordre juridique interne sur l'ordonnement interne. Cette dimension spécifique n'est pas étrangère aux éléments normatifs internes rattachables, même en dehors de toute interprétation authentique, au droit constitutionnel en vigueur. Elle fait suite au renforcement de l'intégration communautaire dans l'ordre supranational, au sein d'une « Union européenne » dont l'aspect proprement communautaire n'est qu'un « pilier » spécifique. En vue de la ratification du traité sur l'Union européenne signé à Maastricht, et suite à une décision préalable du Conseil constitutionnel⁷⁵⁷, il a été inséré un titre XV au texte constitutionnel relatif aux « Communautés européennes » et à « l'Union européenne ».

Pour en revenir aux difficultés citées ci-dessus, celles-ci ont trait, du point de vue de l'office du juge constitutionnel, aux lois de transposition des directives communautaires. Plus précisément, c'est la question des « dispositions inconditionnelles et suffisamment précises » des directives qui a rejoint le problème interne de constitutionnalité des lois de transposition⁷⁵⁸. En d'autres termes, la situation visée est celle dans laquelle le juge constitutionnel est saisi d'une loi, ou d'une disposition législative qui, « du point de vue de son contenu », se « borne à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises » d'une directive communautaire, voire même ne fait simplement que reprendre en droit interne les termes de l'acte de droit communautaire dérivé.

Formellement, l'acte soumis à un examen de constitutionnalité est un acte de droit interne ; mais, matériellement, la norme qu'il contient, s'avère être du droit communautaire,

⁷⁵⁵ CC, n° 91-298 DC, 24/07/1991, *Rec.* 82, cons. 21.

⁷⁵⁶ cf. *supra* ; CC, n° 98-400 DC, 20/05/1998, *Rec.* 251.

⁷⁵⁷ CC, n° 92-308 DC, 09/04/1992, *Rec.* 55.

⁷⁵⁸ Voir aussi : A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé », *RDP*, n° 4, 2004, p. 893 (« pour la première fois, le Conseil constitutionnel devait (...) se prononcer sur la constitutionnalité de dispositions législatives ordinaires transposant une directive en l'absence de dispositions constitutionnelles faisant explicitement référence à ladite transposition »).

à tel point que, pour déployer son office de constitutionnalité, le juge constitutionnel se retrouve placé dans une situation similaire que celle dans laquelle il aurait été saisi directement de la directive. Un commentaire interne (et donc « autorisé » comme le souligne la plupart des auteurs) rappelle alors la réalité juridique suivante : « incompetent pour statuer sur un recours mettant en cause un acte de droit communautaire dérivé, le juge constitutionnel national ne le serait pas moins pour se prononcer indirectement sur lui en censurant une directive au travers de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition législative nationale qui en assure l'exacte et nécessaire transposition »⁷⁵⁹.

Le juge constitutionnel ne pouvait abandonner totalement sa compétence d'un point de vue interne à propos des lois de transposition ; parce que c'eût été une restriction trop importante du principe de constitutionnalité du fait de l'influence grandissante des obligations communautaires sur l'activité des pouvoirs publics, et en particulier des pouvoirs normatifs généraux, législatif et réglementaire.

Il se dégage donc l'idée d'un contrôle spécifique, dans son fondement et sa portée. Les données du raisonnement apparaissent être les suivantes : le juge constitutionnel doit rétablir sa compétence tout en la limitant, sachant aussi que la limitation peut se limiter finalement en ce que la norme législative interne apparaît comme la norme externe qui limite par principe le champ de compétence de la juridiction constitutionnelle. Pour ce qui concerne les directives communautaires, le juge semble avoir intérêt à s'appuyer sur les conditions liées aux effets juridiques de ladite directive et définies au sein même de l'ordre juridique communautaire. Rappelons ainsi que le juge communautaire distingue de ce point de vue les « dispositions inconditionnelles et suffisamment précises » des autres dispositions de l'acte.

Comme le souligne M. Guyomar, « le recours à ce critère (...) peut surprendre. En effet, il ne sert habituellement qu'à identifier, dans le contenu de la directive, les dispositions qui sont d'effet direct et n'a aucune incidence sur l'obligation de transposition. Il n'en reste pas moins vrai que face à de telles dispositions précises et inconditionnelles, la marge dont disposent théoriquement les Etats membres au regard du contenu de la directive disparaît »⁷⁶⁰. Pour le reste du « contenu », la « lettre » de la source formelle communautaire⁷⁶¹ « [laisse] aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens » pour ce qui

⁷⁵⁹ cf. chron. « Jurisprudence. Analyse sommaire », in CCC, n° 17, 2004, p. 12.

⁷⁶⁰ M. GUYOMAR, « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire. Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique Lorraine et autres* », *RFDA*, n° 2, 2007, p. 392.

⁷⁶¹ Ex-article 249 du Traité CE ; article 288 TFUE (Lisbonne).

concerne le principe de la transposition d'une directive. Dès lors, « on peut penser notamment que si les Etats membres se voient octroyer une marge de manœuvre réelle dans leur exercice de transposition, le vecteur retenu est susceptible, dans le large espace normatif qui lui est concédé, de rencontrer des normes de nature diverse, extérieures au seul domaine régi par la directive, ainsi accessibles, sous la seule réserve du principe d'indépendance des législations, à un contrôle de légalité »⁷⁶² interne aux ordres juridiques desdits Etats membres.

D'un point de vue strictement interne, et de la « place » du principe de constitutionnalité « au sommet de l'ordre juridique interne »⁷⁶³ et de la hiérarchie des normes, il faut que le principe soit clair. A partir du moment où « le débat contentieux [ne porte pas], sous couvert de la contestation de la légalité interne de l'acte de droit interne, sur la substance même de l'acte communautaire »⁷⁶⁴, ou, en d'autres termes, « lorsque l'acte communautaire en cause laisse une marge de manœuvre à la loi, comme c'est *normalement* le cas pour les directives, le Conseil [constitutionnel] retrouve la plénitude de sa compétence »⁷⁶⁵.

Pour répondre au problème de droit considéré, le juge constitutionnel doit donc établir une compétence sur fondement interne qui peut le mettre en capacité d'exercer son office et le cas échéant, l'habiliter à établir un rapport de constitutionnalité ou prononcer une inconstitutionnalité. Il le fait nécessairement en « internalisant » (sans quoi il ne pourrait fonder sa propre compétence) une contrainte par nature externe (supranationale) qu'il se chargera donc d'appliquer dans les limites de sa propre compétence.

Ainsi, dans le prolongement de l'article 88-1 de la Constitution selon lequel « la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences », le juge constitutionnel établit que « le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international »⁷⁶⁶. Certaines contraintes propres à cet ordre juridique ne relèvent plus seulement de l'application d'une règle constitutionnelle de conflit de normes comme celle contenue dans les dispositions de l'article 55 du texte fondamental, mais, « sous couvert de l'article 88-1 », peuvent constituer la règle

⁷⁶² cf. C. LANDAIS, F. LENICA, « Modulation dans le temps des effets d'une décision de rejet », *AJDA*, chron., 2006, p. 2385.

⁷⁶³ Pour reprendre les termes de : CC, n° 2004-505 DC, 19/11/2004, *Rec.* 173, cons. 10.

⁷⁶⁴ cf. M. GUYOMAR, *op. cit.*, p. 392.

⁷⁶⁵ J.-E. SCHOETTL, « Le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, n° 122, 18/06/2004, p. 10.

⁷⁶⁶ CC, n° 2004-505 DC, 19/11/2004, cons. 11 ; n° 2007-560 DC, 20/12/2007, *Rec.* 459, cons. 7.

constitutionnelle elle-même. Par conséquent et en particulier, « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle »⁷⁶⁷.

Il se confirme bien qu'il y a là une exception, par interprétation constructive, à l'incompétence de principe dégagée par le raisonnement tenu dans la décision dite *IVG* du 15 janvier 1975. S'il est possible de considérer « la transposition en droit interne d'une directive communautaire » comme une « exigence constitutionnelle », alors « il appartient par suite au Conseil constitutionnel, saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution (...) de veiller au respect de cette exigence »⁷⁶⁸ qui ne peut être établi que par une confrontation entre la loi et la directive. L'étendue de la compétence dérogatoire à la jurisprudence *IVG* se définit par l'objet de l'acte législatif interne, dans le champ d'application de l'article 88-1 de la Constitution et des exigences constitutionnelles en découlant. De la sorte, « si la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les dispositions d'une directive communautaire qu'elle *n'a pas pour objet de transposer en droit interne* »⁷⁶⁹. Cependant, le cas échéant, « saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire (...), le contrôle qu'il exerce à cet effet est soumis à une double limite »⁷⁷⁰ ...

⁷⁶⁷ CC, n° 2004-496 DC, 10/06/2004, *Rec.* 101, cons. 7.

⁷⁶⁸ CC, n° 2006-540 DC, 27/07/2006, *Rec.* 88, cons. 18.

⁷⁶⁹ CC, n° 2006-535 DC, 30/03/2006, *Rec.* 50, cons. 28.

⁷⁷⁰ CC, n° 2006-540 DC, préc.

II. La compétence constitutionnelle dans les rapports de systèmes

Selon nous, le raisonnement tenu à propos de la question du contrôle de la constitutionnalité d'une loi de transposition d'une directive doit s'apprécier dans la perspective d'une argumentation répondant à une problématique globale liée à des rapports de systèmes et qui implique le développement d'une logique de raisonnement dialogique entre interprètes authentiques propres à chaque système, garants de la primauté de la norme suprême d'où il tire chacun leur propre compétence autour du respect d'un principe fondamental de validité qui détermine l'existence juridique des normes contrôlées au sein de tel ou tel système.

Il en ressort une difficile recherche d'équilibre, dont l'appréciation varie selon les points de vue. « Le Conseil constitutionnel a largement ébranlé sa jurisprudence *IVG* et créé une situation qui ne satisfait vraiment ni les partisans d'un contrôle classique de constitutionnalité, qui pourraient estimer qu'il est allé trop loin en s'en remettant au juge communautaire, ni les thuriféraires du droit communautaire, qui, tout en se félicitant du grand pas dans la bonne direction (...) la réserve »⁷⁷¹ de constitutionnalité formulée et potentiellement opposable à l'encontre de la norme même inconditionnelle et précise du droit communautaire dérivé, formellement reprise dans l'acte législatif interne de transposition.

L'équilibre recherché peut donc se mesurer à l'aune d'un problème de compétence et de l'interprétation que le juge constitutionnel fait de sa propre compétence dans une question de rapports de systèmes dont la voie principale de résolution passe, rappelons-le, par l'internalisation sur fondement constitutionnel interne de la contrainte externe. Le contrôle de constitutionnalité envisagé reste un office propre à l'ordre juridique interne, nécessairement issu d'une habilitation rattachée à la norme constitutionnelle, mais qui transporte la résolution d'un problème particulier « sous le timbre »⁷⁷² du droit communautaire, reconnu comme « intégré à l'ordre juridique interne » mais dont il n'est pas l'interprète – garant « du respect du droit dans l'interprétation et l'application » de la norme institutive du principe de validité propre à l'ordre supranational considéré.

Dans la définition de la compétence constitutionnelle au sein de ces rapports de systèmes, la signification de la déclaration d'inconstitutionnalité (§ 1) permet de comprendre le principe de constitutionnalité non plus comme un strict principe hiérarchique mais comme un certain niveau de garanties (§ 2) au sein d'un réseau communautaire de droit.

⁷⁷¹ J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, C. LAMBERT, « Droit communautaire et Constitution française : le débat est relancé », *AJDA*, 2004, p. 2265.

⁷⁷² cf. M. GUYOMAR, op. cit., p. 394.

§ 1 – Le prononcé éventuel d’une inconstitutionnalité de la loi

« Ce qui vient d’être dit pourrait laisser penser que la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel règle enfin, et de manière satisfaisante, l’épineuse question des rapports de systèmes.

En réalité, les choses apparaissent plus complexes dans la mesure où de nombreuses interrogations demeurent quant aux suites prévisibles de cette jurisprudence. *En effet, l’analyse du Conseil constitutionnel repose toute entière sur un dialogue entre juge constitutionnel français et juges européens que le premier a seul et unilatéralement mis en place.* Or, il est, en l’état actuel des choses, difficile de savoir si les juges de Strasbourg et de Luxembourg se rallieront à une telle interprétation »⁷⁷³.

Le constat du professeur Anne Levaide vient rappeler que la logique dialogique qui sous-tend à la résolution des problèmes liées aux rapports de systèmes – par exemple, pour ce qui nous intéresse particulièrement, les « questions de l’articulation entre notre ordre juridique interne et l’ordre juridique communautaire et, partant, des relations entre les différentes juridictions chargées de veiller au respect des normes ainsi imbriquées »⁷⁷⁴ – ; cette logique dialogique s’avère être une logique rhétorique liée à une argumentation appuyant un raisonnement dans un objectif de démonstration, voire de persuasion.

Ceci permet également de rappeler que le « dialogue des juges », constitutionnel et européens, est un précepte plus qu’une règle, un principe de conduite juridictionnelle plus qu’une obligation systémique organisée entre les acteurs considérés. La notion est d’ailleurs bien souvent interrogée, voire remise en cause, du fait de son manque d’institutionnalisation⁷⁷⁵, c’est-à-dire une sorte de constat de carence portant sur la mise en place de procédures adéquates. C’est particulièrement vrai concernant le système de la Convention européenne des Droits de l’Homme ; ça l’est peut-être un peu moins désormais dans l’ordre juridique communautaire entre la Cour de justice et les juridictions internes de

⁷⁷³ A. LEVAIDE, « Constitution et Europe ou le juge constitutionnel au cœur des rapports de systèmes », CCC, n° 18, 2005, p. 178.

⁷⁷⁴ cf. M. GUYOMAR, op. cit., p. 385.

⁷⁷⁵ Voir : D. RITLENG, « L’institutionnalisation du dialogue : perspectives d’avenir pour la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des Droits de l’Homme », in F. LICHÈRE, L. POTVIN-SOLIS, A. RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité*, op. cit., p. 211.

droit commun, mais le problème reste entier entre le juge de Luxembourg et le juge constitutionnel.

« Le dialogue apparaît alors comme une rencontre entre des légitimités, dans l'exercice de compétences devant inéluctablement se compléter puisqu'enchaînées les unes aux autres dans le champ de la mise en œuvre du droit européen »⁷⁷⁶. Il y a donc dans la volonté de « dialogue » autant de « considérations de convenance et de réalisme politique »⁷⁷⁷ que le développement d'un raisonnement de pure logique juridique. Certains auteurs mettent d'ailleurs en garde « de prendre parti sur cet aspect du débat qui renvoie à des appréciations d'ordre politique sur le caractère opportun de la solution ainsi retenue. Il est en revanche permis de s'interroger sur son bien-fondé, envisagé sous un angle strictement juridique »⁷⁷⁸. Avouons tout de même qu'en matière de « rapports de systèmes », notamment dans leur réalité européenne, la frontière est mince entre opportunité politique et rigueur juridique, les deux ne s'excluant pas *a priori*...

L'office du juge constitutionnel, notamment et spécifiquement lié au contrôle de la constitutionnalité des lois transposant des directives communautaires, s'inscrit donc dans une logique rhétorique. Dès lors, « l'argumentation étant essentiellement adaptation à l'auditoire, une connaissance de celui-ci s'avère indispensable »⁷⁷⁹. A l'aune du « dialogue des juges », cela permet en effet de pouvoir « nuancer la portée du message que le juge constitutionnel français a voulu faire passer, et dont les destinataires sont multiples »⁷⁸⁰.

De ce point de vue, le juge constitutionnel est relativement explicite⁷⁸¹. Le raisonnement recèle « un message pour l'Union européenne » mais aussi « un message pour

⁷⁷⁶ L. POTVIN-SOLIS, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », op. cit., p. 34.

⁷⁷⁷ M. GUYOMAR, op. cit., p. 390. Le terme de « politique jurisprudentielle » est aussi employé. On pourrait peut-être même parler de « jurisprudence politique »...

⁷⁷⁸ J. ARRIGHI de CASANOVA, « La décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 et la hiérarchie des normes », *AJDA*, 2004, p. 1534.

⁷⁷⁹ C. PERELMAN, in *Ethique et droit*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, § 34, p. 547.

⁷⁸⁰ T. GEORGOPOULOS, « Le Conseil constitutionnel face à la directive communautaire : trois destinataires pour un message ambivalent », *LPA*, n° 227, 15/11/2005, p. 3.

⁷⁸¹ Aussi bien dans le considérant de principe tel qu'il était formulé après la décision n° 2004-496 DC (CC, 10/06/2004, cons. 7 : « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution ; qu'en l'absence d'une telle disposition, *il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel*, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne ») ; comp. CC, n° 2006-540 DC, 27/07/2006, cons. 18 à 20 : il appartient au Conseil constitutionnel, « saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire, de veiller au respect de cette exigence ; que, toutefois, le contrôle qu'il exerce à cet effet est soumis à une *double limite* ; // Considérant, en premier lieu, que la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ; // Considérant, en second lieu, que, devant statuer avant la promulgation de la

les juridictions ordinaires »⁷⁸² internes, selon une ligne de conduite constitutionnelle suivant « un axe d'affirmation du droit communautaire dérivé ».

« La logique suivie par le Conseil constitutionnel répond au schéma classique : portée-limites. Il convient de donner son plein effet à la nécessaire intégration du droit communautaire en droit interne, mais ce mouvement trouve dans la Constitution elle-même sa limite »⁷⁸³. Le juge constitutionnel développe un raisonnement en vue d'une communication interne à l'ordre juridique constitutionnel (A), proposant un exercice de rhétorique externe inscrivant l'office constitutionnel au sein de l'ordre juridique communautaire (B).

A) Un principe de communication interne

C'est la base nécessaire de la construction du raisonnement autour des rapports de systèmes. L'office considéré est un contrôle de constitutionnalité spécifique certes, mais un contrôle de constitutionnalité tout de même, c'est-à-dire sur fondement interne à l'ordre juridique national.

Cela correspond à l'idée que « dans l'ordre interne (...), la Constitution prime sur toute autre norme, puisque ce n'est d'elle que peut procéder la place assignée aux traités et au droit dérivé dans la hiérarchie des normes. Il en résulte que les juridictions nationales devant lesquelles un tel conflit de normes est invoqué ne sauraient faire prévaloir un engagement international sur la Constitution »⁷⁸⁴. C'est d'ailleurs plutôt en ce sens qu'il faut considérer la logique de raisonnement.

Par exemple, l'article 55 de la Constitution énonce que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». A partir de là, en considérant que la supériorité des traités sur la loi est une norme constitutionnelle applicable, le contrôle normatif qui s'effectue le cas échéant à l'aune de celle-ci l'applique selon la valeur juridique afférant dans l'ordre juridique interne aux normes

loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir *la Cour de justice des Communautés européennes* de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne ; qu'il ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer ; qu'en tout état de cause, il revient *aux autorités juridictionnelles nationales*, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel ».

⁷⁸² T. GEORGOPOULOS, *ibid.*, p. 3 et p. 7.

⁷⁸³ J.-P. CAMBY, « Le Conseil constitutionnel, l'Europe, son droit et ses juges », *RDP*, n° 4, 2009, p. 1219.

⁷⁸⁴ J. ARRIGHI de CASANOVA, *op. cit.*, p. 1535.

du même rang et en sanctionne le non-respect comme une norme constitutionnelle, sans la considérer comme une norme *supra-* ou *infra-*constitutionnelle mais ni plus ni moins comme toute autre norme constitutionnelle à laquelle une norme de même valeur (ou supérieure) peut déroger. Mais, d'une façon générale, à la suite des dispositions de l'article 55 de la Constitution, « la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle »⁷⁸⁵, justement parce qu'il s'agit d'une norme constitutionnelle. Et il ne saurait en aller autrement. En effet, « la Constitution et les organes chargés de son interprétation ne sont pas en mesure de la placer au-dessous du droit international. Affirmer une subordination suppose la supériorité de ce à quoi on se soumet, laquelle ne saurait dépendre de ce qui est subordonné. Or toute l'ingéniosité du monde ne permettrait pas de trouver le moyen pour une Constitution ou un de ses organes constitués de placer le droit international au-dessus d'elle-même. D'où leur viendrait la puissance de lévitation permettant de hisser la valeur de quelque norme que ce soit hors de leur propre portée »⁷⁸⁶ ?

Dans la jurisprudence constitutionnelle portant sur les lois de transposition des directives communautaires, le raisonnement repose sur une construction du même type. Ainsi, rappelons-le, un constat de nécessité impose bien que ce soit le « *constituant* » qui fasse que « la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne » et qui ait « consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international ».

Comme le rappelle le professeur Denis Alland, « il est possible d'éclaircir », voire il n'est possible de correctement appréhender « la question des rapports entre le droit international et le droit interne [qu']en partant de cette hypothèse qu'elle peut être envisagée selon deux points de vue : de façon harmonieuse, contradictoire ou partiellement concordante c'est selon, mais toujours selon les deux points de vue du droit international et du droit interne »⁷⁸⁷.

Ceci s'avère être quelque chose d'irréductible. Le juge constitutionnel en est le garant et interprétant la source formelle de laquelle il tire en outre sa propre compétence, son office doit pouvoir se rattacher, même en dernière analyse, à une « architecture constitutionnelle », à

⁷⁸⁵ CE Ass., 30/10/1998, *Sarran, Levacher et autres*, préc.

⁷⁸⁶ D. ALLAND, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA*, 1998, n° 6, p. 1101.

⁷⁸⁷ D. ALLAND, *op. cit.*, p. 1094.

un principe de confirmation⁷⁸⁸ de « la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique interne »⁷⁸⁹. Ainsi, c'est « aux termes du premier alinéa de l'article 88-1 de la Constitution » que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle », quand bien même cette obligation existe de façon équivalente au sein de l'ordre juridique communautaire et que du point de vue de ses interprètes authentiques, elle doit normalement primer sur le droit interne, même constitutionnel⁷⁹⁰.

Il convient de relever que les termes dudit article 88-1 ne sont pas à proprement parler explicites et précis, comme le constat pouvait être plus facilement *a priori* perceptible dans une situation comparable concernant les termes de l'article 88-3⁷⁹¹ au sein du même titre de notre texte constitutionnel. Tout au plus établissent-ils que « la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences », sans autre précision sur d'éventuelles « modalités » de l'exercice en commun des « compétences » visées par la disposition constitutionnelle.

Cependant, l'interprétation « extensive »⁷⁹² répond à une figure classique de l'office du juge constitutionnel qui est celle de la prudence et de la conciliation⁷⁹³. Le cheminement du juge révèle même un double mouvement intellectuel, à la fois de conciliation et de combinaison, la conciliation englobant tout le raisonnement. Elle s'opère entre les principes liés à l'exercice de la souveraineté nationale, et particulièrement la capacité des représentants du peuple à exercer la souveraineté-indépendance dans l'ordre « public international », et un corpus de normes de valeur constitutionnelle qui constituent, par leur diversité et leur continuité, un véritable « ordre constitutionnel » des relations internationales.

Le constat de cet ordre finaliste permet de rattacher l'article 88-1 – la participation de la France à la construction communautaire – au Préambule de la Constitution, par lequel le peuple français a proclamé « solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789,

⁷⁸⁸ C'est la racine syntaxique employée par la juge constitutionnel lui-même.

⁷⁸⁹ CC, n° 2007-560 DC, 20/12/2007, *Rec.* 459, cons. 8.

⁷⁹⁰ CJCE, 09/03/1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.* 629.

⁷⁹¹ cf. pour mémoire : CC, n° 98-400 DC, 20/05/1998, *Rec.* 251.

⁷⁹² cf. A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé », *RDP*, n° 4, 2004, p. 901 : « la décision du 10 juin 2004 est donc la première à tirer de l'article 88-1 des conséquences éminemment juridiques », ajoutant en note que « dès l'origine, cette disposition fut considérée – y compris par ceux qui l'introduisirent par voie d'amendement – comme ayant une portée plus politique que juridique (voir notamment, *Rapport AN* 1992, n° 2676, p. 48) ».

⁷⁹³ cf. M. GUILLAUME, « La Constitution et le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 », *LPA*, 25-26/12/2007, n° 257-258, p. 7.

confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 ». Plus précisément, les auteurs des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* soulignent d'ailleurs qu'« à cet égard, l'article 88-1 de la Constitution ne produit () qu'un *effet confortatif des principes issus du Préambule de 1946* en spécifiant dans les termes généraux que l'on sait, la forme, le contenu, mais aussi les limites de souveraineté consenties par la France pour s'impliquer dans le processus d'intégration à l'œuvre »⁷⁹⁴.

Dans la perspective d'un discours sur l'office du juge constitutionnel, il apparaît que le lien faisant remonter le raisonnement des dispositions de l'article 88-1 jusqu'au Préambule de 1946 sert à l'établissement d'un fondement finaliste – une « exigence » – à un moyen possible d'inconstitutionnalité. La question est d'importance et mérite le renvoi à la solennité du Préambule, qui s'apparente à une sorte de lointain « renvoi opéré par le Conseil constitutionnel à la *tradition constitutionnelle* »⁷⁹⁵ ; c'est-à-dire plus exactement une tradition constitutionnelle en construction dans le cadre de l'ordre constitutionnel en vigueur. Une certaine répétition, ou plutôt la mention de notions pouvant concorder dans les « éléments principaux du bloc de constitutionnalité »⁷⁹⁶ fait que certains principes, certaines exigences ou certains concepts doivent pouvoir accéder à une valeur normative effective, au niveau de la source qui les mentionne, ou à laquelle il est possible de les rattacher.

Ainsi, selon la première phrase du 14^{ème} alinéa du Préambule de 1946, « la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international », tandis que l'alinéa 15 du même texte ajoute que « sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ». En outre, « dans son article 53, *la Constitution de 1958 consacre, comme le faisait l'article 27 de la Constitution de 1946, l'existence de "traités ou accords relatifs à l'organisation internationale"* »⁷⁹⁷ dont certains existent même en son sein puisque « la République française participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne dans les conditions prévues par le titre XV de la Constitution ». Dès lors, « ces dispositions constitutionnelles permettent à la France de participer à la création et au développement d'une organisation européenne permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les États membres »⁷⁹⁸.

⁷⁹⁴ L. FAVOREU, L. PHILIP (dir.), *GDCC*, op. cit., 15^{ème} éd., 2009, n° 46, p. 806.

⁷⁹⁵ Pour l'expression : B. GENEVOIS, « Le contrôle de la constitutionnalité du statut de la collectivité territoriale de Corse », *RDF*, n° 3, 1991, p. 410.

⁷⁹⁶ L. FAVOREU, L. PHILIP (dir.), *GDCC*, op. cit., n° 35, p. 603.

⁷⁹⁷ CC, n° 2004-505 DC, 19/11/2004, cons. 4 ; n° 2007-560 DC, 20/12/2007, cons. 6.

⁷⁹⁸ CC, n° 2007-560 DC, 20/12/2007, cons. 8 ; n° 2004-505 DC, 19/11/2004, cons. 6.

Il semble dès lors plus aisé de comprendre le sens de la compétence du juge constitutionnel selon laquelle il lui « appartient (...), saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire, de veiller au respect de cette exigence ». Il s'agit bien d'un contrôle de constitutionnalité interne à l'ordre juridique national et qui consiste, le cas échéant, en une « déclaration » de non-conformité de l'acte législatif contrôlé à une disposition de nature constitutionnelle, soit l'article 88-1 de la Constitution, même si les conditions de soulèvement du moyen ne sont établies que pour le motif du caractère « incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer »⁷⁹⁹ de la disposition législative en cause lors de la saisine, c'est-à-dire par un raisonnement propre à l'ordre juridique communautaire⁸⁰⁰.

B) Un exercice de rhétorique externe

Le caractère limité est inhérent à l'office du juge constitutionnel concernant les lois ayant pour objet de transposer les directives communautaires. Ainsi, amené à se prononcer sur une telle question, « il ne saurait (...) déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative *manifestement* incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer »⁸⁰¹. En effet, « devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne ». Dès lors et « en tout état de cause, il revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel ». Dans cette optique, le juge constitutionnel a eu l'occasion de rappeler et de transposer au niveau constitutionnel dans l'ordre juridique interne le principe selon lequel « il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne »⁸⁰².

⁷⁹⁹ Depuis : CC, n° 2006-540 DC, 27/07/2006, *Rec.* 88, cons. 20.

⁸⁰⁰ CC, n° 2006-543 DC, 30/11/2006, *Rec.* 120, cons. 8 et 9 (raisonnement qui aboutit à un constant selon lequel « il s'ensuit [que des dispositions législatives internes] méconnaissent manifestement l'objectif d'ouverture des marchés concurrentiels de l'électricité et du gaz naturel fixé par les directives [visées dans la motivation de la décision], que le titre premier de la loi déférée a pour objet de transposer »).

⁸⁰¹ CC, n° 2006-540 DC, préc.

⁸⁰² CC, n° 2004-496 DC, 10/06/2004, cons. 7 ; n° 2004-497 DC, 01/07/2004, *Rec.* 107, cons. 18 ; n° 2004-498 DC, 29/07/2004, *Rec.* 122, cons. 4 ; n° 2004-499 DC, 29/07/2004, *Rec.* 126, cons. 7.

A propos de ces considérants et de la « logique » de contrôle qui en ressort, il est souligné et mis en exergue « l'idée selon laquelle le Conseil envisage ces questions, non en termes de hiérarchie des normes, mais en termes de compétences juridictionnelles »⁸⁰³. Par ailleurs, cette confirmation explicitée dans l'argumentation du juge constitutionnel fait écho à une interrogation systémique globale sur les rapports entre ordre juridique communautaire et ordre juridique interne. Pour le doyen Hervouët, « est-il encore opportun de raisonner en terme de hiérarchie et de primauté de l'un sur l'autre, quel que soit par ailleurs celui que l'on met en avant ? N'est-il pas plus expédient de rechercher celui des deux qui s'applique en raison de la compétence attribuée par les Etats à l'Union ou au contraire conservée par eux et ainsi de s'interroger sur le norme, communautaire ou nationale, qui sert de référence à l'acte ou à l'action menés »⁸⁰⁴ ?

Mais, après avoir posé le problème, une autre interrogation fondamentale subsiste alors et consiste à se demander de qui relève *la* compétence de la compétence. Le discours retombe alors sur la question inextricable de l'interprète authentique et se place inexorablement dans une perspective de « rapport de *système* » que nous avons d'emblée écartée. La donnée pluraliste, même envisagée selon une vision ordonnée, apparaît comme une prémisse indépassable de ce type de construction. « Le concept et le modèle du droit européen ont créé une situation nouvelle où des ordres juridiques autonomes coexistent [dans un Etat membre] (...) L'existence d'une autonomie relative des ordres juridiques, fondés sur des principes hiérarchiques internes propres, ne signifie pas qu'ils ne s'influencent pas mutuellement. Elle ne supprime pas non plus l'éventualité d'un conflit entre les normes du droit communautaire et les dispositions de la Constitution »⁸⁰⁵, c'est-à-dire également l'éventualité d'un conflit de compétences entre juges suprêmes, garants de la norme supérieure de validité et de conformité propre à chaque ordre juridique, et à travers elle, de « logiques juridiques rigoureusement opposées ».

Pour dépasser un certain nombre de difficultés inhérentes à la nature même du problème à résoudre, comme le résume le professeur Jean Rossetto, le postulat qu'il semble falloir admettre s'avère être qu'« en l'absence de solution fondée sur la hiérarchie des normes, la rencontre d'une disposition communautaire et d'une norme constitutionnelle antagoniques

⁸⁰³ P. BLACHER, in P. BLACHER, G. PROTIÈRE, « Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution face aux directives communautaires », *RFDC*, n° 69, 2007, p. 142.

⁸⁰⁴ F. HERVOUËT, « Les relations entre ordre juridique communautaire et ordres juridiques nationaux. De la primauté à la sphère de compétence », in *Le droit administratif, permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 649.

⁸⁰⁵ Tribunal constitutionnel polonais, 11/05/2005, n° K 18/04, *OTK ZU* 2005, n° 5 A, p. 49 (repr. et trad. in P. BON, D. MAUS (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes (GDCCE)*, Dalloz, 2008, n° 95, p. 423).

peut ainsi (...) aussi bien conduire à un choc frontal qu'ouvrir la voie à de souhaitables ajustements »⁸⁰⁶. Le discours se situe bien au niveau du « compromis juridictionnel » plutôt que celui de la « soumission ». Ainsi, le principe pourrait consister en une possibilité de « faire montre d'une certaine souplesse à l'égard du droit international tant que ne seront pas en cause certaines règles ou principes considérés comme essentiels par le juge dans l'ordre constitutionnel français »⁸⁰⁷.

Pour ce faire, une fois bien sûr admise la perspective énoncée ci-dessus, le raisonnement passe par une étape que nous qualifierons de « reconnaissance ». C'est le sens de la référence au « juge communautaire », la « Cour de justice des Communautés européennes » et « l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne » par lequel celle-ci peut être saisie « à titre préjudiciel » par les « autorités juridictionnelles nationales ». Par là, « le juge entend résolument s'inscrire ici dans le "pluralisme constitutionnel" européen où, sur la base d'interactions constantes et constructives, les juges nationaux *dialoguent*⁸⁰⁸ avec le juge européen pour *in fine* déterminer ce qui constitue le socle des valeurs et principes communs aux ordres nationaux et communautaire »⁸⁰⁹.

Le « scénario » qui s'impose paraît alors « nettement plus consensuel », en ce sens que « la protection des droits fondamentaux garantis dans l'ordre interne, préoccupation première des juges constitutionnels, ne devrait nullement aboutir à des conflits insurmontables »⁸¹⁰. Mais ceci présuppose donc que cette « Communauté » ou cette « Union » de valeurs communes, de principes partagés autour de l'idée de « droit » puisse voir son existence présumée, de sorte que le juge constitutionnel, statuant dans les conditions prévues « par l'article 61 de la Constitution » et interprétant lesdites conditions, estimant ainsi ne pas *pouvoir* « saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle », puisse s'en tenir lui-même à un contrôle de l'incompatibilité *manifeste* d'« une disposition législative (...) avec la directive qu'elle a pour objet de transposer » pour fonder le moyen d'inconstitutionnalité issu de l'exigence dégagée des termes de l'article 88-1 de la Constitution. Pour la juridiction constitutionnelle, cette interprétation n'est possible justement

⁸⁰⁶ J. ROSSETTO, « Ordre constitutionnel interne et droit communautaire. L'impossible hiérarchie », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, op. cit., p. 902.

⁸⁰⁷ J. ROSSETTO, *ibid.*, p. 893.

⁸⁰⁸ C'est nous qui soulignons.

⁸⁰⁹ L. BURGOGUE-LARSEN, « La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004) : "Un Solange II à l'espagnole" », *CCC*, n° 18, 2005, pp. 209-210.

⁸¹⁰ J. ROSSETTO, op. cit., p. 904.

parce qu'« en tout état de cause, il revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel ». En effet, « dans le cadre de leurs compétences respectives », ces dernières – en particulier les juridictions suprêmes des ordres juridictionnels, soit le Conseil d'Etat et la Cour de cassation – peuvent être considérées comme « tenues de saisir la Cour de justice » au sein du champ de l'ordre juridique communautaire, selon les termes de l'article 267 du TFUE (ex-art. 234 TCE) ; comme il leur « incombe », d'une façon générale, dans le champ de l'ordre juridique interne et de l'article 55 de la Constitution, « de veiller à l'application des conventions internationales »⁸¹¹, *a fortiori* lorsque l'obligation ou la règle issue de la norme supranationale trouve un fondement constitutionnel particulier et qu'elle devient par conséquent une « catégorie constitutionnelle *sui generis* »⁸¹² ; certes, mais une catégorie constitutionnelle tout de même. Ainsi, si « la transposition en droit interne des directives communautaires, qui est une obligation résultant du Traité instituant la Communauté européenne, revêt, en outre, en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, le caractère d'une obligation constitutionnelle⁸¹³ », alors il est possible de considérer « que, pour chacun de ces deux motifs, il appartient au juge national (...) [d'en] garantir l'effectivité » et de se reconnaître, voire de s'affirmer dans l'ordre juridique communautaire, en tant que « juge de droit commun de l'application du droit communautaire »⁸¹⁴, selon une répartition des compétences propre à l'ordre juridique interne.

Du point de vue du juge constitutionnel, ladite compétence ne relève pas d'un élément de « droit commun » mais plutôt d'une compétence d'attribution propre à la résolution de situation relevant de l'exceptionnel, de l'ordre du symptomatique d'un conflit portant sur du droit constitutionnel matériel⁸¹⁵, c'est-à-dire essentiellement la définition et la garantie des droits et libertés. La « reconnaissance » évoquée en amont constitue, sur le plan de l'effectivité juridique de la norme, une présomption de constitutionnalité nécessairement « réfragable », dans l'optique d'une « coopération juridictionnelle » à l'image de rapports de systèmes présumant en eux-mêmes « une coexistence pacifique (...) réalisable dans le cadre d'un constitutionnalisme à plusieurs niveaux aménageant exigences communautaires et exigences constitutionnelles nationales »⁸¹⁶.

⁸¹¹ CC, n° 86-216 DC, 03/09/1986, *Rec.* 135, cons. 6.

⁸¹² cf. L. BURGOGUE-LARSEN, « La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004) : "Un Solange II à l'espagnole" », *op. cit.*, p. 210.

⁸¹³ CE Ass., 08/02/2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *Rec.* 55.

⁸¹⁴ CE Ass., 30/10/2009, *Perreux*, n° 298348, publié au *Lebon*.

⁸¹⁵ De façon inhérente au système même de la législation par la voie de la directive, le droit constitutionnel formel est pleinement opposable à l'acte de transposition d'une directive communautaire.

⁸¹⁶ J. ROSSETTO, *op. cit.*, p. 906.

§ 2 – Un contrôle portant sur des niveaux de garanties

Le Premier président Guy Canivet, actuellement membre du Conseil constitutionnel, fait partir le raisonnement de la question portant sur la conciliation entre « deux unités, l'Etat nation et l'Europe, l'ordre juridique national et l'ordre juridique communautaire pour les ériger ensemble en un continuum de droit, un espace unique où l'on passe sans rupture logique, juridique et politique de l'entité nationale à l'entité communautaire »⁸¹⁷.

Il faut retenir à la suite de l'éminent auteur qu'une construction de ce type s'impose comme nécessairement « dialectique » dans son fondement. « L'unité » constitue une ontologie juridique difficilement concevable d'un point de vue formel. Elle s'envisage en quelque sorte comme un plafond interne (« national ») existentiel, ce qui n'exclut tout de même pas d'éventuelles trappes de communication, voire de dialogue. Sur un plan matériel, « l'unité » peut alors consister en une « dynamique »⁸¹⁸ qui s'exprime plutôt, le cas échéant, en seuils de « convergences », de « complémentarité », voire d'« harmonie »⁸¹⁹. Le débat contemporain sur les rapports normatifs de systèmes gravite essentiellement sur le sens de la structure que nous dénommerons « droits et libertés », dont la désignation du contenu peut varier entre le détail des « droits de l'homme et des libertés fondamentales », ou sous le générique des « droits fondamentaux ». La phénoménologie de ces concepts dans l'idée globale de droit semble se caractériser en ce que « nous avons aujourd'hui tendance à considérer que le droit est avant tout au service de droits qui peuvent tout aussi bien – voire mieux – protégés par d'autres ordres juridiques dans la mesure où les droits de l'homme sont revêtus d'une dimension universelle. Dès lors, peu semble importer la provenance de tel ou tel droit du moment où son effectivité est garantie. C'est à partir de cette conception qu'il a pu être soutenu par la doctrine que l'exception d'inconventionnalité s'apparentait à un substitut fonctionnel de l'exception d'inconstitutionnalité dans la mesure où de nombreux traités ont pour objet la protection des droits de l'homme et que la Constitution est elle-même, avant tout, un catalogue de droits fondamentaux »⁸²⁰.

Il convient de relever une évolution certaine sur ce problème posé par les rapports de protections des droits et libertés. A l'issue de la IXe Conférence des Cours constitutionnelles

⁸¹⁷ G. CANIVET, « Constitution nationale et Europe. La dialectique du Un et du Deux », op. cit., p. 74.

⁸¹⁸ G. CANIVET, *ibid.*

⁸¹⁹ cf. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national », op. cit., p. 127.

⁸²⁰ F.-X. MILLET, « Pour l'introduction d'un article 234 dans la Constitution française », *LPA*, n° 80, 22/04/2009, p. 4.

européennes qui s'est tenue à Paris en 1993, le « rapport général » laisse transparaître un débat encore au stade de l'interrogation, du type : « Comment [le juge constitutionnel] va-t-il intégrer dans sa réflexion et son contrôle la norme internationale concernant les droits fondamentaux de la personne ? A-t-il à la juger ou simplement à l'appliquer ? A partir de quand et dans quelles conditions ? Quelle valeur lui reconnaît-il ? A défaut de la juger, peut-il ou doit-il s'en inspirer ? En a-t-il besoin, ou ses références nationales lui suffisent-elles ? Doit-il se conformer à la jurisprudence de la juridiction internationale ? En accepter éventuellement les rigueurs »⁸²¹ ? Le Président Badinter concluait sur une « prise de conscience » de « difficultés » liées à l'irréductibilité de risques de divergences interprétatives, même dans l'hypothèse du plus haut degré d'« intégration dans notre système vertical en droit interne de la norme internationale »⁸²², c'est-à-dire au niveau constitutionnel.

Force est de constater que les solutions jurisprudentielles actuelles amènent à penser que « la "guerre des juges" n'aura pas lieu »⁸²³, par le biais notamment de la figure de raisonnement rattachée à la *notion d'équivalence des protections* en tant que critère de régulation des rapports normatifs entre les deux « unités » que sont « l'Etat nation et l'Europe ». Cette « logique » oscille entre la recherche des conditions par lesquelles « les juges national et communautaire se rejoignent dans "l'éloge du Un", ensuite selon une réserve identitaire propice à la division, comment les juridictions constitutionnelles des Etats membres, et principalement la jurisprudence française, cèdent à la "tentation du Deux" »⁸²⁴, ou en tout cas, se réserve le droit au « Deux », eu égard à « l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne »⁸²⁵. L'appréhension de cette construction répond à une dialectique du principe de la jonction (A) et de la limite inhérente à l'idée constitutionnelle (B).

⁸²¹ J. ROBERT, « Rapport général », in *IXe Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Paris, 10 – 13 mai 1993). Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ?*, Conseil constitutionnel, 1994, vol. II, p. 753.

⁸²² R. BADINTER, « Intervention », in *Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ?*, op. cit., pp. 1069-1072.

⁸²³ G. DRAGO, « La "guerre des juges" n'aura pas lieu », *JCP, A.*, n° 14, 2007, p. 29.

⁸²⁴ G. CANIVET, « Constitution nationale et Europe. La dialectique du Un et du Deux », op. cit., p. 74.

⁸²⁵ CC, n° 2004-505 DC, 19/11/2004, *Rec.* 173, cons. 10.

A) Principe : « jeu de miroirs », « translation »...

L'idée s'impose que le raisonnement constitutionnel suit un mouvement de transport au sein de l'ordre supranational. C'est l'un des sens de la démarche intégrationniste suivie par le juge constitutionnel dans la détermination des implications juridiques de la norme de participation à l'Union européenne tiré des termes de l'article 88-1 de la Constitution. Il est rappelé que la portée normative de celui-ci se concrétise en la reconnaissance spécifique de « l'existence d'un ordre juridique communautaire *intégré* à l'ordre juridique interne et *distinct* de l'ordre juridique international »⁸²⁶.

« Cette analyse conduit à transférer au juge européen, dans le champ d'application du droit communautaire, une compétence exclusive de protection des droits et principes communs aux ordres juridiques européens et constitutionnel national. En revanche, les principes propres à l'ordre juridique constitutionnel national restent sous la protection du juge constitutionnel »⁸²⁷. En d'autres termes, « le Conseil constitutionnel, [comme la Cour de Karlsruhe] lie l'exercice de sa compétence à l'équivalence de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire »⁸²⁸. Les deux juridictions ne le font tout de même pas dans les mêmes dispositions de contrôle, mais se rejoignent *in fine* sur une structure de résolutions de rapports normatifs.

La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne considère de façon constante que « la suprématie du droit communautaire est soumise au contrôle d'une protection adéquate des droits fondamentaux au niveau communautaire. Cependant, après une première amorce en 1979, la Cour dans son jugement *Wünsche Handellsgesellschaft*, souvent dénommé "*Solange II*" déclarait que la protection des droits fondamentaux communautaires s'était suffisamment développée pour atteindre le niveau exigé par la Constitution allemande⁸²⁹ »⁸³⁰. La Cour réserve son contrôle substantiel sur l'application⁸³¹ du droit communautaire, en

⁸²⁶ CC, n° 2007-560 DC, 20/12/2007, *Rec.* 459, cons. 7.

⁸²⁷ B. MATHIEU, « Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national. Bilan et incertitudes relatifs aux évolutions récentes de la jurisprudence des juges constitutionnel et administratif », *RFDC*, n° 72, 2007, p. 678.

⁸²⁸ A. ROBLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, op. cit., p. 439.

⁸²⁹ Article 23, § 1 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949 : « Pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne qui est attachée aux principes fédératifs, sociaux, d'Etat de droit et de démocratie ainsi qu'au principe de subsidiarité et qui *garantit une protection des droits fondamentaux substantiellement comparable à celle de la présente Loi fondamentale* ».

⁸³⁰ D. GRIMM, « La Cour européenne de justice et les juridictions nationales, vues sous l'angle du droit constitutionnel allemand », *CCC*, n° 4, 1998, p. 71.

⁸³¹ BVerG, 12/10/1993, *BverGE* 89, 155, p. 175.

particulier sur les normes dérivées des traités, « *aussi longtemps que* les Communautés européennes, notamment la jurisprudence de la Cour européenne, assure une protection efficace des droits fondamentaux contre les autorités des Communautés qui puisse être considérée comme essentiellement comparable à la protection qu'exige la Loi fondamentale »⁸³². Dans le champ de l'ordre juridique communautaire, « bien qu'il puisse y avoir incompatibilité entre le droit communautaire et les droits fondamentaux nationaux, la garantie des droits fondamentaux apportée par la loi fondamentale ne prévaut plus »⁸³³. La protection communautaire est reconnue au rang de « standard », qui s'apprécie à l'aune d'un développement supposé continu, dans les repères temporels des interventions passées de la Cour constitutionnelle sur un problème de rapports de systèmes. Le niveau constaté constitue alors le seuil de la norme constitutionnelle d'équivalence des protections, ledit « standard » communautaire en deçà duquel le juge de Karlsruhe « peut réveiller sa compétence »⁸³⁴. En ce sens, la garantie européenne, même « pour assurer la protection des droits fondamentaux des citoyens de la République fédérale d'Allemagne à l'égard d'actes pris par les autorités nationales (allemandes) sur la base du droit communautaire dérivé », bénéficie d'une présomption simple à charge de preuve. C'est-à-dire que « les recours constitutionnels (...) sont irrecevables de plein droit s'ils ne démontrent pas que depuis l'arrêt *Solange II* (*BVerfGE* 73, 339 < 378 à 381 >), le droit européen, en ce compris la jurisprudence de la Cour de justice, est descendu en-dessous du minimum requis en matière de protection des droits fondamentaux. (...) Cela doit se faire par une *mise en parallèle de la protection nationale et communautaire des droits fondamentaux*, selon la méthode utilisée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt *BVerfGE* 73, 339 (378 à 381) »⁸³⁵.

Le juge constitutionnel français retient lui aussi sa compétence dans l'orbite du droit communautaire. Il le fait de façon plus statique que ne peut le faire son homologue allemand, ne serait-ce par le fait d'une relative imprécision des termes de l'habilitation constitutionnelle. « Le premier alinéa de l'article 88-1 de la Constitution présente quelques particularités par rapport aux dispositions constitutionnelles précédemment étudiées ». En son état actuel, ce texte se limite à énoncer que « la République participe à l'Union européenne constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu » des traités institutifs. Il est noté « une référence à des traités », qui s'avère d'ordre très

⁸³² BVerfG, 22/10/1986, *BVerfGE* 73, 339, p. 374 et s. ; trad. M. FROMONT, in *GDCCE*, op. cit., n° 96, p. 439.

⁸³³ D. GRIMM, op. cit., p. 71.

⁸³⁴ D. GRIMM, *ibid.*, p. 73.

⁸³⁵ BVerfG, 2 BvL 1/97, 07/06/2000, trad. J. CALLEWAERT, publ. *RTDH*, 2001, pp. 1185-1186.

général, « et n'a pas pour objet direct de renvoyer au contenu de certaines stipulations conventionnelles »⁸³⁶ comme la Loi fondamentale allemande peut montrer son attachement « aux principes fédératifs, sociaux, d'Etat de droit et de démocratie ainsi qu'au principe de subsidiarité » et, nous l'avons vu, à la protection des droits fondamentaux. La disposition s'analyse communément en termes verticaux d'« acquis communautaire », dont la mesure s'effectue au moment où le juge statue. « En précisant, chaque fois, la référence au traité qui donne lieu à la révision, le pouvoir constituant date, et donc limite, le champ de la constitutionnalisation. C'est la raison pour laquelle cette norme de référence mérite examen chaque fois que le juge constitutionnel a [notamment] à apprécier la constitutionnalité d'un traité »⁸³⁷.

Le constat est celui d'une absence de catégorie désignées de seuils permettant de subsumer le niveau communautaire de protection et de pouvoir fixer un effet de plancher⁸³⁸ dans une logique de conciliation des compétences autour d'une structure, par exemple, de « garanties communautaires des exigences constitutionnelles »⁸³⁹. L'article 88-1 consiste plutôt en une « assise » de la contrainte communautaire dans l'ordre juridique interne, selon une tradition moniste bien ancrée concernant le droit supranational supposé régulièrement ratifié et publié, à un degré d'intégration⁸⁴⁰ constitutionnelle « distinct de l'ordre juridique international », c'est-à-dire dans le champ de la « règle de conflit de normes »⁸⁴¹ posée par l'article 55 de la Constitution.

Cela conduit nécessairement à une retenue interprétative lors de la *lecture constitutionnelle* des engagements supranationaux correspondants dans l'appréciation des fondements de l'équivalence des protections en matière de droits fondamentaux. Cet aspect s'est particulièrement élargi au sein de la sphère communautaire par la promotion, « à la même valeur juridique que les traités »⁸⁴², de la « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »⁸⁴³. Dans sa décision sur le traité de Lisbonne de 2007, le Conseil constitutionnel indique que « hormis les changements de numérotation, les stipulations de la Charte (...) sont

⁸³⁶ cf. A. ROBLOT-TROIZIER, op. cit., p. 108.

⁸³⁷ F. CHALTIEL, « La décision du Conseil constitutionnel relative au traité de Lisbonne : autorité de la chose jugée et contribution à la définition de l'Union », *LPA*, n° 4, 04/01/2008, p. 3.

⁸³⁸ B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., p. 498 et s.

⁸³⁹ Allusion lointaine aux « garanties légales des exigences constitutionnelles », cf. A. VIDAL-NAQUET, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., spéc. pp. 220-249.

⁸⁴⁰ cf. *supra*, titre I, chap. 2, II, § 2.

⁸⁴¹ CE, 05/01/2005, *Deprez*, *Baillard*, *Rec.* 1.

⁸⁴² Article 6, § 1 du Traité sur l'Union européenne consolidé, réf. *JOUE*, C 83, 30/03/2010, p. 19.

⁸⁴³ réf. *JOUE*, C 83-02, 30/03/2010, p. 389.

identiques à celles qui ont été examinées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 novembre 2004⁸⁴⁴ » qui portait elle sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe qui n'a jamais pu entrer en vigueur. Les deux sources primaires n'ayant pas de liens formels entre elles, « il ne pouvait être opposé l'autorité de la chose jugée de la décision de 2004, même pour cette charte identique, car le TECE n'est pas entré en vigueur. Dès lors, une motivation par référence a été retenue par le Conseil »⁸⁴⁵, faisant que « pour les mêmes motifs que ceux énoncés par cette décision, la Charte n'appelle de révision de la Constitution ni par le contenu de ses articles, ni par ses effets sur les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »⁸⁴⁶.

La décision n° 2004-505 DC retient l'attention sur cet aspect en ce qu'elle vise « la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » et « l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme n° 4774/98 (affaire *Leyla Sahin c. Turquie*) du 29 juin 2004 ». Le juge constitutionnel indique, dans le cœur même de sa motivation, que, par cet arrêt, « la Cour a ainsi pris acte de la valeur du principe de laïcité reconnu par plusieurs traditions constitutionnelles nationales et qu'elle laisse aux Etats une large marge d'appréciation pour définir les mesures les plus appropriées, compte tenu de leurs traditions nationales, afin de concilier la liberté de culte avec le principe de laïcité »⁸⁴⁷. Le travail d'interprétation du sens constitutionnel des « droits fondamentaux de l'Union » européenne s'autorise le recours au droit européen conventionnel des droits de l'homme par le biais du *contenu réflexif* de la Charte concrètement examinée. Ce texte communautaire comporte un titre spécifique de « dispositions générales régissant l'interprétation et l'application de la Charte », où figure « une clause horizontale dite de renvoi "conventionnel" »⁸⁴⁸. Ainsi, « dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention »⁸⁴⁹. Comme le souligne le professeur Anne Leva-de, « outre le fait qu'il permet au Conseil constitutionnel de prendre position dans un débat d'où il avait été sciemment écarté, ce raisonnement le conduit à perfectionner le "jeu de miroir" en intégrant le reflet de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg »⁸⁵⁰.

⁸⁴⁴ CC, n° 2004-505 DC, préc.

⁸⁴⁵ M. GUILLAUME, « La Constitution et le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 », op. cit., pp. 17-18.

⁸⁴⁶ CC, n° 2007-560 DC, 20/12/2007, cons. 12.

⁸⁴⁷ CC, n° 2004-505 DC, cons. 18.

⁸⁴⁸ cf. *GDCC*, op. cit., n° 44, p. 768 [15^{ème} éd.].

⁸⁴⁹ Article 52, § 3 du texte en vigueur (corresp. II-112 du TECE).

⁸⁵⁰ A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec la Constitution européenne », op. cit., p. 38.

L'idée de *contexte* herméneutique apparaît particulièrement prégnante en l'espèce. Contexte organique, d'abord. Il est clair que la mise en exergue et l'explicitation de l'eupéanisation du référentiel conceptuel sur les droits fondamentaux paraissent devoir emprunter « des chemins détournés et sinueux. (...) Structurellement, il n'existe pas de procédure de coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions nationales. Pareille procédure pour assurer la coopération entre la Cour de justice des Communautés européennes et les juridictions nationales existe, mais elle n'est pas utilisée par le Conseil constitutionnel »⁸⁵¹, en application d'un principe clair de compétence faisant qu'« en tout état de cause [constitutionnelle], il appartient aux juridictions administratives et judiciaires d'exercer le contrôle de compatibilité de la loi au regard des engagements européens de la France et, le cas échéant, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel »⁸⁵².

Contexte formel, ensuite. Dans le champ de l'ordre juridique communautaire, l'objet de la Charte s'impose, selon son Préambule, comme celui de réaffirmer « les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres », laquelle notion renvoie « notamment [à] la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales » en vertu de l'article 53 de la Charte communautaire, indissociable en son « sens » et sa « portée » de la « jurisprudence () de la Cour européenne des droits de l'Homme ». Ces éléments sont soumis à une norme d'interprétation « en prenant dûment en considération les explications établies sous l'autorité du *praesidium* de la Convention qui a élaboré la Charte » qui n'excluent pas certaines clauses limitatives existantes en droit conventionnel qui ne semblent pas toujours reprises dans le corps de la Charte soumise à examen constitutionnel.

Contexte matériel, enfin. « Le débat sur la laïcité occupe le devant de la scène, depuis maintenant une quinzaine d'années en France, débat largement focalisé sur la question du port à l'école d'insignes ou de vêtements manifestant une appartenance religieuse » qui a trouvé son point d'orgue dans l'adoption de la loi du 15 mars 2004⁸⁵³ pour laquelle aucune saisine du juge constitutionnel n'a été déclenchée avant sa promulgation. Dans les rapports de systèmes, « le vecteur identifié de cet intérêt [sur la question de la manifestation religieuse dans l'espace public] – l'article II-70 TECE [article 10 de la Charte] – offrait un point d'accroche

⁸⁵¹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national », op. cit., p. 127.

⁸⁵² CC, n° 2010-605 DC, 12/05/2010, publ. *JO*, 13/05/2010, p. 8897, cons. 18.

⁸⁵³ publ. *JO*, n° 65, 17/03/2004, p. 5190.

effectivement adéquat à une prise de position de principe, pour la première fois énoncée dans une formulation non dénuée de rigueur »⁸⁵⁴.

Tout de même, le transport du raisonnement au sein de la sphère européenne permet de concilier le programme normatif des « droits fondamentaux de l'Union » reconnaissant « le droit à chacun, individuellement ou collectivement, de manifester, par ses pratiques, sa conviction religieuse en public », avec « les dispositions de l'article 1^{er} de la Constitution aux termes desquelles "la France est une République laïque", qui interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers »⁸⁵⁵.

Sur le plan des effets juridiques, la conséquence généralement admise de cette construction réflexive est celle d'une *retenue normative* quant à la concrétisation de la garantie constitutionnelle. L'ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel tempère aussitôt sur ce que « la construction européenne n'a pas () ouvert une brèche dans le dispositif de protection des droits fondamentaux. Celle-ci est seulement, en tant que besoin, "transportée" dans le champ communautaire. A la faveur de ce transfert, elle change, il est vrai, de référentiel, puisque les normes de référence ne sont plus celles de la Constitution nationale, mais celles que reconnaît la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et celles qu'ont en commun nos traditions constitutionnelles »⁸⁵⁶, étendues désormais à celles énoncées à partir de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

Il ressort de la jurisprudence du Conseil relative au contrôle de la transposition législative du droit communautaire dérivé qu'« il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne »⁸⁵⁷. L'effacement du juge constitutionnel vaut pour la liberté d'expression et de communication telle qu'elle est issue des « termes de l'article 11 de la Déclaration de 1789 », dans la mesure où il est possible d'établir que « cette liberté est également protégée en tant que principe général du droit communautaire sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁸⁵⁸.

⁸⁵⁴ cf. *GDCC*, op. cit., p. 770.

⁸⁵⁵ CC, n° 2004-505 DC, cons. 18.

⁸⁵⁶ J.-E. SCHOETTL, « Rapport général. Droit constitutionnel et droit communautaire dérivé : la question du conflit éventuel », *CCC*, n° 4, 1998, p. 93.

⁸⁵⁷ CC, n° 2004-496 DC, 10/06/2004, *Rec.* 101, cons. 7.

⁸⁵⁸ CC, n° 2004-498 DC, 29/07/2004, *Rec.* 122, cons. 6.

L'analyse sur ces considérants en arrive à l'idée d'une dimension statique des modalités de contrôle et du « transport du bloc de constitutionnalité français vers l'ordre juridique communautaire »; c'est-à-dire que « s'agissant des principes de valeur constitutionnelle possédant leur pendant dans l'ordre juridique communautaire, le Conseil constitutionnel ne ferait pas jouer [de] "réserve de constitutionnalité" sans rechercher plus avant s'ils revêtent ou non une portée équivalente aux normes de droit interne »⁸⁵⁹. En quelque sorte, le raisonnement constitutionnel sur les rapports normatifs de systèmes ne passe pas le stade de la recherche en termes d'*effectivité* de l'équivalence des protections au sein de l'ordre juridique supranational mais s'attache au niveau de la spécificité des protections, en termes existentiels du seul point de vue interne.

B) Limite : « l'identité constitutionnelle de la France », fondement de la compétence constitutionnelle

Dans cette figure de raisonnement propre à l'intégration communautaire, le juge constitutionnel est le garant du champ d'application d'un principe ou d'une règle de valeur constitutionnelle. « Aux termes de l'article 88-1 de la Constitution (...), la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle », considérant dès lors qu'« il appartient au Conseil constitutionnel, saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer⁸⁶⁰ en droit interne une directive communautaire, de veiller au respect de cette exigence ».

Mais il n'est pas de principe de portée absolue, et ce d'autant plus à propos de ce qui s'apparente à un régime dérogatoire. La logique normative de l'exception sous-tend celle de la « limite ». « La spécificité du contrôle de conformité opéré réside dans le fait que l'acte de transposition doit être, à la fois, conforme aux dispositions constitutionnelles ordinaires et à la disposition constitutionnelle spécifique que constitue l'article 88-1, sachant que cette dernière est susceptible, au nom de l'exigence ou obligation de transposition, d'atténuer la portée de certaines obligations constitutionnelles. Ainsi présenté, le raisonnement qui doit être celui du Conseil constitutionnel dans le cadre de ce contrôle de constitutionnalité spécifique n'apparaît pas particulièrement original, en ce qu'il conduit à opérer une conciliation entre les dispositions de la Constitution et l'exigence spécifique de l'article 88-1 »⁸⁶¹.

⁸⁵⁹ M. GUYOMAR, « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire », op. cit., p. 388.

⁸⁶⁰ CC, n° 2006-535 DC, 30/03/2006, *Rec.* 50, cons. 28.

⁸⁶¹ A. LEVADE, « Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires », *RFDA*, n° 3, 2007, p. 569.

Au regard de la généralité de la norme intégrative et de « l'exigence constitutionnelle de transposition », le cadre de conciliation s'impose comme relativement restreint. Après avoir tenté « l'obstacle » de la « disposition expresse contraire de la Constitution »⁸⁶², le juge constitutionnel se positionne sur la réserve par laquelle « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti »⁸⁶³.

Dans une étude récente, il a été rappelé que « de nombreux commentateurs de la décision du 10 juin 2004 n'ont pas manqué de souligner la "maladresse" de la formule de "dispositions expresses". Elle avait en effet pour conséquence d'établir de façon implicite une distinction entre deux sortes de normes constitutionnelles »⁸⁶⁴, comme le précise « l'analyse sommaire » proposée aux *Cahiers*⁸⁶⁵, entre la « construction jurisprudentielle » et « un énoncé constitutionnel explicite, ancré dans le "bloc de constitutionnalité" ». Le commentaire doctrinal du secrétaire général du Conseil mentionne quant à lui l'idée d'une « disposition *expresse et spécifique* »⁸⁶⁶. Selon le professeur Bertrand Mathieu, « la distinction, entre les dispositions expresses de la Constitution et celles qui ne le sont pas, peut donner l'impression d'introduire entre les dispositions constitutionnelles une sorte de hiérarchie, qui pourrait avoir un sens dans l'analyse des rapports entre le droit interne et le droit européen, mais qui ne peut jouer dans le cadre du contrôle interne de constitutionnalité des lois »⁸⁶⁷. Dans le prolongement de ce type d'observation, certains auteurs n'arrivent pas à voir « au nom de quoi des principes constitutionnels non écrits ne pourraient pas faire obstacle à une norme communautaire à l'inverse de principes écrits. De plus, faut-il désormais opérer une césure au sein même des normes constitutionnelles écrites »⁸⁶⁸ ?

Il s'agit là du problème de la liaison serrée entre le caractère exprès et spécifique de la disposition dans les explicitations du secrétaire général de l'époque. « La question reste posée de savoir si *c'est le droit ou l'interprétation du droit* qui doit être spécifique. Ainsi lorsque l'on

⁸⁶² CC, n° 2004-496 DC, cons. 7.

⁸⁶³ CC, n° 2006-540 DC, 27/07/2006, *Rec.* 88, cons. 19.

⁸⁶⁴ cf. C. CHARPY, « Droit constitutionnel et droit communautaire. Le statut constitutionnel du droit communautaire dans la jurisprudence (récente) du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », *RFDC*, n° 79, 2009, pp. 636-637.

⁸⁶⁵ cf. CCC, n° 17, 2004, p. 17.

⁸⁶⁶ J.-E. SCHOETTL, « Le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, n° 122, 18/06/2004, p. 10.

⁸⁶⁷ B. MATHIEU, « Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national », *CCC*, n° 18, 2005, p. 186.

⁸⁶⁸ M. GAUTIER, F. MELLERAY, « Le refus du Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire », *AJDA*, n° 28, 2004, p. 1540.

connaît le caractère très constructif et évolutif de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la marge d'interprétation dont font l'objet certains principes essentiels, (...) l'on prend la mesure de cette interrogation »⁸⁶⁹. Elle repose sur les fondements théoriques desquels pourraient ressortir la construction conceptuelle du juge sur le caractère « expresse contraire » de la limite constitutionnelle opposable au droit communautaire dérivé. Certes, « sous l'influence notamment du doyen Vedel, le Conseil constitutionnel s'est, de longue date, efforcé de rattacher à des textes les normes de référence lui permettant d'asseoir son contrôle »⁸⁷⁰, cependant, « il n'en demeure pas moins vrai qu'en pratique, l'énoncé constitutionnel, aussi explicite soit-il, et son interprétation jurisprudentielle se mêlent toujours pour constituer ensemble et indistinctement la norme constitutionnelle »⁸⁷¹. Il apparaît alors, de façon plus catégorielle, que « nombre des droits et libertés fondamentaux caractéristiques de l'identité constitutionnelle française ne sont en effet pas protégés par une disposition expresse de la Constitution, mais seulement déduits de ces dispositions »⁸⁷², parfois combinées entre elles en vue d'identifier la norme applicable.

Une vaine hésitation semble se dessiner sur la sémantique de la réserve au sein même de l'institution, des propos mêmes du président Mazeaud : « le droit européen, si loin qu'aillent sa primauté et son immédiateté, ne peut remettre en cause ce qui est expressément inscrit dans nos textes constitutionnels et qui nous est propre. Je veux parler ici de *tout ce qui est inhérent à notre identité constitutionnelle, au double sens du terme "inhérent" : crucial et distinctif*. Autrement dit : l'essentiel de la République »⁸⁷³.

Tant qu'à rester dans une certaine imprécision, « au cas où... »⁸⁷⁴, et de pouvoir réserver – voire même « préserver » – son propre pouvoir interprétatif le cas échéant, autant essayer d'avoir le souci de la « cohérence ». De ce point de vue, « le critère tiré du caractère explicite ou non de la disposition constitutionnelle en cause n'est guère pertinent alors que la limitation du contrôle à des dispositions constitutionnelles spécifiques, c'est-à-dire des

⁸⁶⁹ B. MATHIEU, op. cit., p. 186.

⁸⁷⁰ J. ARRIGHI de CASANOVA, « La décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 et la hiérarchie des normes », op. cit., p. 1537.

⁸⁷¹ J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution », *RDP*, n° 4, 2004, p. 928.

⁸⁷² G. PROTIERE, in P. BLACHER, G. PROTIERE, « Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution face aux directives communautaires », *RFDC*, n° 69, 2007, p. 130.

⁸⁷³ P. MAZEAUD, « Vœux du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au président de la République », *CCC*, n° 18, 2005, p. 15.

⁸⁷⁴ cf. P. MAZEAUD, « Droits de la défense, qualité de la loi, droit international et communautaire », discours, Entretiens juridiques de Lyon III, 15/09/2006, source : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/20060915.pdf.

dispositions n'entrant pas dans le champ des prévisions de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne, conférerait à la jurisprudence nouvelle une plus grande cohérence »⁸⁷⁵.

L'objet de la structure autour de la « règle » ou du « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » paraît pouvoir être interprété en ce sens. « La formule (...) est censée mieux rendre compte de ce qui, aux yeux du Conseil constitutionnel, doit demeurer indisponible dans la Constitution à la régulation communautaire dérivée là où la jurisprudence initiale (496 DC) évoquait [un] butoir »⁸⁷⁶. Il est alors craint par certains qu'« autant la notion de "dispositions expresses contraires" semblait circonscrite quoiqu'imprécise, autant celle d'identité constitutionnelle semble peu limitée. (...) Il s'agit cette fois d'une incertitude et d'un danger nécessaire. Incertitude autour de la notion même, danger nécessaire dans la mesure où le rôle de gardien de la Constitution oblige le juge constitutionnel à préserver un verrou, mais risque aussi de sanction au niveau européen »⁸⁷⁷, bien que les mêmes doivent aussi convenir que « l'identité constitutionnelle de la France ne semble en toute hypothèse pas en contradiction avec l'Union européenne »⁸⁷⁸. Le champ normatif en vigueur de l'ordre juridique communautaire a repris du défunt TECE la stipulation indiquant que « l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles », comme contrebalancement nécessaire à la dynamique du « Un ». « Il ne peut y avoir d'Europe qu'à partir des États souverains, comme il ne peut y avoir d'ordre juridique communautaire intégré que dans une relation dialogique avec les principes de base des traditions juridiques nationales ». Et ceci consiste bien en une « revendication identitaire »⁸⁷⁹.

Le syntagme normatif correspondant s'apparente à un principe simplement évocateur d'une sphère de compétence, spécifiquement constitutionnelle dans la régulation des rapports de systèmes : soit comme un rapport *existential* de constitutionnalité en externe ; aussi, comme un rapport *relationnel* en interne au sein d'un système interprétatif de la norme d'intégration supranationale. « Faute de pouvoir saisir le juge communautaire d'un recours préjudiciel, [le juge constitutionnel] renvoie au juge ordinaire, qui a le pouvoir, en dernière instance, le devoir de faire le contrôle effectif de la conformité »⁸⁸⁰ et ce, dans le respect de ce que le « constituant » a « consenti » mettre en place au niveau procédural.

⁸⁷⁵ B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé », *RFDA*, 2004, p. 658.

⁸⁷⁶ cf. *GDCC*, op. cit., n° 46, p. 804 [15^{ème} éd.].

⁸⁷⁷ F. CHALTIEL, « Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen. Développements récents », *RMCUE*, n° 509, 2007, p. 366.

⁸⁷⁸ F. CHALTIEL, « Droit constitutionnel et droit communautaire », *RFDC*, n° 68, 2006, p. 844.

⁸⁷⁹ G. CANIVET, « Constitution nationale et Europe. La dialectique de Un et du Deux », op. cit., p. 87.

⁸⁸⁰ G. CANIVET, *ibid.*, p. 86.

Le système de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de la loi gravite autour de l'article 61-1 inséré lors de la révision de 2008 dans la Constitution selon lequel, rappelons-le, « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé », sachant qu'au moment de l'adoption dudit article et de la ratification définitive de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, il est précisé qu'« une loi organique [devra déterminer] les conditions d'application de l'article 61-1 » et qu'en d'autres termes, cet article ne pourra entrer en vigueur⁸⁸¹ et être invocable dans l'ordre constitutionnel en vigueur⁸⁸² sans l'adoption de cette loi organique.

Le projet de loi organique fut déposé à l'Assemblée nationale le 8 avril 2009⁸⁸³, et bien que deux lectures s'avèrent nécessaires devant l'Assemblée nationale, pour arriver à une adoption définitive, il convient néanmoins de relever que l'économie globale du système proposé par le Gouvernement ne s'est pas trouvée affectée durant la discussion parlementaire. Ce projet répond au « triple objectif » de la réforme constitutionnelle de 2008 : « purger l'ordre juridique des dispositions inconstitutionnelles, permettre au citoyen de faire valoir les droits qu'il tire de la Constitution et assurer la prééminence de la Constitution dans l'ordre juridique »⁸⁸⁴.

Comme le relève le rapporteur du projet devant la Commission des Lois du Sénat dans le « texte (...) soumis par le Gouvernement » aux députés, « le projet de loi organique (article

⁸⁸¹ cf. article 46 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 (publ. *JO*, 24/07/2008, n° 171, p. 11890).

⁸⁸² Par exemple, CE Sect., 11/12/2008, « Association de défense des droits des militaires », n° 306962 (publié au *Lebon*) : « l'article 46 de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 prévoit que les dispositions de l'article 61-1 de la Constitution entreront en vigueur dans les conditions fixées par la loi organique nécessaire à leur application ; que, tant qu'une telle loi organique n'est pas intervenue, les dispositions de l'article 61-1 de la Constitution ne sont donc pas applicables ; que, dans l'attente de cette loi organique, la conformité d'une loi à la Constitution ne peut, en conséquence, être utilement contestée devant le Conseil d'Etat, statuant au contentieux ».

⁸⁸³ Projet de loi organique « relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution », AN, XIIIe législature, *Projet n° 1599*, 08/04/2009 (mis en distribution le 15/04/2009).

⁸⁸⁴ B. MATHIEU, in « Auditions sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution », AN, XIIIe législature, Commission des lois, *CR*, n° 58, 23/06/2009, p. 14.

premier) insère un chapitre II *bis* au sein du titre II "Fonctionnement du Conseil constitutionnel" de l'Ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Ce nouveau chapitre, intitulé "De la question de constitutionnalité" comprend onze articles et constituera la principale base législative de la question préjudicielle de constitutionnalité, les compléments apportés au Code de justice administrative et au Code de l'organisation judiciaire par [l'article 2] du projet de loi organique procédant par renvoi aux articles 23-1 à 23-7 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 »⁸⁸⁵.

Dans son examen en première lecture du projet, la commission des lois du Sénat « a adopté un amendement [dit de « coordination »] de son rapporteur afin d'introduire également une référence à la question de constitutionnalité dans le cadre des juridictions financières »⁸⁸⁶, insérant un IV à l'article 2 du texte que lui a transmis l'Assemblée nationale⁸⁸⁷.

L'article 3 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009⁸⁸⁸ relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution a pour objet de compléter l'article 107 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 « afin de lever tout doute » quant à la « possibilité de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois du pays ». En effet, le rapporteur à l'Assemblée nationale rappelle que l'article 61-1 « doit permettre de soumettre à la question de constitutionnalité toute disposition législative qui porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. À ce titre, les lois du pays de la Nouvelle-Calédonie, qui ont valeur législative, peuvent être soumises à la procédure »⁸⁸⁹ préjudicielle de constitutionnalité. S'il est vrai que cet article a le mérite d'une certaine clarté et de lever d'éventuels doutes, toute autre solution ne résisterait sans doute pas à l'analyse. Dans les « matières () correspondant aux compétences exercées par la Nouvelle-Calédonie »⁸⁹⁰, les « lois du pays »⁸⁹¹ ont force de loi ». Avant leur promulgation, l'article 104 de la loi organique du 19 mars 2009 prévoit la possibilité d'une saisine du Conseil constitutionnel et aux termes de l'article 105 du même texte, l'invalidité éventuellement constatée par la juridiction constitutionnelle relève d'une contrariété à la Constitution. Dès lors, pour le Vice-président du Conseil d'Etat en

⁸⁸⁵ H. PORTELLI, « Rapport fait au nom la commission des lois (...) sur le projet de loi organique, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution », SENAT, 2nde session extraordinaire 2008-2009, *Rapport n° 637*, 29/09/2009, p. 19.

⁸⁸⁶ cf. H. PORTELLI, « Rapport... », *op. cit.*, p. 57.

⁸⁸⁷ AN, XIIIe législature, *TA n° 331*, 14/09/2009 ; Voir : article LO. 142-2 du Code des juridictions financières.

⁸⁸⁸ publ. *JO*, n° 287, 11/12/2009, p. 21379.

⁸⁸⁹ J.-L. WARSMANN, « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n° 1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution », AN, XIIIe législature, *Rapport n° 1898*, 03/09/2009, p. 88.

⁸⁹⁰ Article 99 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 2009 (dans sa version modifiée par la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009).

⁸⁹¹ Soit « les délibérations par lesquelles le congrès [de Nouvelle-Calédonie] adopte des dispositions portant sur les matières définies à » l'article 99 cité ci-dessus.

audition devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale, il apparaîtrait « paradoxal que les lois du pays de Nouvelle-Calédonie soient, à cet égard, mieux protégées que à l'encontre de la censure d'une inconstitutionnalité que ne le seront les lois votées par le Parlement de la République »⁸⁹². De ce point de vue, il y avait ne serait-ce qu'un effet utile à préciser sur ce point la loi organique devant mettre en application l'article 61-1 de la Constitution.

Ladite loi organique est en outre complétée par deux articles précisant les conditions d'entrée en vigueur du texte. Il sera nécessaire, en vertu de son article 3, que « certaines modalités d'application » soient « fixées dans les conditions prévues par les articles 55 et 56 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ». C'est-à-dire, d'une part, que « les modalités d'application de [l'ordonnance mentionnée ci-dessus] pourront être déterminées par décret en conseil des ministres, après consultation du Conseil constitutionnel et avis du Conseil d'Etat » et, d'autre part, que « le Conseil constitutionnel complètera par son règlement intérieur les règles de procédure (...) édictées par le titre II » de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Les parlementaires ont acquiescé dans le projet du Gouvernement et qualifié d'« opportun »⁸⁹³ le fait d'« améliorer la rédaction » de l'article 56 de l'ordonnance organique sur le Conseil constitutionnel, « en précisant que le règlement intérieur du Conseil constitutionnel ne peut compléter que les règles de procédure applicables devant lui », « dans la mesure où certaines des nouvelles règles procédurales ne concernent pas uniquement le Conseil constitutionnel »⁸⁹⁴.

Enfin, la loi organique sur le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois s'achève par un article 4 qui énonce que le texte en question « entre en vigueur le premier jour du troisième mois suivant celui de sa promulgation ». Le choix de la « promulgation » plutôt que celui de la « publication » pour faire courir le délai s'est fait au Parlement à l'encontre de ce qui était prévu par le Gouvernement, parce que le jour de promulgation s'avère être celui « dont la loi est datée » et que ce choix s'imposait « dans un souci de clarté et d'intelligibilité »⁸⁹⁵. Le sénateur et professeur de droit Hugues Portelli, rapporteur du texte au Sénat, a souligné une initiative prise « à juste titre »⁸⁹⁶.

⁸⁹² J.-M. SAUVE, in « Auditions sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution », AN, XIII^e législature, Commission des lois, CR, n° 58, 23/06/2009, p. 3.

⁸⁹³ cf. J.-L. WARSMANN, *Rapport n° 1898*, op. cit., p. 89.

⁸⁹⁴ H. PORTELLI, *Rapport n° 637*, op. cit., p. 57.

⁸⁹⁵ J.-L. WARSMANN, op. cit., pp. 89-90.

⁸⁹⁶ H. PORTELLI, op. cit., p. 58.

Du point de vue d'une logique systémique, la qualification doctrinale la plus communément répandue du système de justice constitutionnelle *a posteriori* créé par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 est celle de la « question préjudicielle », même si l'usage de la notion d'« exception d'inconstitutionnalité » semble lui aussi assez fréquent, voire indifférent. Pourtant, cela renvoie à des réalités juridiques différentes. La « question » visée dans la loi organique n° 2009-1523 « se distingue des exceptions de procédure », principalement en ce que « l'exception est jugée par le juge saisi au fond de l'affaire, ce qui ne sera pas le cas du moyen prévu par l'article 61-1 de la Constitution, qui devra être renvoyé par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation au Conseil constitutionnel »⁸⁹⁷, dans ce qui doit s'apparenter à un véritable « filtre » juridictionnel.

Cependant, pour le professeur Guy Carcassonne, « cette question de constitutionnalité n'est pas une question préjudicielle au sens classique du terme : celle-ci n'est examinée que si elle gouverne l'issue du procès, ce que l'on ne détermine qu'à la fin de l'instruction ; elle n'est donc considérée comme telle qu'une fois que le juge a répondu à toutes les autres questions. Il s'agit en revanche d'une question préalable »⁸⁹⁸. C'est le caractère prioritaire, et « en tout état de cause » devant les juridictions administratives et judiciaires de droit commun comme devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, de la question constitutionnelle dans le champ de la garantie des droits et libertés qui amène à ce type de qualificatif. Le législateur organique va d'ailleurs insister là-dessus, en lien notamment avec les effets spécifiques (*erga omnes*) de la décision de la juridiction constitutionnelle. Dans un langage de droit positif, il convient désormais de parler, dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution, de la « question prioritaire de constitutionnalité », qu'un niveau de discours lié à un langage « dogmatico-doctrinal »⁸⁹⁹ peut considérer comme la base d'un système juridictionnel de type préjudiciel de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de la loi.

Par conséquent, au regard des éléments précédents et du point de vue cette fois de l'office du juge, nous formulerons l'hypothèse selon laquelle le raisonnement juridique lié au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* consiste en une opération partagée, dont le résultat *in fine*, débouchant sur une décision de constitutionnalité, nécessite la résolution préalable d'un problème de répartition et de définition de compétences, en fonction d'une question ou d'un moyen soulevé « devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de

⁸⁹⁷ J.-L. WARSMANN, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁹⁸ G. CARCASSONNE, in « Auditions sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution », AN, XIIIe législature, Commission des lois, *CR*, n° 63, 30/06/2009, p. 11.

⁸⁹⁹ cf. A. JEAMMAUD, « Une typologie des activités savantes prenant le droit pour objet », *op. cit.*, p. 10.

cassation » et « tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution ». Dans un discours de compréhension de ce qu'est *la* « question prioritaire de constitutionnalité », nous rejoignons et partons de l'analyse faite par le secrétaire général du Conseil constitutionnel indiquant que, dans le système juridictionnel mis en place dans l'application de l'article 61-1 de la Constitution, « il faut bien s'entendre sur le rôle du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation »⁹⁰⁰ et de la « fonction » qui en découle.

Ainsi, au sein de l'ordre juridique interne, en postulant l'existence d'un système global de contrôle de la loi⁹⁰¹, il paraît inévitable de se référer à une « logique de la spécialisation des juges » dont il résulterait deux principes structurels de « fonctionnement ». D'une part, le Conseil constitutionnel « est l'unique juge constitutionnel des lois ». D'autre part, « le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ne sont pas juges constitutionnels », même si « ceux-ci auront à décider s'il leur apparaît qu'une loi présente un risque d'inconstitutionnalité ». Le secrétaire général du Conseil ajoute une considération qui peut avoir des répercussions autant dans un discours relevant du constat de la pratique jurisprudentielle (I) que dans la prospective à dimension plus systémique (II) : « à l'évidence, ces orientations [rappelées ci-dessus] nécessiteront un "*self restraint*" » des juridictions suprêmes parties au système.

I. Approche concrète

Il s'agit ici d'envisager la compréhension « d'une pratique contentieuse »⁹⁰² sur laquelle nous avons encore peu de recul à partir de solutions jurisprudentielles existantes dans la perspective d'un renvoi de la résolution de la question de conflits de normes vers la juridiction constitutionnelle, comme cela est prévu par les dispositions issues des sources formelles de compétence de cette dernière. Dès lors, « l'*auto* – limitation » évoquée et souhaitée par le secrétaire général du Conseil constitutionnel s'apparente à une sorte de demande vers un infléchissement, un réexamen ou même un revirement de jurisprudence concernant certains problèmes de droit devant normalement relever, pour ce qui est de leur conclusion et dans une certaine logique, de l'office du juge constitutionnel au sein du système de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de la loi.

⁹⁰⁰ M. GUILLAUME, in « Auditions ... », AN, XIIIe législature, Commission des lois, CR, n° 63, p. 21.

⁹⁰¹ cf. A. DERRIEN, *Les juges français de la constitutionnalité. Etude sur la construction d'un système contentieux*, Sakkoulas – Bruylant, 2003, part. pp. 24-31.

⁹⁰² G. DRAGO, « Exception d'inconstitutionnalité. Prolégomènes d'une pratique contentieuse », *JCP, G.*, n° 49, 03/12/2008, p. 13.

Dans son argumentaire devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale, que peut viser *in concreto* le Secrétaire général Marc Guillaume pour appréhender le sens de l'article 61-1 de la Constitution et de son application dans les dispositions organiques ? Nous avons déjà évoqué un ensemble de données autour de la configuration systémique que nous résumerons dans l'idée d'un « *unique* juge constitutionnel des lois » ; d'où il faudrait considérer que « le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ne sont pas juges constitutionnels », préciser que ces derniers ont la qualité dans l'ordre juridique interne de « juges conventionnels », et détailler l'armature compréhensive par le corollaire selon lequel le Conseil constitutionnel « n'est que » juge constitutionnel, mais n'est pas juge conventionnel.

Comme tout raisonnement contentieux, le raisonnement constitutionnel sur « la mise en œuvre » de la question de constitutionnalité *a posteriori* consiste avant tout en un problème de « compétence », comme a pu l'interpréter lui-même le Conseil constitutionnel mettant « au service du contrôle *a posteriori* » le contrôle obligatoire de constitutionnalité avant la promulgation de la loi organique correspondante. « Les normes de référence du contrôle mises en exergue par le Conseil dans sa décision⁹⁰³ visent principalement le champ d'application et les effets de la nouvelle voie de droit »⁹⁰⁴. La structure *rationae materiae* apparaît clairement établie en ce que « l'article 61-1 tranche deux questions importantes relatives au champ d'application de la nouvelle procédure. La première concerne les normes constitutionnelles susceptibles d'être invoquées. (...) La seconde question est celle des textes dont la constitutionnalité pourra être contestée »⁹⁰⁵. Cependant, le facteur *ratione personae* marque vite une certaine dilution, parce que même si « [le constituant] a réservé au Conseil constitutionnel la compétence pour statuer sur une telle question et, le cas échéant, déclarer une disposition législative contraire à la Constitution », il n'en reste pas moins qu'a été confiée « au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, juridictions placées au sommet de chacun des deux ordres de juridiction reconnus par la Constitution, la compétence pour juger si le Conseil constitutionnel doit être saisi » du moyen en inconstitutionnalité. S'il est fait appel au « *self-restraint* », il est implicitement invoqué le risque de la portée altérative sur le champ normatif du principe de constitutionnalité ainsi dégagé, par le jeu des juridictions suprêmes sur les critères *ratione loci* (§ 1) et *ratione temporis* (§ 2) de ce qui peut être « soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés » constitutionnels.

⁹⁰³ CC, n° 2009-595 DC, 03/12/2009, *Rec.* 206.

⁹⁰⁴ B. GENEVOIS, « Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori* », *RFDA*, n° 1, 2010, p. 2.

⁹⁰⁵ D. CHAUVAUX, « L'exception d'inconstitutionnalité, 1990-2009 : réflexions sur un retard », *RDP*, n° 3, 2009, p. 567.

§ 1 – Conflit de normes dans l'espace

La réflexion rebondit de nouveau dans les développements suivants sur la question des rapports de systèmes⁹⁰⁶, envisagée dans le champ de la procédure prévue par l'article 61-1 de la Constitution, soit celui de la garantie des droits et libertés de valeur constitutionnelle⁹⁰⁷. Nous avons déjà évoqué la concurrence conventionnelle que peut subir la source constitutionnelle dans la définition de normes relatives à l'objet retenu pour la mise en place du système interne de justice constitutionnelle *a posteriori* et considérées dans un « espace » juridique global de sources opposables à la loi, opposabilité devant revêtir, dans l'ordre juridique interne, le caractère d'une obligation constitutionnelle. Ainsi, en matière de « droits fondamentaux appartenant à toute personne humaine »⁹⁰⁸, ce caractère d'obligation est particulièrement affirmé dans la mesure où, d'une façon générale, « pour la mise en œuvre du principe de supériorité des traités sur la loi énoncé à l'article 55 de la Constitution, [s'il] incombe au juge, pour la détermination du texte dont il doit faire application de se conformer à la règle de conflit de normes édictée par cet article »⁹⁰⁹, il lui en incombe d'autant plus dans le champ des droits et libertés « qu'eu égard à cet objet, les obligations nées [d'engagements internationaux] s'imposent à chacun des Etats parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres Etats parties ; qu'ainsi, la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer »⁹¹⁰.

Au-delà de toute discussion – qui aurait été importante d'ailleurs – sur d'éventuelles concordances, convergences ou autres complémentarités entre les sources constitutionnelles et conventionnelles dans la définition et la garantie d'une certaine « fondamentale »⁹¹¹ de droits et libertés opposables à la loi, le système de contentieux constitutionnel issu de l'article 61-1 de notre texte constitutionnel et mis en place par la loi organique repose sur une nette dissociation⁹¹² entre le moyen d'inconstitutionnalité et le moyen d'inconventionnalité.

⁹⁰⁶ cf. *supra*, chap. 1.

⁹⁰⁷ Voir « droits fondamentaux de valeur constitutionnelle », cf. CC, n° 89-269 DC, 22/01/1990, *Rec.* 33, cons. 32 ; aussi : CC, n° 93-325 DC, 13/08/1993, *Rec.* 224, cons. 3.

⁹⁰⁸ CC, n° 98-408 DC, 22/01/1999, *Rec.* 29, cons. 12.

⁹⁰⁹ CE, 05/01/2005, *Deprez et Baillard*, *Rec.* 1.

⁹¹⁰ CC, n° 98-408 DC, préc.

⁹¹¹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national », *RFDA*, n° 1, 2002, p. 124 et s.

⁹¹² G. ALBERTON, « Peut-on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité ? », *op. cit.*, p. 967.

Déjà dans la perspective de la révision constitutionnelle de 2008, le « Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République »⁹¹³ indiquait avoir écarté « cette hypothèse de travail qui introduirait dans notre système juridique trop d'incertitudes et de rigidités à la fois »⁹¹⁴ bien que fût qualifié de « sérieux » un « argument »⁹¹⁵ (...) tiré de ce qu'une telle réforme, pour souhaitable qu'elle soit, ne saurait être mise en œuvre sans que soit, dans le même temps, conférée au Conseil constitutionnel une compétence nouvelle, qui consisterait à réguler lui-même, sur renvoi obligatoire du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation saisis d'une question nouvelle ou d'une question présentant une difficulté sérieuse, le contrôle de conformité de la loi aux conventions internationales ou, à tout le moins, à celles d'entre elles qui, à l'échelon européen, consacrent les droits fondamentaux reconnus à toute personne »⁹¹⁶.

Cette dissociation a été transcrite en termes de hiérarchie des moyens dans la loi organique, puisque si dans une requête, les deux niveaux de moyens sont soulevés, le moyen d'inconstitutionnalité revêt un caractère prioritaire par rapport au moyen en inconstitutionnalité. L'exposé des motifs du projet déposé à l'Assemblée nationale indique que « cette priorité d'examen (...) s'inscrit dans la volonté de réappropriation de la Constitution par les justiciables exprimée par le pouvoir constituant lors de la révision du 23 juillet 2008 ».

Durant les travaux en première lecture, le discours ne porte plus seulement sur un aspect de technique contentieuse mais se déplace à un niveau formel de hiérarchie des normes au sein de l'ordre juridique interne, comme argument d'effet utile de l'institution de la nouvelle procédure. « L'enjeu est d'instituer (...) des règles de procédure garantissant le succès de la question de constitutionnalité et sa diffusion comme moyen d'assurer la prééminence de la Constitution et le renforcement de la hiérarchie des normes au sein de l'ordre juridique français »⁹¹⁷.

En ce sens, la volonté quasi-unanimement admise au sein des deux assemblées a été d'inscrire la mise en place du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de la loi dans une politique juridique conforme « à la jurisprudence des Cours suprêmes »^{918 919} et du Conseil

⁹¹³ Créé par D. n° 2008-1108, 18/07/2007, publ. *JO*, 19/07/2007, n° 165, p. 12158, dénommé Comité « Balladur » du nom de son président.

⁹¹⁴ Comité « Balladur », « Une Ve République plus démocratique », *Rapport*, 10/2007, p. 89.

⁹¹⁵ Défendu notamment par le président du Conseil constitutionnel ; cf. J.-L. DEBRE, « Intervention devant le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République », 19/09/2007, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/discours_interventions/2007/20070919Debre.pdf

⁹¹⁶ Comité « Balladur », *Rapport*, op. cit., p. 88.

⁹¹⁷ J.-L. WARSMANN, *Rapport n° 1898*, op. cit., p. 23.

⁹¹⁸ CE Ass., 30/10/1998, *Sarran, Levacher et autres*, Rec. 369 : « la suprématie () conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle » ;

constitutionnel⁹²⁰ » afin de lui donner une réelle portée effective et plus seulement « théorique », souhaitant dépasser une sorte de « paradoxe normatif » de l'ordre constitutionnel avant qu'il ne soit révisé en 2008. En effet, « alors qu'était toujours plus nettement réaffirmée, dans l'ordre juridique interne, la suprématie théorique de la Constitution sur toutes les autres normes, y compris internationales, la réalité du contrôle juridictionnel conduisait à faire prévaloir en pratique la norme internationale sur les normes internes et notamment sur la loi. Suprématie théorique de la Constitution, supériorité pratique et effective des traités et des autres règles de droit international »⁹²¹.

Dans le champ d'application de l'article 61-1 de la Constitution, et dans le cadre d'un contentieux soulevant également des questions de conventionnalité, le critère de priorité bénéficiant à la question de constitutionnalité pose le fondement d'une logique systémique censée être appuyée, justement par l'instauration de ce caractère prioritaire, dans le sens de l'utilité, de l'effectivité voire encore de l'efficacité de ladite procédure. Au-delà du sens formel et organique, il convient de s'intéresser à la signification de ce concept de « question prioritaire de constitutionnalité » dans un espace juridique pluraliste au regard de la garantie des droits et libertés (A) et des conséquences de ce principe envisagées selon une approche fonctionnelle du système juridictionnel interne (B).

A) La question « prioritaire » de constitutionnalité

Les articles 23-2 et 23-5 modifiés de l'ordonnance organique sur le Conseil constitutionnel prévoient donc que toute autorité juridictionnelle « doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur (...) la question de constitutionnalité ». Ce principe de priorité s'applique de la même façon « devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation » que lors d'une instance devant les juridictions supérieures, « y compris pour la première fois en cassation ».

CE, 03/12/2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, Rec. 624, spécifiquement à propos des rapports entre l'ordre juridique interne et le principe de primauté issu du droit communautaire, « lequel au demeurant ne saurait conduire, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution ».

⁹¹⁹ Cass. Ass. plén., 02/06/2000, *Fraisse*, Bull. A. P., n° 4, p. 7.

⁹²⁰ CC, n° 2004-505 DC, 19/11/ 2004, Rec. 173, cons. 10.

⁹²¹ J.-H. STAHL, « La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 998.

Comme évoqué ci-dessus, il nous semble qu'un discours sur la signification du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité porte sur « des considérations relatives (...) à la spécialisation des juges »⁹²² dans l'ordre juridique interne mais dans un espace de raisonnement pluraliste où le champ de la question de constitutionnalité rebondit presque nécessairement – rappelons-le –, « compte tenu de la proximité entre, d'une part, la protection constitutionnelle des droits et libertés, et, d'autre part, la protection conventionnelle des droits et libertés », sur des problèmes liés à des rapports de systèmes.

De ce point de vue et au regard de l'articulation des deux niveaux de signification (dans le système juridictionnel interne et dans l'éventuel système conventionnel), les juridictions de droit commun comme « le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ne sont pas [et plus encore, ne doivent pas être] juges constitutionnels mais juges conventionnels ». Ils s'imposeraient en quelque sorte comme les deux à la fois, d'ores-et-déjà si la définition formelle de leur propre compétence au sein du système interne de justice constitutionnelle *a posteriori* leur laissait une capacité interprétative de *pouvoir* « refuser de transmettre la question de constitutionnalité au motif que la loi contestée peut être écartée par un raisonnement de conventionnalité ».

Pour le professeur et sénateur belge Francis Delpérée, « les législateurs seraient bien inspirés s'ils évitaient d'offrir au juge judiciaire ou au juge administratif des échappatoires trop commodes, s'ils entreprenaient de réguler, dans un même mouvement, les procédures constitutionnelles et les procédures conventionnelles. Il faut installer plus de poteaux indicateurs et plus de signaux de priorité sur les routes de France – et d'Europe »⁹²³.

En Belgique, la « pratique (...) depuis vingt-cinq ans de la justice constitutionnelle et de la technique de la question préjudicielle, s'apparente, dans une large mesure, à celle de la question de constitutionnalité qu'instaure la loi constitutionnelle française de 2008 »⁹²⁴. Notamment, l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage prévoit par le 3° de son § 1 que « la Cour d'arbitrage statue, à titre préjudiciel, par voie d'arrêt, sur les questions relatives à (...) la violation par une loi, un décret (...), des articles du titre II "Des Belges et de leurs droits" »⁹²⁵ de la Constitution du 17 février 1994 sans autre précision. Or,

⁹²² M. GUILLAUME, in « Auditions ... », AN, XIIIe législature, Commission des lois, CR, n° 63, p. 22.

⁹²³ F. DELPEREE, « Le Conseil constitutionnel et l'Europe des droits de l'Homme », CCC, Hors série, 2009, p. 81.

⁹²⁴ F. DELPEREE, in « Auditions sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution », AN, XIIIe législature, Commission des lois, CR, n° 58, 23/06/2009, p. 8.

⁹²⁵ cf. article 9 de la loi spéciale n° 2003-03-09/47 du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, publ. *Moniteur belge*, 11/04/2003, réf. 2003003166, p. 18384.

dans la pratique, il s'est formulé assez rapidement une sorte de refus de renvoi, notamment de la part de la Cour de cassation, motivé par l'application des règles internes de conflits de normes qui amènent le juge judiciaire suprême à considérer que « lorsque la Constitution (...) ne pose pas plus d'exigences qu'une disposition conventionnelle ayant un effet direct, un contrôle de la loi à la lumière de la convention suffit et un contrôle ultérieur de la loi à la lumière de la Constitution est sans pertinence »⁹²⁶.

Au regard du développement de ces solutions, le législateur « spécial » a promu une réforme de la procédure liée aux questions préjudicielles devant l'organe qu'il est convenu désormais d'appeler « Cour constitutionnelle » en Belgique. « L'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, modifié par la loi spéciale du 9 mars 2003, est complété par un paragraphe 4 »⁹²⁷, dont l'objet est de poser le principe selon lequel « lorsqu'il est invoqué devant une juridiction qu'une loi, un décret (...) viole un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution » ; ce qui constitue selon les termes mêmes employés dans la loi spéciale une « *obligation* de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle », comme pour aller de façon claire et nette à l'encontre des raisonnements juridictionnels qui avait conclu à un défaut de « pertinence » du contrôle de constitutionnalité à partir du moment où, dans le champ de la protection d'un « droit fondamental », une disposition constitutionnelle est reconnue comme « ne [posant] pas plus d'exigences qu'une disposition conventionnelle ayant un effet direct » et portant sur un objet comparable en terme de droits et libertés.

Ce détour par les développements actuels du droit belge permet de mieux comprendre certains éléments des débats français autour de la mise en application de l'article 61-1 de la Constitution, et particulièrement comme en Belgique le choix opéré et explicité dans le texte organique en vue de l'agencement des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité. Une part des critiques les plus virulentes ont été formulées par le Premier Président de la Cour de cassation⁹²⁸, estimant que « la priorité instituée par le projet de loi est de nature à porter préjudice au justiciable », puisqu'il est relativement et objectivement aisé de constater que

⁹²⁶ Cass. (belg.), 09/11/2004, n° P.04.0644.N (portail *Juridat* ; <http://jure.juridat.just.fgov.be>).

⁹²⁷ cf. article 2 de la loi spéciale n° 2009-07-12/10 du 12 juillet 2009 modifiant l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, publ. *Moniteur belge*, 31/07/2009, réf. 2009203283, p. 51617.

⁹²⁸ V. LAMANDA, in « Auditions... », AN, XIIIe législature, Commission des lois, *CR*, n° 63, pp. 40-41.

« le contrôle de conventionnalité peut () se révéler plus efficace et mieux adapté que le contrôle de constitutionnalité pour assurer la protection effective des droits fondamentaux », ne serait-ce par exemple dans la façon dont sont prévues les conditions de « mise en œuvre » des « droits reconnus par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » comparés aux « droits fondamentaux affirmés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. L'argument ne laisse pas insensible jusqu'au sein même de la juridiction constitutionnelle où le secrétaire général Marc Guillaume, exprimant son opinion en faveur de la priorité, prend le soin de relever dans son argumentation que « la quasi-totalité des questions de constitutionnalité pourraient être rejetées au motif que la loi contestée doit être écartée pour inconventionnalité »⁹²⁹.

Dans la lignée du Premier Président, le Procureur général près la Cour suprême de l'ordre judiciaire explique alors que « plutôt que de faire prévaloir le contrôle de constitutionnalité sur le contrôle de conventionnalité, il convient de laisser le juge répondre de la manière [qui lui semble la] plus efficace »⁹³⁰. Il ajoute une autre nécessité, au-delà de la loi organique, toujours afin d'« éviter ce conflit délicat entre le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité », selon laquelle « il convient d'effectuer un travail d'information auprès des parties et de leurs avocats afin de les convaincre de ne pas invoquer cumulativement les deux recours et bien choisir celui qui est le plus efficace et le plus utile à leurs intérêts ».

Le discours argumentant contre le critère de priorité tend alors vers des considérations liées aux destinataires du système. Ainsi, le Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation « estime essentiel, en tant qu'avocat, que les plaideurs conservent leur entière liberté : tel plaideur pourra privilégier le moyen d'inconventionnalité, dans la mesure où le juge ordinaire pourra lui donner plus rapidement une réponse qui lui suffira ; tel autre pourra privilégier la question de constitutionnalité dans la mesure où, si elle entraîne un délai complémentaire de six mois, elle lui permet d'obtenir une décision dont la portée sera plus importante, puisqu'il s'agira de l'abrogation de la disposition contestée. Le plaideur doit rester maître des moyens qu'il invoque »⁹³¹.

Dans cette prise en compte, dans la réflexion, du « point de vue des parties à l'instance », certains auteurs estiment qu'il devient envisageable de « considérer qu'une

⁹²⁹ M. GUILLAUME, in *CR*, n° 63, op. cit., p. 22.

⁹³⁰ J.-L. NADAL, in « Auditions... », AN, XIIIe législature, Commission des lois, *CR*, n° 63, p. 32.

⁹³¹ D. LE PRADO, in « Auditions... », AN, XIIIe législature, Commission des lois, *CR*, n° 58, p. 37.

différenciation entre type de justiciables ne manquera pas de se profiler à l'horizon de la pratique de la question préjudicielle. On imagine sans peine que des associations – de défense des consommateurs ou encore de défense de l'environnement – auront plus d'intérêts que de simples particuliers à obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité »⁹³² qui peut potentiellement revêtir le caractère d'une décision d'abrogation à l'effet *erga omnes*, alors que les « simples particuliers » privilégieront sans aucun doute la voie de droit la plus efficace, la plus rentable en terme de gains éventuels quant à la résolution de problèmes liés à leur propre situation juridique. Il est clair que dès lors, les hauts magistrats du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ont une procédure rentable à défendre sur le marché des procédures dans le secteur des droits et libertés face à un interventionnisme constitutionnel et organique imposant des priorités aux acteurs juridiques parce qu'il ne serait « *pas sain* que le contrôle de conventionnalité, et donc les traités, prenne dans l'ordre interne plus de place que le contrôle de constitutionnalité »⁹³³.

Ce qui ressort tout de même de ces débats, c'est un exercice difficile de fiction, d'autant plus difficile à mener que les adversaires de la question « prioritaire » de constitutionnalité ou de ses modalités d'exercice telles qu'elles sont prévues par la loi organique du 10 décembre 2009, comme les partisans de la mise en place de cette procédure, ne doivent pas oublier que du strict point de vue du requérant, la prérogative tenue de l'application de l'article 61-1 de la Constitution constitue un véritable « droit nouveau »⁹³⁴ à leur libre et entière disposition, c'est-à-dire aussi celle de ne pas l'utiliser. Comme le souligne le professeur Bertrand Mathieu, « la question de la constitutionnalité est à la disposition du justiciable mais rien ne l'oblige à la poser »⁹³⁵. Selon le secrétaire général du Conseil constitutionnel lui-même, « le requérant, avec ses conseils, doit pouvoir développer une stratégie judiciaire. Il peut souhaiter ne soulever qu'un moyen de conventionnalité, par exemple parce qu'il pense pouvoir gagner en s'appuyant sur une jurisprudence très établie de la CEDH »⁹³⁶. Le système doit poser les conditions pour « respecter ce choix ». La question de la priorité émerge en ce que, si le moyen en inconstitutionnalité est soulevé, « le juge doit

⁹³² L. BURGOGUE-LARSEN, « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Etat des lieux de leurs liaisons (...) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61 § 1 de la Constitution », *RFDA*, n° 4, 2009, p. 797.

⁹³³ O. DUTHEILLET de LAMOTHE, « Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France », Visite au Tribunal Constitutionnel espagnol, Madrid, 2-4 avril 2009 (source : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/madrid_odutheillet_avril_2009.pdf).

⁹³⁴ CC, n° 2009-595 DC, 03/12/2009, préc., cons. 3.

⁹³⁵ B. MATHIEU, in « Auditions... », AN, XIIIe législature, Commission des lois, *CR*, n° 58, p. 15.

⁹³⁶ M. GUILLAUME, in *CR*, n° 63, op. cit., p. 22.

répondre car on ne peut laisser sans réponse la demande d'abrogation formulée par le justiciable. Au surplus, dans le cas où il serait jugé que la question de constitutionnalité n'est pas nouvelle ou sérieuse, ou si la disposition est déclarée constitutionnelle, le juge pourra alors se prononcer sur la question de conventionnalité »⁹³⁷.

La signification du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité s'apparente donc bien à la résolution d'un problème de compétence⁹³⁸, ou en d'autres termes, a trait à une approche fonctionnelle du système juridictionnel. Dès lors, les considérations « de type stratégique » concernent « plutôt le point de vue des juridictions en jeu dans le maniement de cette nouvelle voie de droit »⁹³⁹.

Ainsi, il convient même d'envisager une situation qui relèverait de la situation limite, voire critique, soit celle d'une distorsion entre la solution, à propos d'une disposition législative, sur le terrain des « droits et libertés que la Constitution garantit » et celle sur le terrain conventionnel ou supranational. Sur ce point, l'approche fonctionnelle implique non seulement de prendre en compte cette potentialité, et de la regarder comme une sorte de risque inhérent au système. Il faut alors retourner l'argument du risque et dire plutôt : « le fait qu'une disposition législative puisse successivement être jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel et être écartée, au cas d'espèce, par le juge *a quo*, en raison de la contrariété avec une norme conventionnelle, devrait conforter l'office respectif du Conseil constitutionnel, juge de la Constitution, et des juridictions judiciaires et administratives, juges de la conventionnalité »⁹⁴⁰.

B) Conséquences fonctionnelles

La compréhension des éléments fonctionnels précédemment décrits, appréhendés dans un espace de raisonnement lié à la résolution de conflits de normes impliquant des rapports de systèmes, s'apparente à une opération difficile en ce que le discours sur le droit, et plus précisément, sur l'état du droit, se ramène à une fiction et s'inscrit donc dans un contexte spéculatif où quasiment toutes « les conjectures doctrinales sont assurément possibles » et où il ne faut pas oublier que « la pratique contentieuse () ne manquera pas de révéler des surprises découlant de l'imagination des requérants comme des juges »⁹⁴¹.

⁹³⁷ B. MATHIEU, op. cit., pp. 15-16.

⁹³⁸ cf. CC, n° 2009-595 DC, préc., cons. 14.

⁹³⁹ L. BURGOGUE-LARSEN, « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Etat des lieux de leurs liaisons (...) », op. cit., p. 797.

⁹⁴⁰ J.-L. WARSMANN, *Rapport n° 1898*, op. cit., p. 55.

⁹⁴¹ L. BURGOGUE-LARSEN, op. cit., p. 798.

Par exemple, dans cette pratique contentieuse justement, l'articulation entre la constitutionnalité et la conventionnalité a été au centre de décisions récentes et d'importance significative du Conseil d'Etat.

Ce contentieux récent concerne plus particulièrement les rapports entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique communautaire, en matière de réception des normes issues du droit communautaire dérivé et spécialement, de la transposition des directives en droit interne. D'une façon générale, « les juges ordinaires [sont] appelés à se prononcer sur les textes de transposition comme sur les autres textes nationaux au stade de leur application, qu'il s'agisse des juges judiciaires ou des juges administratifs. Il appartient normalement aux juges ordinaires, dans le cadre du contrôle de conventionnalité, de laisser inappliqué un texte législatif de transposition considéré comme contraire à la directive qu'il transpose et éventuellement, s'il s'agit du Conseil d'Etat et d'un texte administratif, d'annuler ce texte »⁹⁴².

Le juge administratif peut être amené à se prononcer directement sur un moyen tiré de la constitutionnalité d'un acte de transposition. C'est ce qui s'est produit à l'occasion d'une « affaire Arcelor »⁹⁴³. Le commissaire du gouvernement (désormais, rapporteur public) M. Guyomar pose devant la formation la plus solennelle de la Haute juridiction administrative la question suivante : « dans quelle mesure vous appartient-il de contrôler la constitutionnalité des actes réglementaires de transposition d'une directive »⁹⁴⁴ ?

En l'espèce, les sociétés requérantes formulent leur requête à l'encontre de « décisions implicites de rejet qui leur ont été opposées » par les autorités compétentes en matière réglementaire (Président de la République, Premier ministre et « ministres responsables » pour reprendre les termes de l'article 19 de la Constitution) « tendant à l'abrogation à titre principal, de l'article 1^{er} du décret n° 2004-832 du 19 août 2004⁹⁴⁵ pris pour l'application des articles L. 229-5 à L. 229-19 du code de l'environnement et relatif au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, en tant qu'il rend applicable ce décret aux installations du secteur sidérurgique » par le biais notamment d'un renvoi à une partie « annexe » audit décret qui détaille précisément les « catégories d'activités et d'installations visées à l'article 1^{er} » susvisé.

⁹⁴² J. RIDEAU, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : les orphelins de la pyramide », *RDP*, n° 3, 2009, p. 617.

⁹⁴³ CE Ass., 08/02/2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, Rec. 55.

⁹⁴⁴ M. GUYOMAR, « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire. Conclusions (...) », *RFDA*, n° 2, 2007, p. 384.

⁹⁴⁵ publ. *JO*, n° 194, 21/08/2004, p. 14979.

Les articles L. 229-5 à L. 229-19 ont été insérés dans le Code de l'environnement suite à l'adoption et la publication de l'ordonnance n° 2004-330 du 15 avril 2004⁹⁴⁶ prise en vertu d'une « loi n° 2004-237 du 18 mars 2004 portant habilitation du Gouvernement à transposer, par ordonnances, des directives communautaires et à mettre en œuvre certaines dispositions du droit communautaire »⁹⁴⁷, notamment le b) du 4° de son article 1^{er} visant la « directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil »⁹⁴⁸.

L'article 4 de cette directive fixe le principe selon lequel « les États membres veillent à ce que, à partir du 1er janvier 2005, aucune installation ne se livre à une activité visée à l'annexe I entraînant des émissions spécifiées en relation avec cette activité, à moins que son exploitant ne détienne une autorisation (...) » délivrée en application d'un régime conforme aux prescriptions de la directive. Ainsi, comme le relève le Conseil d'Etat, « la directive exclut la possibilité, pour un Etat membre, de soustraire des activités visées à l'annexe I au champ d'application du système » d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre.

« Apparemment complexe, la situation normative était, en réalité, relativement simple »⁹⁴⁹. Comme le souligne le commissaire du gouvernement, repris dans les termes mêmes de l'arrêt, « la soumission des activités de production et de transformation des métaux ferreux au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre est prévue par l'annexe I de la directive du 13 octobre 2003, dont l'annexe au décret du 19 août 2004 se borne à reprendre à l'identique, le contenu. Et sur ce point, il n'y a pas de disposition législative qui s'intercale entre la directive et le décret. En () demandant d'annuler le refus d'abroger ces dispositions réglementaires de transposition, les requérants portent en réalité le débat contentieux sur la directive communautaire. C'est dans cette mesure que l'examen des différents moyens qu'ils soulèvent appelle certains développements »⁹⁵⁰.

Il en va particulièrement des moyens de fond de la requête, par lesquels « les sociétés requérantes soutiennent que l'article 1^{er} du décret méconnaîtrait plusieurs principes à valeur constitutionnelle ». C'est là que se justifie l'examen du problème de droit « directement » par « l'assemblée du contentieux » de la juridiction administrative suprême. M. Guyomar évoque

⁹⁴⁶ cf. *JO*, n° 91, 17/04/2004, p. 7089.

⁹⁴⁷ cf. *JO*, n° 67, 19/03/2004, p. 5311.

⁹⁴⁸ cf. *JO(UE) L 275*, 25/10/2003, p. 32.

⁹⁴⁹ A. LEVADE, « Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires », *RFDA*, n° 3, 2007, p. 565.

⁹⁵⁰ M. GUYOMAR, *op. cit.*, p. 385.

de « délicates questions » ayant trait aux rapports de systèmes « et, partant, des relations entre les différentes juridictions chargées de veiller au respect des normes ainsi imbriquées : [le Conseil d'Etat], la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) mais aussi le Conseil constitutionnel ». Plus loin, il ajoute à ce postulat initial et insiste sur des éléments étonnants – qui rappellent toute la place de l'argumentation dans le raisonnement juridique – liés à des « *considérations de convenance et de réalisme politique* »⁹⁵¹ qui doivent conduire la juridiction administrative à « [s']inspirer, tout en l'adaptant à [sa] position institutionnelle, de la solution retenue par le juge constitutionnel » pour définir la spécificité de l'office lié au contrôle de constitutionnalité des lois de transposition des directives communautaires, dans le champ des « dispositions inconditionnelles et précises » de celles-ci.

Le juge administratif inscrit donc son raisonnement dans une logique dialogique, lié en fait par une double contrainte argumentative issue de sa propre jurisprudence, le commissaire du gouvernement M. Guyomar n'hésitant pas d'ailleurs à parler de « politique jurisprudentielle », c'est-à-dire d'éléments de motivation juridictionnelle relativement forts.

Sur le plan juridique, cela s'apparente à une figure de conciliation. Il serait difficilement justifiable que l'éventuelle reconnaissance d'une spécificité du droit communautaire dérivé dans la jurisprudence administrative ne remette en cause le principe de « la place de la Constitution *au sommet* de l'ordre juridique interne »⁹⁵² désormais reconnue de façon explicite dans la jurisprudence constitutionnelle, et aisément déduit d'une règle générale de conflit de normes, déduite elle-même de l'article 55 de la Constitution et consacrée par le juge administratif dans la résolution des rapports entre les engagements internationaux, et au-delà les normes qui en découlent, et les « principes et dispositions à valeur constitutionnelle », et « ne réservant pas un sort particulier au droit communautaire »⁹⁵³ primaire⁹⁵⁴.

Cependant, le problème normatif posé par le droit communautaire *dérivé* « s'enracine dans les conséquences normatives et juridictionnelles qu'il convient (...) de tirer de la participation de la France aux Communautés et à l'Union européenne ». Dès lors, le

⁹⁵¹ M. GUYOMAR, op. cit., p. 390. Sur ce point, voir : M. VERPEAUX, « Quand le juge administratif accepte de contrôler la constitutionnalité des actes réglementaires de transposition de directives », *D.*, 2007, p. 2272 (« On pourrait néanmoins objecter que le juge administratif fait peu de cas de l'article 62 de la Constitution, et s'il n'y a pas, en la matière, autorité de chose jugée, il y a bien autorité de chose interprétée »).

⁹⁵² CC, n° 2007-560 DC, 20/12/2007, *Rec.* 459, cons. 8.

⁹⁵³ cf. *GAJA*, 17^{ème} éd., op. cit., n° 102, p. 744.

⁹⁵⁴ Soit du Traité institutif et « des principes généraux de l'ordre juridique communautaire déduits du traité instituant la Communauté européenne et ayant la même valeur juridique que ce dernier » (CE, 03/12/2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, *Rec.* 624).

raisonnement développé « tient tout entier dans la suprématie absolue des règles et principes de valeur constitutionnelle. Or, le respect de cette suprématie passe, dans une certaine mesure par la reconnaissance de la primauté du droit communautaire »⁹⁵⁵, ou, en tout cas, de faire montre du développement d'une certaine ouverture de l'ordre juridique interne à l'égard du droit communautaire sous « couverture constitutionnelle »⁹⁵⁶ sans laquelle le raisonnement perdrait tout « bien-fondé ».

En ce sens, en raisonnent un peu par l'absurde, il paraît donc difficilement concevable pour la Haute juridiction administrative d'aller en-deçà du degré d'ouverture communautaire déjà acquis au regard de l'état de sa jurisprudence. En effet, le Conseil d'Etat a été amené à étendre la portée du « principe de supériorité des traités (...) énoncé à l'article 55 de la Constitution », bien sûr applicable au droit communautaire primaire⁹⁵⁷, au droit communautaire dérivé, règlements⁹⁵⁸ et directives⁹⁵⁹ selon leurs propres caractéristiques communautaires. Comme le soulignait un commissaire du gouvernement dans les conclusions de l'un de ses arrêts, « dès lors que l'autorité juridique des engagements internationaux résulte de l'article 55 de la Constitution, sans qu'il soit fait de distinction entre les catégories de traités ou d'engagements internationaux qui en sont la conséquence, et que le législateur ait ou non participé directement à leur élaboration, à leur ratification ou leur approbation, il n'y a pas lieu de faire une différence entre le traité lui-même et la norme internationale qui en est dérivée »⁹⁶⁰. Adhérant à cette solution, le juge administratif semblait, en quelque sorte, simplement se conformer à l'interprétation du Conseil constitutionnel⁹⁶¹ définissant sa propre compétence eu égard à l'article 55⁹⁶² de la Constitution. Plus encore, le bloc de

⁹⁵⁵ M. GUYOMAR, op. cit., p. 391.

⁹⁵⁶ cf. X. MAGNON, « Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire », *Europe*, n° 8, 2004, p. 6, faisant référence à un « emprunt à la Cour constitutionnelle italienne », sur ce point : *GDCCE*, op. cit., n° 98, p. 447.

⁹⁵⁷ La Traité CE était d'ailleurs l'objet de l'arrêt de principe : CE Ass., 20/10/1989, *Nicolo*, *Rec.* 190 ; cf. part CE, 05/05/1995, *Ministre de l'équipement, des transports et du tourisme c. SARL Der*, *Rec.* 192.

⁹⁵⁸ CE 24/09/1990, *Boisdet*, *Rec.* 251.

⁹⁵⁹ CE Ass., 28/02/1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*, *Rec.* 81.

⁹⁶⁰ M. LAROQUE, « Illégalité de la procédure de fixation des prix des tabacs manufacturés : responsabilité de l'administration du fait d'une loi incompatible avec une réglementation communautaire », *AJDA*, 1992, p. 210 (base *Dalloz.fr*).

⁹⁶¹ cf. *nota* CC, n° 70-39 DC, 19/06/1970, *Rec.* 15, cons. 5 à 8 ; n° 77-90 DC, 30/12/1977, *Rec.* 44, cons. 3 : « l'[ex] article 189, alinéa 2, du traité du 25 mars 1957 dispose que les règlements arrêtés par le Conseil et la Commission des communautés européennes sont obligatoires dans tous leurs éléments et sont directement applicables dans les Etats membres ; qu'il suit de là que la force obligatoire qui s'attache aux dispositions qu'ils comportent... ».

⁹⁶² CC, n° 91-298 DC, 24/07/1991, *Rec.* 82, cons. 21 : « s'il revient au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, de s'assurer que la loi respecte le champ d'application de l'article 55, il ne lui appartient pas en revanche d'examiner la conformité de celle-ci aux stipulations d'un accord international ; que, dès lors, il n'y a pas lieu d'examiner la conformité de l'article 7, paragraphe I, de la loi déferée

conventionnalité relatif aux normes communautaires applicables semble devoir aussi inclure la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes⁹⁶³ et l'interprétation « authentique » de la « portée des dispositions communautaires »⁹⁶⁴ qu'elle recèle et opposables normalement aux autorités nationales. Il est souligné que les « relations » entre le Conseil d'Etat et la Cour de justice « sont aujourd'hui apaisées » et que la Haute juridiction administrative n'hésite plus « à conférer leur pleine portée aux procédures institutionnalisées de coopération »⁹⁶⁵. Ainsi, le juge du Palais-Royal a reconnu et admis dans une position de principe délivrée également en assemblée du contentieux – juste quelques semaines avant la réunion liée à « l'affaire Arcelor » – qu'à l'occasion d'une espèce nécessitant un renvoi préjudiciel près la Cour de Luxembourg préalable à sa résolution, « l'interprétation du traité et des actes communautaires, que la Cour était compétente pour donner en vertu du a) et du b) de l'article 234 du traité CE, s'impose au Conseil d'Etat »⁹⁶⁶.

Il ressort de l'ensemble de ces éléments, qu'en matière de contrôle de la constitutionnalité des actes internes de transposition des directives communautaires relevant de l'office du juge administratif, « toute divergence avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel (...) risquerait d'être perçue, à tort ou à raison, comme une position de défiance envers le juge communautaire »⁹⁶⁷. Or, et M. Guyomar ne s'en cache pas, le raisonnement fixant les principes de contrôle de la juridiction administrative doit s'inscrire dans le « dialogue des juges », et ce, dans la droite lignée de la doctrine Genevois qui paraît aujourd'hui dominante au sein du Conseil d'Etat.

Il paraît nécessaire de développer une rhétorique juridictionnelle qui puisse ne pas apparaître en décalage, plus ou moins prononcé, avec « un mouvement général de coopération judiciaire entre les cours suprêmes nationales et la Cour de justice des Communautés européennes ». Dans cette perspective, le raisonnement en arrive à faire valoir une « approche » ayant « le mérite d'éviter que le souci légitime de chaque Etat membre d'assurer le respect des droits fondamentaux garantis par sa Constitution, ne nuise à l'unité nécessaire du droit communautaire », une approche qui « ne désarme pas totalement le juge national qui pourra, dans un cas extrême, sinon entrer en dissidence, du moins, par un renvoi préjudiciel,

aux stipulations du traité instituant la Communauté économique européenne *non plus* qu'aux actes pris par les institutions communautaires sur le fondement de ce traité ».

⁹⁶³ CE 23/03/1992, *Société Klockner France*, Rec. 133.

⁹⁶⁴ cf. CJCE, 14/12/1982, *Procureur de la République et Comité national de défense contre l'alcoolisme contre Alex Waterkeyn et autres*, aff. 314/81, 315/81, 316/81 et 83/82, Rec. 4337.

⁹⁶⁵ M. GUYOMAR, op. cit., p. 390.

⁹⁶⁶ CE Ass., 11/12/2006, *Société de Groot En Slot Allium BV*, Rec. 512.

⁹⁶⁷ M. GUYOMAR, *ibid.*

inciter la Cour de justice à intégrer dans les principes généraux de l'ordre juridique communautaire tel ou tel droit déduit de la tradition constitutionnelle commune aux Etats membres »⁹⁶⁸.

Dans son arrêt du 8 février 2007, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat « a ajusté sa position aux dispositions de l'article 88-1 de la Constitution selon la portée que lui donne le Conseil constitutionnel depuis sa décision du 10 juin 2004. Reprenant la doctrine du juge constitutionnel, le Conseil d'Etat reconnaît à son tour une "obligation constitutionnelle de transposition des directives" »⁹⁶⁹. Dès lors émerge le principe, corollaire du fondement précédent et de « l'exigence » ou « l'obligation » qui découle de « l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international »⁹⁷⁰, selon lequel « le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires assurant directement cette transposition est appelé à s'exercer selon des modalités particulières dans le cas où sont transposées des dispositions précises et inconditionnelles ».

Il s'avère, dans le champ précité, que *le problème de constitutionnalité se résout dans l'ordre juridique communautaire*. En d'autres termes, les moyens en inconstitutionnalité visant le contenu d'une directive par le miroir d'un acte interne de transposition le reprenant « à l'identique » doivent « être compris comme tendant à mettre en cause la validité – c'est-à-dire sa conformité au traité ou aux principes généraux du droit communautaire – de la directive, dès lors qu'aucun d'eux n'était relatif à la méconnaissance d'une règle ou d'un principe spécifique à la Constitution française »⁹⁷¹. Sur la référence conceptuelle de « l'égalité », le commissaire du gouvernement réussit à convaincre⁹⁷² l'Assemblée du contentieux « que la portée du principe général du droit communautaire garanti, au regard du moyen invoqué, l'effectivité du respect du principe constitutionnel en cause »⁹⁷³. La « difficulté sérieuse » quant à une « différence de traitement » pouvant porter atteinte à l'idée commune d'égalité entre dans le champ du traité et la seule compétence interprétative du juge communautaire telle qu'elle résulte de l'article 267 du traité UE (ex-article 234 TCE), le juge respectant l'allégeance à la coopération juridictionnelle par le biais du mécanisme préjudiciel.

⁹⁶⁸ B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé », RFDA, 2004, p. 651 (base *Dalloz.fr*).

⁹⁶⁹ G. CANIVET, « Constitution nationale et Europe. La dialectique de Un et du Deux », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 91.

⁹⁷⁰ CC, n° 2007-560 DC, 20/12/2007, *Rec.* 459, cons. 7.

⁹⁷¹ P. CASSIA, « Principe constitutionnel d'égalité : renvoi à la CJCE pour difficulté sérieuse », *JCP, G.*, n° 12, 2007, II. 10049 (base *LexisNexis*).

⁹⁷² Voir tout de même : O. SCHRAMECK, « Réflexions sur l'arrêt Arcelor », in *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, op. cit., p. 547 ; E. GLASER, « Réflexions sur la décision Arcelor », in *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, op. cit., pp. 491-193.

⁹⁷³ CE Ass., 08/02/2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, repr. *GDCC*, op. cit., n° 116, p. 897.

En application désormais dans l'ordre juridique interne de la question prioritaire de constitutionnalité, il est clair que l'invocation du principe constitutionnel d'égalité ne pourra plus être mise à l'écart de la sorte. L'article 23-5 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 impose le principe de priorité du moyen tiré de l'inconstitutionnalité tirée de l'atteinte aux « droits et libertés » par rapport à la matérialité comparable au sein du corpus normatif des « engagements internationaux de la France », selon la signification que « cette priorité a pour seul effet d'imposer, *en tout état de cause*, l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie ; qu'elle ne restreint pas la compétence de cette dernière, après avoir appliqué les dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité, de veiller au respect et à la supériorité sur les lois des traités ou accords légalement ratifiés ou approuvés et des normes de l'Union européenne »⁹⁷⁴.

Il n'en reste pas moins que certaines voix se sont inquiétées sur ce que « cette disposition [reste] de nature à soulever de sérieuses difficultés au regard des exigences du droit communautaire. La priorité donnée à la question de constitutionnalité – et donc à la saisine du Conseil constitutionnel – sur le contrôle de compatibilité avec le droit communautaire se heurte en effet à la position constante de la Cour de justice, telle qu'elle a été solennellement exprimée dans le célèbre arrêt *Simmenthal*⁹⁷⁵ »⁹⁷⁶, en vertu duquel « le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel ».

En quelque sorte, la Cour de cassation a mis « les pieds dans le plat ». Sur « transmission » par un juge *a quo* d'une question prioritaire de constitutionnalité, « avant dire droit » quant au « renvoi de la question » au Conseil constitutionnel, la Haute juridiction introduit un élément incident dans le déroulement de la procédure en posant « deux questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne », après avoir constaté, dans l'espèce considérée, « qu'était ainsi posée la question de la conformité de l'article 78-2, alinéa 4, du code de la procédure pénale à la fois au droit de l'Union et à la Constitution de la République française »⁹⁷⁷. Dans cette affaire, le fond semble couvert par la régulation des

⁹⁷⁴ CC, n° 2009-595 DC, 03/12/2009, préc., cons. 14.

⁹⁷⁵ CJCE, 09/03/1978, aff. 106/77, *Rec.* 629.

⁹⁷⁶ D. SIMON, « Le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la constitution : un risque d'incompatibilité avec le droit communautaire ? », *Europe*, n° 5, 2009, p. 1.

⁹⁷⁷ Cass. Ass. plén., 29/06/2010, n° 10-40.001 et n° 10-40.002, inédits au *Bulletin*.

arguments de procédure, comme le laisse apparaître la formulation de la première question : « l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 s'oppose-t-il à une législation telle que celle résultant des articles 23-2, alinéa 2, et 23-5, alinéa 2, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 créés par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, en ce qu'ils imposent aux juridictions de se prononcer par priorité sur la transmission, au Conseil constitutionnel, de la question de constitutionnalité qui leur est posée, dans la mesure où cette question se prévaut de la non-conformité à la Constitution d'un texte de droit interne, en raison de sa contrariété aux dispositions du droit de l'Union »⁹⁷⁸ ?

C'est-à-dire que « la Cour de cassation a jugé que les dispositions invoquées de l'article 67 § 2 TFUE interdisant les contrôles des personnes aux frontières intérieures ont valeur constitutionnelle par l'effet de l'article 88-1 de la Constitution ; elle a en conséquence estimé qu'il appartiendrait au Conseil constitutionnel, si la QPC lui était renvoyée, de se prononcer sur la conformité de la disposition législative litigieuse au droit de l'Union européenne ; elle a alors relevé que, par application de l'article 62 de la Constitution, une déclaration de conformité s'imposerait à toutes les juridictions, ce qui lui interdirait l'usage par le juge ordinaire de la procédure préjudicielle prévue à l'article 267 TFUE »⁹⁷⁹.

Il s'avère que le dialogue attendu des juges par le canal institutionnalisé au niveau communautaire a rebondi de façon presque curieuse, en tout cas « inattendue », dans les ailes du Palais-Royal. « De manière particulièrement opportune, les députés qui contestent la constitutionnalité de la loi relative à l'ouverture de la concurrence et à la régulation des jeux d'argent et de hasard en ligne, invitent, par un mémoire complémentaire, le Conseil constitutionnel à vérifier que la loi n'est pas contraire au droit communautaire en se référant expressément à l'arrêt de la Cour de cassation qui vient d'être évoqué »⁹⁸⁰. Le commentaire officiel aux *Cahiers* reconnaît que la décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 « a ainsi donné l'occasion [au juge constitutionnel] de rappeler et de préciser sa jurisprudence à l'occasion de la première décision qu'il rendait après l'entrée en vigueur de la réforme constitutionnelle relative à la question prioritaire de constitutionnalité »⁹⁸¹.

Le contrôle *a priori* sert encore une fois au contrôle *a posteriori*, par la technique de l'*obiter dictum*, qui prend en l'espèce une tournure substantielle par rapport à l'acte de

⁹⁷⁸ Cass. spéc., 16/04/2010, n° 12003 ND (Pourvoi n° 10-40.002), source : base électronique *Le DoctrinalPlus*.

⁹⁷⁹ P. CASSIA, E. SAULNIER-CASSIA, « Imbroglio autour de la question prioritaire de constitutionnalité », *D.*, n° 27, 2010, p. 1235.

⁹⁸⁰ B. MATHIEU, « La guerre des juges n'aura pas lieu », *JCP, G.*, n° 21, 24/05/2010, p. 1077.

⁹⁸¹ cf. CCC, n° 29 (à paraître ; source : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-605-dc/commentaire-aux-cahiers.48196.html>).

décision, dès lors normalement que le juge, considérant que « la loi déferée n'a pas pour objet de transposer une directive », en conclut que « le grief tiré de la méconnaissance de l'article 88-1 de la Constitution doit être écarté »⁹⁸². Il n'y avait donc pas lieu à statuer.

Mais le Conseil croit déceler une méprise dans le raisonnement de la Cour de cassation, en ce qu'il s'en dégage l'idée selon laquelle il « pourrait exercer "un contrôle de conformité des lois aux engagements internationaux de la France, en particulier au droit communautaire" ». C'est oublier la logique du « système » procédural de la « contrôle de la conformité des lois à la Constitution » et du principe de spécialisation qui en a résulté au regard de la jurisprudence *IVG*⁹⁸³. « Mieux, cette distribution est désormais fixée (...). Le nouvel article 61-1 prévoit que le Conseil constitutionnel a mandat de protéger les droits "que la Constitution garantit". Il lui est interdit de se faire juge d'autre chose, et notamment de la "conventionalité" internationale des lois. Il n'existe à cette règle qu'une seule exception : en vertu de l'article 88-1, le Conseil constitutionnel peut censurer la violation manifeste d'une directive communautaire par la loi qui en assure la transposition »⁹⁸⁴. Nous sommes d'avis qu'il ne faut pas se méprendre sur la portée de l'exception, « nonobstant la mention dans la Constitution du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 », dans la lignée de ce qu'il « faut donc conclure que le droit de l'Union européenne ne peut être qu'une référence "extra-constitutionnelle" du constitutionnalité (...) la norme constitutionnelle de référence étant la seule obligation de respecter le droit de l'Union européenne, distincte des normes dont elle impose le respect »⁹⁸⁵. Le juge constitutionnel a confirmé clairement cette analyse⁹⁸⁶.

En tout état de cause, la Cour de justice de l'Union européenne ne paraît pas effrayée⁹⁸⁷ par le système français de justice constitutionnelle ; outre qu'elle respecte l'organisation constitutionnelle des Etats, elle propose une interprétation du type « *solange* » appliquée à l'effectivité du droit communautaire dans les ordre juridiques étatiques telle qu'elle peut être assurée par la Cour, saisie par les juridictions nationales de droit commun. Ainsi, « l'article 267 TFUE ne s'oppose pas » à la question prioritaire de constitutionnalité, « pour autant qu' » elle puisse s'assurer de la conjonction entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat⁹⁸⁸ sur le facteur *ratione loci* de la compétence constitutionnelle *a posteriori*.

⁹⁸² CC, n° 2010-605 DC, 12/05/2010, publ. *JO*, 13/05/2010, p. 8897, cons. 20.

⁹⁸³ CC, n° 74-54 DC, 15/01/1975, *Rec.* 19.

⁹⁸⁴ D. de BECHILLON, « La question de constitutionnalité peut-elle être "prioritaire" ? », *JCP, G.*, n° 21, 2010, p. 1042.

⁹⁸⁵ S. PLATON, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit de l'Union européenne : réflexions autour de la question préjudicielle posée par la Cour de cassation le 16 avril 2010 », *JCP, A.*, n° 19, 2010, p. 25.

⁹⁸⁶ CC, n° 2010-605 DC, 12/05/2010, préc., cons. 16 (principe) et cons. 19 (application à l'article 88-1).

⁹⁸⁷ CJUE, Gr. Ch., 22/06/2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, C-188/10 et C-189/10, publié au *Recueil*.

⁹⁸⁸ CE, 14/05/2010, *Rujovic*, n° 312305, publié au *Lebon*.

§ 2 – Conflit de normes dans le temps. Théorie de « l’abrogation implicite »

La logique de spécialisation des juges afférente à la mise en place de la « question prioritaire de constitutionnalité » va certainement affecter certaines solutions actuellement en cours, particulièrement dans la jurisprudence administrative, concernant la résolution de conflit de normes dans le temps. Il est souligné en doctrine que « plusieurs jurisprudences jettent le trouble sur la portée réelle du refus par le juge administratif d’examiner la constitutionnalité des lois. Ces jurisprudences ont trait à l’examen par le juge administratif de la compatibilité, avec la norme constitutionnelle, des lois antérieures à l’entrée en vigueur de la Constitution »⁹⁸⁹.

Cependant, parce que le Conseil constitutionnel est conforté et renforcé comme le seul « juge constitutionnel des lois » dans le système juridictionnel, « le Conseil d’Etat devra réexaminer sa jurisprudence relative à l’abrogation implicite des lois antérieures à la Constitution, qui est désormais contraire à l’article 61-1 de la Constitution »⁹⁹⁰. Comme le confirme lui-même le Vice-président du Conseil d’Etat, « l’entrée en vigueur des nouvelles dispositions constitutionnelles et organiques *ne peut pas ne pas* conduire à réexaminer cette jurisprudence car le contrôle de l’incompatibilité radicale entre une loi antérieure et une disposition constitutionnelle nouvelle peut être interprété matériellement comme une forme de contrôle de constitutionnalité des lois »⁹⁹¹, tout en mettant en garde sur le caractère souverain de l’interprétation du juge administratif suprême sur l’étendue de son propre office, c’est-à-dire en d’autres termes qu’il sera, le cas échéant, le seule apte à déterminer « si *et dans quelle mesure* la nouvelle compétence du Conseil constitutionnel doit conduire à la révision de cette jurisprudence ».

La compréhension de la théorie dite de « l’abrogation implicite » fait appel au droit comparé et au droit constitutionnel espagnol, dans un discours de justification du sens de la « distinction théorique entre abrogation et inconstitutionnalité »⁹⁹². Ainsi, « l’abrogation correspond à des raisons d’opportunité tandis que l’inconstitutionnalité correspond à des raisons de validité »⁹⁹³, et comme le soulignaient les « opinions dissidentes autrefois émises

⁹⁸⁹ J.-B. DUBRULLE, « La compatibilité des lois avec la Constitution : un contrôle de constitutionnalité ? », *AJDA*, 2007, p. 127.

⁹⁹⁰ M. GUILLAUME, in « Auditions... », AN, XIIIe législature, Commission des lois, *CR*, n° 63, p. 21.

⁹⁹¹ J.-M. SAUVE, in « Auditions... », AN, XIIIe législature, Commission des lois, *CR*, n° 58, p. 4.

⁹⁹² C. LANDAIS, F. LENICA, « L’abrogation implicite dans la jurisprudence récente du Conseil d’Etat », *chron.*, *AJDA*, 2006, p. 358.

⁹⁹³ L. M. DIEZ-PICAZO, in *GDCCE*, *op. cit.*, n° 20, p. 95.

par l'actuel président du Conseil d'Etat espagnol, F. Rubio Llorente, sur les décisions n° 4/1981⁹⁹⁴ et n° 14/1981 du Tribunal constitutionnel espagnol : "l'abrogation est le simple résultat de la succession de normes dans le temps ; l'inconstitutionnalité, au contraire, résulte seulement de la contradiction entre la Constitution et une norme qui lui est postérieure" »⁹⁹⁵.

Dans le premier arrêt cité du 2 février 1981, le juge constitutionnel espagnol a été amené à préciser la « portée » de sa propre « compétence » dans le cadre de l'article 163 de la Constitution du 27 décembre 1978 selon lequel « lorsqu'un organe judiciaire considérera, au cours d'un procès, qu'une norme ayant force de loi, s'appliquant en la matière et dont dépend la validité de la sentence, pourrait être contraire à la Constitution, il saisira le Tribunal constitutionnel ». En l'espèce, la « question d'inconstitutionnalité » pose le problème du contrôle de lois adoptées antérieurement à la nouvelle Constitution, bénéficiant d'une « présomption de validité () purement formelle » et « non substantielle ». En effet, le texte fondamental de 1978 est doté d'une « disposition abrogatoire » qui, outre certaines abrogations expresses⁹⁹⁶, pose un principe abrogatif général en vertu duquel « sont abrogées également toutes les dispositions qui s'opposent à ce qui est établi dans la présente Constitution » de l'Etat espagnol « de droit social et démocratique qui défend comme valeurs supérieures de son ordre juridique la liberté, la justice, l'égalité et le pluralisme politique ».

En matière de « lois préconstitutionnelles contraires à la Constitution », le Tribunal constitutionnel propose une « dualité d'analyse ». Pour le professeur Diez-Picazo, « il y a deux voies alternatives : ou bien leur inapplication au cas concret par n'importe quel tribunal (abrogation) ; ou bien leur invalidation, avec une portée générale, par le Tribunal constitutionnel (inconstitutionnalité) »⁹⁹⁷. Dans l'arrêt n° 4/81, la motivation retenue par la juridiction constitutionnelle indique ainsi que « tout comme à l'encontre des lois post-constitutionnelles pour lesquelles le Tribunal détient un monopole du jugement de leur conformité à la Constitution, concernant les lois préconstitutionnelles, les juges et tribunaux ne doivent pas les appliquer s'ils considèrent qu'elles ont été abrogées par la Constitution, en

⁹⁹⁴ Repr. in *GDCCE*, op. cit., n° 20, p. 92.

⁹⁹⁵ Cit. in C. LANDAIS, F. LENICA, *ibid.*

⁹⁹⁶ Le premier alinéa porte sur « les "lois fondamentales" de la dictature franquiste », soit « la Loi relative aux Principes fondamentaux du Mouvement du 17 mai 1958, le *Fuero* des Espagnols du 17 juillet 1945, le *Fuero* du travail du 9 mars 1938, la Loi constitutive des Cortès du 17 juillet 1942, la Loi sur la succession au Chef de l'État du 26 juillet 1947 (modifiées par la Loi organique de l'État), ainsi que, dans les mêmes termes, la Loi organique de l'État du 10 janvier 1967 et la Loi sur le référendum national du 22 octobre 1945 » ; tandis que le § 2 vise « la Loi royale du 25 octobre 1839, en ce qui pourrait concerner les provinces d'Alava, du Guipuzcoa et de Biscaye » et « dans les mêmes termes (...) la Loi du 21 juillet 1876 », dont l'objet avait été d'abolir « les *fueros* basque et navarrais, c'est-à-dire les privilèges traditionnels dont jouissaient ces provinces en matière administrative et fiscale » (cf. L. M. DIEZ-PICAZO, in *GDCCE*, op. cit., n° 20, p. 94).

⁹⁹⁷ L. M. DIEZ-PICAZO, *ibid.*

s'opposant à cette norme ; ou peuvent, en cas de doute, soumettre ce sujet au Tribunal constitutionnel par la voie de la question d'inconstitutionnalité ».

Le juge constitutionnel espagnol tempère donc son monopole de compétence, dans la limite de que les « juges et tribunaux intégrés au sein du pouvoir judiciaire (...) ne jugent pas réellement l'action du législateur ». En principe, « il n'incombe pas au pouvoir judiciaire de juger le pouvoir législatif dans l'exercice de sa fonction si caractéristique » sous le régime de la Constitution démocratique, « puisqu'un tel jugement relève du Tribunal constitutionnel ». Mais, « de manière seulement exceptionnelle, concernant les lois antérieures à la Constitution », le jugement de constitutionnalité « peut aussi relever » des juridictions de droit commun, « lesquelles en n'appliquant pas de telles Lois » ne font qu'*appliquer* la Constitution du 27 décembre 1978 « qui a abrogé les lois antérieures s'opposant à son contenu et qui – de ce fait – sont inconstitutionnelles ».

Ces derniers éléments sont fondamentaux car, dans « la construction d'un système contentieux [« de la constitutionnalité »] »⁹⁹⁸, ils fondent des principes fonctionnels de répartition des compétences entre le juge constitutionnel spécialisé et les juges de la légalité de droit commun. En outre, ils viennent aussi « rappeler que, sur le plan théorique, l'abrogation implicite est abordée par le juge sous le seul angle de la succession dans le temps de normes incompatibles entre elles, et non par le prisme du principe de légalité »⁹⁹⁹.

En d'autres termes, la théorie de l'abrogation implicite tend à appuyer un discours de justification d'une différence entre les offices juridictionnels concernés. « Cette jurisprudence n'a jamais reposé sur une appréciation fine de la contrariété éventuelle entre une loi antérieure et une norme constitutionnelle postérieure, mais sur la *constatation* d'une contrariété radicale entre les deux »¹⁰⁰⁰, soit « une incompatibilité (...) d'abord appréhendée en termes d'abrogation implicite de la disposition législative du fait de l'entrée en vigueur postérieure de normes inconciliables et de valeur au moins égale, et non sous l'angle désormais plus classique de la [conformité] d'une disposition législative avec une norme qui lui est supérieure dans la hiérarchie des normes »¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁸ Repr. A. DERRIEN, *Les juges français de la constitutionnalité. Etude sur la construction d'un système contentieux. Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation : trois juges pour une norme*, Sakkoulas / Bruylant, 2003.

⁹⁹⁹ C. LANDAIS, F. LENICA, op. cit., p. 357.

¹⁰⁰⁰ J.-M. SAUVE, *CR*, n° 58, op. cit., p. 4.

¹⁰⁰¹ J.-H. STAHL, « Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité et Syndicat national des huissiers de justice* », *RFDA*, 2006, n° 1, p. 44.

Dans la jurisprudence administrative actuelle, l'abrogation implicite (au sens large) recouvre deux réalités distinctes de conflit normatif (A) qu'il convient d'envisager à l'aune de la mise en œuvre de la procédure prévue en application de l'article 61-1 de la Constitution, notamment dans la régulation des rapports prévus entre les juridictions de droit commun et la compétence normalement monopolistique de la juridiction constitutionnelle sur le prononcé de l'inconstitutionnalité de la loi au stade de son application (B).

A) Deux moyens distincts : l'exception d'inconciliabilité et l'exception d'incompatibilité

Le développement de « l'abrogation implicite » s'inscrit dans le cadre du principe systémique global selon lequel « le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution »¹⁰⁰², il ne l'était pas avant et ne le sera d'ailleurs pas après l'entrée en vigueur et la mise en application de l'article 61-1 de la Constitution.

La Haute juridiction administrative ne pouvait que considérer « qu'en l'état actuel du droit public français, [le moyen de l'inconstitutionnalité de la loi] n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux »¹⁰⁰³ et ce d'autant plus à partir du moment où « l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 a confié au Conseil constitutionnel le soin d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution ; que ce contrôle est susceptible de s'exercer après le vote de la loi et avant sa promulgation ; qu'il ressort des débats tant du Comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'Etat lors de l'élaboration de la Constitution que les modalités ainsi adoptées excluent un contrôle de constitutionnalité de la loi au stade de son application »¹⁰⁰⁴.

Dans le champ de la constitutionnalité, la loi fait « écran » au développement de l'office du juge administratif, juge de la légalité, et il apparaît que « la motivation repose () clairement sur les implications de l'existence en France d'un système de justice constitutionnelle concentrée »¹⁰⁰⁵.

C'est dans ce contexte que le Conseil d'Etat va faire émerger un considérant de principe par lequel dans un premier temps, il rappelle qu'il « n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la conformité d'un texte législatif aux dispositions constitutionnelles

¹⁰⁰² Du titre d'une contribution de B. GENEVOIS, in *RFDA*, 2000, n° 4, p. 715.

¹⁰⁰³ CE Sect., 06/11/1936, *Arrighi*, *Rec.* 966.

¹⁰⁰⁴ CE, 05/01/2005, *Deprez et Baillard*, *Rec.* 1.

¹⁰⁰⁵ A. ONDOUA, « Le Conseil d'Etat et le statut contentieux de la loi », *RTDE*, 2006, n° 1, p. 189.

en vigueur à la date de sa promulgation » mais tout de même, en tempérament à cela, « il lui revient de constater l'abrogation, fût-elle implicite, de dispositions législatives qui découle de ce que leur contenu est inconciliable avec un texte qui leur est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle »¹⁰⁰⁶. L'essence de ce contrôle remonterait aux origines mêmes de la juridiction administrative, ce que semble attester un avis du 4 nivôse an VIII dans lequel il était affirmé que « [toute] loi dont le texte serait inconciliable avec celui de la Constitution, ont été abrogées par le fait seul de la promulgation de cette Constitution, et qu'il est inutile de s'adresser au législateur pour lui demander cette abrogation. En effet, c'est un principe éternel, qu'une loi nouvelle fait cesser toute loi précédente, ou toute disposition de loi précédente contraire à son texte ; principe applicable, à plus forte raison, à la Constitution, qui est la loi fondamentale de l'Etat »¹⁰⁰⁷.

Dans un arrêt rendu sur une requête « présentée pour l'Association Eau et Rivières de Bretagne »¹⁰⁰⁸, alors qu'étaient invoqués à l'encontre d'un arrêté ministériel pris en application de dispositions législatives des droits et devoirs issus de la « Charte de l'environnement de 2004 », le Conseil d'Etat répond que « lorsque des dispositions législatives ont été prises pour assurer la mise en œuvre [de « principes énoncés » dans les articles de ladite Charte], à laquelle le Préambule de la Constitution fait référence en vertu de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005, la légalité des décisions administratives s'apprécie par rapport à ces dispositions, sous réserve, s'agissant de dispositions législatives antérieures à l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement, quelles ne soient pas incompatibles avec les exigences qui découlent de cette Charte ». Et, en l'espèce, il considère que « la légalité de l'arrêté attaqué doit être appréciée au regard des dispositions du code de l'environnement » qui constituent sa base légale pouvant être regardée comme ayant mis en œuvre les principes visés de la Charte de l'environnement. Une chronique autorisée sur cet arrêt relève une application de plus de « la théorie classique de l'écran législatif », voire même « d'une forme très efficace d'écran législatif » puisque « la simple existence de dispositions législatives mettant en œuvre des articles de la Charte qui suffit à faire écran ». Cependant, les auteurs attirent l'attention des observateurs sur des « choses () moins claires dans deux autres hypothèses : celle, qui était en réalité celle de l'espèce, où les dispositions regardées comme mettant en œuvre les articles de la Charte sont antérieures à cette Charte et

¹⁰⁰⁶ CE Ass., 16/12/2005, *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, Rec. 570.

¹⁰⁰⁷ CE, Avis, 4 nivôse an VIII, *Rec. Duvergier*, p. 47 ; repr. *D.*, 1999, p. 705.

¹⁰⁰⁸ CE, 19/06/2006, n° 282456, *Rec.* 703.

celle (...) du cas où les dispositions de la Charte ne pourraient être regardées comme ayant été mises en œuvre par des dispositions législatives »¹⁰⁰⁹.

Pour le professeur Laurent Fonbaustier, « on a du mal à mesurer la portée de la décision [*Eau et Rivières de Bretagne*] sur ce point important, notamment parce que la formulation retenue, si elle mentionne l'incompatibilité entre textes législatifs et loi constitutionnelle postérieure, reste elliptique sur la caducité »¹⁰¹⁰.

C'est dans une optique générale de « clarification »¹⁰¹¹ de la jurisprudence que l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat adopte la décision *Commune d'Annecy* datée du 3 octobre 2008. A la lecture des conclusions du commissaire du gouvernement, il nous a semblé que, dans la motivation du juge, « cette "clarification" doit se faire dans deux directions : celle de la réaffirmation de la hiérarchie des normes en matière environnementale et d'autre part, dans la précision des contours de l'office du juge administratif dans la résolution de conflits normatifs sur la base de cette hiérarchie »¹⁰¹². En particulier, dans les rapports entre la loi et la norme constitutionnelle postérieure (Charte de l'environnement et plus globalement, « dispositions issues de la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 »), le juge administratif suprême va se situer dans le registre de la compatibilité entre « les exigences de la Charte » dans laquelle « sont en jeu des dispositions modifiant les compétences respectives du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire »¹⁰¹³ et les dispositions législatives « antérieures ». En effet, il considère en l'espèce que « depuis la date d'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, une disposition réglementaire ne peut intervenir dans le champ d'application de l'article 7 de la Charte de l'environnement que pour l'application de dispositions législatives, (...) que celles-ci soient postérieures à cette date ou antérieures, sous réserve, alors, qu'elles ne soient pas *incompatibles* avec les exigences de la Charte »¹⁰¹⁴.

Les deux séries de jurisprudences évoquées et citées ci-dessus se rattacheraient donc à la théorie de l'abrogation implicite. Force est de constater que si elles le sont, c'est en tout cas en des termes différents. L'arrêt *Syndicat national des huissiers de justice* semblait avoir

¹⁰⁰⁹ C. LANDAIS, F. LENICA, « Premières précisions sur la portée juridique de la Charte de l'environnement », *AJDA*, 2006, p. 1586.

¹⁰¹⁰ L. FONBAUSTIER, « Chronique de jurisprudence relative à la Charte de l'environnement », *Environnement*, n° 12, 2006, chron. 2, p. 6 (base *LexisNexis*).

¹⁰¹¹ cf. Y. AGUILA, « La Charte de l'environnement devant le Conseil d'Etat. Conclusions », *Droit de l'environnement*, n° 162, 2008, p. 20.

¹⁰¹² V. THIBAUD, « Réflexions sur l'office du juge de la légalité », *RDP*, n° 2, 2009, p. 483.

¹⁰¹³ E. GEFFRAY, « L'abrogation implicite de la loi par la Charte de l'environnement. Conclusions sur Conseil d'Etat, 24 juillet 2009, *Comité de recherche et d'information indépendance sur le génie génétique*, req. n°s 305314 et 305315 (2 espèces) », *RFDA*, n° 5, 2009, p. 965.

¹⁰¹⁴ CE Ass., 03/10/2008, *Commune d'Annecy* ; cf. *GAJA*, 17^{ème} éd., 2009, n° 118, p. 923.

dégagé un « critère unique de l'abrogation implicite », « d'une grande simplicité opérationnelle » selon les commentaires autorisés, devant *mettre* « fin à [une] profusion sémantique en énonçant explicitement le critère unique qui ne figurait que de manière latente jusqu'alors en jurisprudence : il y a abrogation implicite si le contenu de la norme est "inconciliable" avec celui de la norme postérieure »¹⁰¹⁵. Dans une contribution, nous avons souligné que « dans l'arrêt "*Eau et rivières de Bretagne*", conforté par l'arrêt "*Commune d'Annecy*" du 3 octobre 2008, il n'est question que de normes éventuellement devenues "incompatibles" avec l'entrée en vigueur de normes constitutionnelles postérieures »¹⁰¹⁶.

Nous nous étions alors posé la question sur la signification et « la portée de l'emploi de ces deux qualificatifs » par le Conseil d'Etat. Y-a-t-il en fait une signification à ce qui apparaît comme une variation de « critère » ? Certains auteurs soulignent de la sorte qu'« en 2005, le juge administratif a opté en faveur de l'emploi du terme "inconciliable" pour qualifier le degré d'incompatibilité nécessaire au constat de l'abrogation tacite »¹⁰¹⁷. Pour nous, « cette différence de degré implique une différence de contrôle »¹⁰¹⁸, ou en tout cas, de moyens susceptibles d'être soulevés devant le juge administratif, dans son office lié à la légalité des actes soumis à son ressort de compétence matérielle.

Pour reprendre le cadre contentieux tel qu'il a pu se présenter au raisonnement du juge dans l'arrêt *Commune d'Annecy*, « et si nous voulions pousser le raisonnement jusqu'au bout, il nous semble que, contrairement à l'hypothèse d'une nouvelle Constitution, ce qu'il faut confronter [dans une espèce de ce type], c'est bien la répartition des compétences telle qu'elle été définie par la même norme, avant la révision constitutionnelle puis après. Il n'y a donc pas de volontés différentes et de normes différentes dont il faudrait contrôler la compatibilité, mais une seule et même volonté, celle du constituant, qui définit successivement des champs de compétence différents pour le législateur »¹⁰¹⁹.

La théorie de l'abrogation implicite recouvrirait donc la description de deux types de moyens¹⁰²⁰ : d'une part, un moyen en exception de caducité ou d'inconciliabilité lié au

¹⁰¹⁵ C. LANDAIS, F. LENICA, « L'abrogation implicite dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 358.

¹⁰¹⁶ V. THIBAUD, *op. cit.*, p. 486.

¹⁰¹⁷ C.-E. SENAC, « Le constat juridictionnel de l'abrogation implicite d'une loi par la Constitution », *RDP*, n° 4, 2008, p. 1087.

¹⁰¹⁸ V. THIBAUD, *ibid.*

¹⁰¹⁹ E. GEFFRAY, « L'abrogation implicite de la loi par la Charte de l'environnement », *op. cit.*, p. 966.

¹⁰²⁰ Comp. toutefois : CE, 12/01/2009, *France Nature Environnement*, n° 289080, inédit au *Lebon*, où par rapport à l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement, et notamment l'article 7 de ce texte qui « prévoit que l'accès aux informations relatives à l'environnement et la participation aux décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement s'exercent dans les conditions et les limites définies par la loi », la motivation du juge en l'espèce se situe dans le registre de l'inconciliabilité (« abrogation, fût-elle implicite... »).

« changement de norme fondamentale » (1) et, d'autre part, une exception d'incompatibilité d'une loi « au regard d'une révision de la Constitution » en vigueur (2).

1. Le constat du changement d'ordre constitutionnel

Dans cette hypothèse, « la question se pose en ces termes : la Constitution, à compter de son entrée en vigueur, met-elle en place un ordre juridique nouveau qui rend les normes issues de l'ordre juridique précédent caduques »¹⁰²¹ ?

L'exception de caducité constitue (et nous irons jusqu'à dire « doit constituer ») une hypothèse « rare »¹⁰²² qui relève d'un contrôle du « manifeste », de quelque chose qui « saute aux yeux », entraînant un conflit radical¹⁰²³ et une coexistence absolument impossible entre une loi et des principes constitutionnels promus postérieurement à celle-ci et explicitant dans leurs conséquences « nécessaires »¹⁰²⁴ une contrariété « explicite ou incontestable »¹⁰²⁵. Au sein de la Haute juridiction administrative, il semble bien que c'est la doctrine Odent qui prévaut et qui a cours dans les raisonnements contentieux. La logique qui sous-tend à ces principes de raisonnement s'impose comme strictement limitative.

En effet, en règle générale, l'office du juge de la légalité « [répugne] à admettre qu'un texte législatif puisse être implicitement abrogé par un texte constitutionnel ultérieur ; soucieux d'éviter à chaque changement de régime des vides juridiques, vous *ne* vous résignez à une telle conclusion *que* »¹⁰²⁶ lorsqu'« il peut y avoir entre une Constitution et une loi antérieure une incompatibilité *absolue* »¹⁰²⁷.

Ce niveau d'incompatibilité, par lui-même, « implique alors l'abrogation de la loi par l'effet de l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution »¹⁰²⁸. Les « dispositions [législatives] sont, par le seul effet de l'intervention du nouveau texte [constitutionnel], abrogées »¹⁰²⁹.

¹⁰²¹ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 574.

¹⁰²² J.-H. STAHL, « Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité et Syndicat national des huissiers de justice* », op. cit., p. 45.

¹⁰²³ D. LABETOUILLE, « Conclusions » [sous CE Sect., 09/11/1979, *Ministre de l'agriculture et Société d'aménagement de la Côte de Monts*], *AJDA*, 1980, p. 363.

¹⁰²⁴ Comme il ressort des termes mêmes de l'arrêt : CE Ass., 16/12/2005, *Syndicat national des huissiers de justice*, *Rec.* 570 (« il résulte de la combinaison des dispositions (...) de l'ordonnance du 2 novembre 1945 qu'elles interdisent aux organisations constituées entre huissiers de justice d'exercer aucune attribution en matière de négociation collective, cette prérogative étant réservée à la Chambre nationale des huissiers de justice ; qu'une telle interdiction est incompatible avec les dispositions du sixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; que, par suite, l'entrée en vigueur de celui-ci a implicitement mais *nécessairement* eu pour effet d'abroger... »).

¹⁰²⁵ R. ODENT, *Contentieux administratif*, rééd. Dalloz, 2007, t. 1, p. 183.

¹⁰²⁶ D. LABETOUILLE, op. cit., p. 363.

¹⁰²⁷ R. ODENT, *ibid.*

¹⁰²⁸ J.-H. STAHL, op. cit., p. 45.

¹⁰²⁹ R. ODENT, op. cit., p. 337.

L'idée de caducité, « fût-elle implicite », implique donc elle-même une disparition de la loi considérée de l'ordre constitutionnel en vigueur, ce qui, du point de vue du raisonnement juridictionnel, confère un « caractère nécessairement reconnaissant de l'action du juge », c'est-à-dire qu'il « s'attache à la reconstitution fictive du destin juridique des textes. L'objet principal du recours à l'abrogation implicite doit être de déterminer pour l'avenir les prescriptions que doit respecter l'administration pour agir conformément au principe de légalité »¹⁰³⁰.

Pour Jacques-Henri Stahl, « dès lors » que l'office du juge emprunte « la voie » contentieuse de l'exception de caducité ou d'inconciliabilité¹⁰³¹, et quand bien même « le caractère artificiel de la fiction juridique sur laquelle repose la solution », il n'y a pas « le choix de la date assignée à cette disparition : elle doit nécessairement résulter de l'entrée en vigueur dans l'ordre juridique français de la norme ultérieure incompatible, et plus précisément de la première norme ultérieure qui s'avère incompatible. C'est dès cette date que la disposition législative doit être tenue pour abrogée »¹⁰³².

C'est le raisonnement qui avait été tenu à propos de dispositions réglementaires applicables en Outre-mer. « Dans ces affaires le Conseil d'Etat était saisi, sur renvoi du juge judiciaire, de deux recours en appréciation de légalité de certaines dispositions du décret du 21 novembre 1933 fixant les règles de la procédure judiciaire en Océanie, décret pris par le président de la République sur le fondement de l'article 18 du sénatus-consulte du 3 mai 1854 qui lui permettait de prendre dans les colonies des mesures du domaine de la loi¹⁰³³ »¹⁰³⁴. La Haute juridiction administrative considère par principe, à propos de la « séquence chronologique » soumise à son office en l'espèce, « qu'aucune nécessité propre au territoire de la Polynésie française n'autorisait, *depuis* l'institution, outre-mer, d'un nouveau régime juridique par la constitution du 27 octobre 1946, le maintien en vigueur, dans ce territoire, de dispositions réglementaires qui dérogent aux principes généraux d'égalité devant la loi et d'égal accès aux fonctions publiques »¹⁰³⁵. Le terme « depuis » semble le plus important pour comprendre la portée de la solution dégagée par le juge dans le conflit de normes, lorsqu'il estime que « l'article 54 du décret du 21 novembre 1933, en tant qu'il réserve aux seuls "notables" le droit de figurer sur la liste des assesseurs de la cour criminelle, et l'article 56 du

¹⁰³⁰ C. LANDAIS, F. LENICA, « L'abrogation implicite dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », op. cit., p. 360.

¹⁰³¹ Voir : R. ODENT, op. cit., pp. 336-337.

¹⁰³² J.-H. STAHL, op. cit., p. 46.

¹⁰³³ Sur cette question, cf. CE Sect., 26/06/1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, Rec. 394.

¹⁰³⁴ cf. *GAJA*, op. cit., n° 42, p. 259.

¹⁰³⁵ CE Ass., 22/01/1982, *Butin et Ah Won* (2 arrêts), Rec. 27.

même décret, en tant qu'il exclut de cette liste "les domestiques" et "les serviteurs à gage", avaient cessé d'être légalement applicables à la date à laquelle a été dressée la liste des assesseurs appelés à siéger au cours de l'année 1980 ». La cessation de l'effet normatif des dispositions réglementaires de 1933 doit s'apprécier, « au cours de l'année 1980 », à partir de 1946, consacrant ainsi une sorte de continuité constitutionnelle entre la constitution de 1946 et celle de 1958 sur le régime juridique de l'outre-mer, puisque c'est bien « l'article 74 » en vigueur (au moment de l'arrêt) qui est visé et la compétence législative (ordinaire) qu'il consacrait en vue de « l'organisation » des « territoires d'outre-mer de la République », et non l'article 74 de la Constitution du 27 octobre 1946 qui était rédigé de façon quasi-similaire. Mais l'origine du « nouveau régime juridique » en question remontait bien à cette date.

Concernant des dispositions de nature législative, l'application de la même solution a été confirmée par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat dans un arrêt récent. Le juge administratif suprême devait statuer sur l'incompatibilité entre l'article 10 de l'ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice et le sixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel « tout homme peut défendre ses droits et intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix ».

Il est rappelé que « ces dispositions, dès lors que n'y font obstacle aucun autre principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle, impliquent notamment le droit, pour tout syndicat régulièrement constitué, de participer à des négociations collectives, sous réserve, le cas échéant, de conditions tenant à sa représentativité dans le champ de l'accord ou de la convention à négocier ». Or, si selon l'article 10 précité de l'ordonnance sur les huissiers, ceux-ci « peuvent former entre eux des associations sous le régime de la loi du 1er juillet 1901 », le deuxième alinéa de l'article en question précise que « l'objet de ces associations ne peut en aucun cas s'étendre aux questions rentrant, en vertu de la présente ordonnance, dans les attributions des diverses chambres », comme la Chambre nationale des huissiers qui, en vertu du « troisième alinéa¹⁰³⁶ de l'article 8 » de l'ordonnance dispose d'une « compétence pour l'exercice de droits normalement dévolus aux organisations syndicales, en particulier la négociation de conventions ou accords collectifs relatifs au recrutement et à la formation des clercs et employés, à leurs conditions de travail dans les études et à leur rémunération ».

¹⁰³⁶ « La chambre nationale, siégeant en comité mixte, règle les questions d'ordre général concernant le recrutement et la formation des clercs et employés, l'admission au stage des aspirants aux fonctions d'huissier, l'organisation des cours professionnels, la création, le fonctionnement et le budget des œuvres sociales intéressant le personnel des études, les conditions de travail dans les études, et, sous réserve des dispositions légales ou réglementaires particulières, le salaire et les accessoires du salaire ».

La conclusion paraît assez aisée quant à l'incompatibilité des dispositions de l'ordonnance et celle du Préambule de 1946, à partir du moment où il s'agit juste de constater qu'il existe une interdiction pesant sur les « organisations constituées entre huissiers de justice d'exercer aucune attribution en matière de négociation collective, cette prérogative étant réservée à la Chambre nationale des huissiers de justice » ; restait à savoir à partir de quand devait-on considérer l'abrogation de l'article 10 de ladite ordonnance. Les conclusions du commissaire du gouvernement évoquent les dates de « 1946 », « 1951 » et « 1974 »¹⁰³⁷. Le détail de cette chronologie répond en fait aux moyens soulevés dans la requête de l'association requérante, invoquant en réalité non seulement le Préambule de 1946 mais également les garanties de la liberté syndicale figurant dans « la convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical adoptée en 1948 par la Conférence générale de l'Organisation internationale du travail », ainsi que dans « l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée en 1950 ». Le premier texte est entré en vigueur dans l'ordre juridique interne suite à sa publication par un décret du 8 août 1951, tandis que l'autre instrument international est invocable « par l'effet du décret n° 74-630 du 3 mai 1974 intervenu après l'autorisation législative donnée par la loi n° 73-1227 du 31 décembre 1973 ».

Pour le commissaire du gouvernement, si le raisonnement sur le conflit des normes dans le temps doit aller sur le terrain de « l'abrogation implicite », la juridiction administrative *doit* « impérativement » se « fonder (...) sur les dispositions constitutionnelles » et « non sur les stipulations internationales » ; selon M. Stahl, cela « découle de la portée du mécanisme de l'abrogation implicite et de la chronologie des textes ». Il s'agit en fait *in fine* tout simplement d'une question de hiérarchie des normes, du constat d'un rapport de validité purement interne lié « à la satisfaction des exigences (...) pressantes de notre Etat de droit »¹⁰³⁸.

Les considérations précédentes amènent tout de même à réfléchir sur un second critère d'antériorité : l'exception de caducité ne jouerait que pour des lois antérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958. Le contrôle du juge administratif, fût-il en forme de constat, « trouve () son origine dans la place occupée par [la loi] dans notre système juridique. (...) A cet égard, la Constitution de 1958 marque un véritable tournant institutionnel (...). Ainsi, l'état actuel du droit dénie toute possibilité au juge administratif de

¹⁰³⁷ J.-H. STAHL, *op. cit.*, p. 46.

¹⁰³⁸ J.-L. AUTIN, « Le Conseil d'Etat et la constitutionnalité de la loi », *LPA*, n° 142, 18/07/2006, p. 8.

contrôler la conformité des lois à la Constitution. Un regard différent doit toutefois être porté sur les lois antérieures à la Constitution du 4 octobre 1958. Le juge administratif [n'hésite donc pas ou plus le cas échéant] à combler l'absence de confrontation entre ces lois et la Constitution »¹⁰³⁹, quand bien même cette solution peut revêtir un « caractère artificiel » tant le raisonnement sur laquelle elle repose se fonde lui-même – nous l'avons déjà évoquée – sur une « fiction juridique », le commissaire du gouvernement Jacques-Henri Stahl n'hésitant pas à parler lui-même d'une « part d'anachronisme juridique »...

Pour lui, en adoptant la solution retenue dans l'arrêt du 16 décembre 2005, « il ne s'attache pas de véritables inconvénients pratiques ou juridiques à [l'établissement « un peu » fictif] de l'abrogation depuis 1946 »¹⁰⁴⁰ de l'article 10 de l'ordonnance de 1945 sur le statut des huissiers, dans la mesure où la question ne s'était jamais posée depuis lors au contentieux et qu'il n'y a pas en jeu une quelconque distorsion entre des solutions acquises en jurisprudence à la date de l'arrêt et par nature, la portée de « l'abrogation implicite » ne jouera que pour l'avenir. L'impact sur l'ordre juridique, et la conciliation imposée au principe de sécurité juridique en ce qu'il peut apparaître comme posant des règles de stabilité des normes juridiques, semble donc assez limité. La « reconstitution » du « destin juridique » d'un texte législatif à l'aune d'une Constitution postérieure ne s'apparente pas, sur un plan intellectuel au moins, à « réécrire l'histoire », mais, sur un plan juridique, « ce qui compte, après tout, c'est que [le juge marque] que l'interdiction faite aux huissiers n'est plus en vigueur désormais ».

Le raisonnement juridictionnel est en fait à la recherche d'une double condition d'antériorité de la norme : une condition formelle et une condition matérielle en quelque sorte. A ce stade, il faut faire une distinction entre l'antériorité de la loi (en tant qu'acte juridique de rang législatif) et l'antériorité de la norme. Le contenu de la disposition en cause dans un moyen en caducité constitutionnelle doit être « issu du texte initial » de la loi et n'avoir subi aucune modification dans les règles formelles liées à l'adoption de la loi dans l'ordre constitutionnel en vigueur, auquel cas le raisonnement du juge administratif basculerait dans une appréciation de la conformité du texte modificatif à la Constitution de 1958 et le moyen ne pourrait donc qu'être reconnu comme étant irrecevable, se voyant opposer une déclaration d'incompétence¹⁰⁴¹. En outre, la portée de ce raisonnement juridictionnel remonte

¹⁰³⁹ J.-B. DUBRULLE, « La compatibilité des lois avec la Constitution... », op. cit., p. 128.

¹⁰⁴⁰ J.-H. STAHL, op. cit., p. 46.

¹⁰⁴¹ Pour un exemple : CE, 15/02/2002, *Elections à l'assemblée de la Polynésie française*, Rec. 40 (« Considérant que, dans sa rédaction présentement en vigueur, l'article 5 de la loi du 21 octobre 1952 [relative à la composition et à la formation de l'Assemblée territoriale de la Polynésie française] est issu, non du texte initial

nécessairement à 1958, mais ce peut être par exemple 1946 pour les lois antérieures à 1946, parce que la question de la valeur constitutionnelle du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 est désormais réglée sous l'égide de la Constitution de 1958 et le renvoi à ce texte dans son Préambule¹⁰⁴². C'est en cela que la juridiction administrative peut pousser son contrôle jusqu'à l'inconciliabilité de la loi antérieure avec la Constitution en vigueur.

2. La modification de l'ordre constitutionnel en vigueur

Devant le juge administratif, le cadre « normal » du contrôle des dispositions de nature législative avec des normes constitutionnelles postérieures se cantonne au niveau de la compatibilité. Au sein de l'ordre constitutionnel en vigueur, soit depuis la promulgation de la Constitution du 4 octobre 1958, l'exception d'incompatibilité constituerait donc le moyen par lequel le juge serait amené à écarter l'application d'une loi à une espèce donnée, au regard de normes constitutionnelles résultant d'une révision constitutionnelle adoptée alors que la loi en cause était déjà publiée et / ou mise en application.

Il paraît relativement aisé de relever une différence dans les fondements du contrôle entre la caducité et l'incompatibilité « normale ». Nous avons eu l'occasion de souligner dans une note que « le concept même de contrôle de compatibilité n'implique pas une disparition supposée de la disposition législative discutée dans le litige. Le juge administratif fait simplement le constat d'un changement de standard et d'élévation de garanties au niveau constitutionnel »¹⁰⁴³ dans le champ de la révision constitutionnelle considérée. La portée de l'incompatibilité, ou en d'autres termes l'appréciation du degré de contrariété qui permet de constater que la norme législative est *incompatible* avec la norme constitutionnelle nouvelle n'apparaît possible que si le moyen porte sur un objet constitutionnel précis.

En ce domaine, la jurisprudence récente du Conseil d'Etat porte sur « l'intervention de la révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, et plus précisément de l'intégration dans la Constitution de la Charte de l'environnement »¹⁰⁴⁴.

de cette loi, dont le juge administratif aurait été compétent pour constater l'abrogation éventuelle par un texte ultérieur d'une valeur juridique au moins égale à celle de la loi, mais des dispositions de la loi n° 85-1337 du 18 décembre 1985 qui a modifié et complété la loi du 21 octobre 1952 en procédant à la réécriture de son article 5 ; que l'argumentation présentée en défense par Mlle E... tend ainsi à ce que le Conseil d'Etat apprécie la conformité à la Constitution de 1958 de la loi du 18 décembre 1985 ; qu'il n'appartient pas à la juridiction administrative d'exercer un tel contrôle »).

¹⁰⁴² cf. CC, n° 71-44 DC, 16/07/1971, *Rec.* 29.

¹⁰⁴³ V. THIBAUD, « Réflexions sur l'office du juge de la légalité », *op. cit.*, p. 488. Les développements suivants ont été repris dans cet article.

¹⁰⁴⁴ E. GEFFRAY, « L'abrogation implicite de la loi par la Charte de l'environnement », *op. cit.*, p. 963.

Dans l'arrêt *Commune d'Annecy*, il s'avère que le Conseil d'Etat est amené à reconnaître que les dispositions de la loi du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux sont « incompatibles avec [certaines] exigences de la Charte » de l'environnement. Il y a en effet un rapport d'antériorité de quelques jours entre cette loi et la « Charte de l'environnement de 2004 » car celle-ci n'a été consacrée en tant que texte juridique qu'à partir de la promulgation de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005. Cette révision constitutionnelle, adoptée par le Parlement réuni en Congrès¹⁰⁴⁵, comporte trois volets. L'article 1^{er} de la loi constitutionnelle vise à compléter le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, par une mention des « droits et devoirs définis dans la Charte », consécration sur le plan symbolique de droits fondamentaux du XXI^e siècle, ou droits de « troisième génération »¹⁰⁴⁶ après la consécration des droits civils et politiques en 1789, des droits économiques et sociaux de 1946, l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle parlant de « troisième et nouvelle étape du pacte républicain » à propos de la Charte de 2004. Sur un plan juridique, la référence à la Charte marque l'adossement de ce texte à la Constitution, dont le contenu est érigé en droit positif à valeur constitutionnelle dans les conditions de forme et de procédure définies à l'article 89 de la Constitution, soit l'adoption par le Congrès de l'article 2 de la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005.

Le troisième volet de cette dernière est constitué par l'ajout d'un quinzième alinéa à l'article 34 de la Constitution selon lequel « la loi détermine les principes fondamentaux (...) de la préservation de l'environnement ». Certains auteurs ont pu regretter dans cette disposition une « approche effectivement restrictive par rapport au fait que le législateur aurait pu voir sa compétence étendue à la fixation "des règles" concernant cette préservation et pas seulement à ces principes, fussent-ils fondamentaux »¹⁰⁴⁷. Le pouvoir de révision constitutionnelle se serait trompé dans la définition dans le marbre constitutionnel d'un « nouveau cadre [de compétences] pour le droit de l'environnement »¹⁰⁴⁸. Pour Michel Prieur, si « la majorité au Parlement a conditionné son soutien à la Charte par la reconnaissance de l'extension de la compétence législative dans le domaine de l'environnement », « il se pourrait qu'il s'agisse d'un marché de dupes. (...) En se voyant reconnaître une compétence

¹⁰⁴⁵ Réunion convoquée par Décret du Président de la République du 18/02/2005, *JO*, 19/02/2005, p. 2833.

¹⁰⁴⁶ M. VERPEAUX, « La Charte de l'environnement, texte constitutionnel en dehors de la Constitution », *Environnement*, n° 4, 2005, p. 14.

¹⁰⁴⁷ P. BILLET, « Les droits et devoirs définis dans la charte de l'environnement ont valeur constitutionnelle », *JCP, A*, n° 49-50, 2008, p. 27.

¹⁰⁴⁸ C. CANS, « La Charte constitutionnelle de l'environnement : évolution ou révolution du droit français de l'environnement ? », *Droit de l'environnement*, n° 131, 2005, p. 198.

expresse sur l'environnement, le Parlement se prive de la souplesse antérieure et risque de perdre au change »¹⁰⁴⁹.

Le commissaire du gouvernement Yann Aguila ne se range pas derrière cette analyse et propose une interprétation globale de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005. Il faut lire ensemble le nouvel alinéa de l'article 34 de la Constitution et les articles de la Charte, car « on peut penser que ces "principes fondamentaux" qui relèvent désormais de la compétence du législateur sont, précisément, les principes qui sont consacrés par la Charte de l'environnement – donc, peut-être, au-delà des seuls trois articles pour lesquels la Charte elle-même renvoie à la loi »¹⁰⁵⁰, soit ses articles 3, 4 et 7. Mais pour ces articles, le « peut-être » n'est pas de mise et la compétence du législateur pour la mise en œuvre de ces dispositions se trouve enserrée au milieu d'une double garantie.

Rappelons les termes de l'article 7 de la Charte : « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». Suite à l'arrêt de l'assemblée du contentieux du Conseil d'Etat du 3 octobre 2008, les jurisprudences des deux juridictions du Palais-Royal sont en pleine concordance pour ce qui concerne les « domaines de compétence respectifs » des « pouvoirs publics » et des « autorités administratives » dans la mise en œuvre, par exemple en matière de délimitation des zones d'application de la loi littoral et de la loi montagne autour des lacs d'une certaine superficie, des exigences tirées de l'article 7 précité de la Charte de 2004.

Comme en témoignent les conclusions du commissaire du gouvernement, le juge administratif s'est rallié à la chose interprétée par le juge constitutionnel¹⁰⁵¹ pour ce qui concerne « le droit de toute personne à accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques ». La Haute juridiction administrative a, en réalité, étendu les principes de répartition de compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire à la deuxième partie de l'article 7 de la Charte de l'environnement qui consacre « le droit de toute personne (...) à participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». Il n'y avait pas lieu de dissocier les deux droits définis dans cette disposition de ladite Charte. « En conséquence, ne relèvent du pouvoir réglementaire, [depuis

¹⁰⁴⁹ M. PRIEUR, « Du bon usage de la Charte constitutionnelle de l'environnement », *Environnement*, n° 4, 2005, p. 9.

¹⁰⁵⁰ Y. AGUILA, « La Charte de l'environnement devant le Conseil d'Etat. Conclusions », op. cit., p. 30.

¹⁰⁵¹ CC, n° 2008-564 DC, 19/06/2008, *Rec.* 313., cons. 49.

l'entrée en vigueur du cadre constitutionnel issu de la révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005], que les mesures d'application des conditions et limites fixées par le législateur » du droit reconnu à toute personne de l'accès à l'information et de participation aux décisions publiques en matière environnementale.

Il s'agit finalement d'une solution assez classique sur laquelle il n'y a pas lieu de trop s'étendre. Le champ d'application de l'article 7 de la Charte de l'environnement a défini un pouvoir réglementaire d'exécution ou « d'application » des lois, et non pas un pouvoir réglementaire autonome qui s'exercerait dans le cadre de l'article 37 de la Constitution. En l'espèce, le pouvoir réglementaire est soumis à une compétence de la loi doublement affirmée, par l'article 34 de la Constitution et par la Charte de 2004 ; ce qui entraîne un contrôle strict de l'incompétence du pouvoir réglementaire dans le domaine législatif considéré. La même situation se retrouve concernant le respect du principe de la libre administration des collectivités territoriales¹⁰⁵², dont les conditions d'exercice doivent se situer dans la loi, à la fois en vertu de l'article 34 de la Constitution pour ce qui concerne la détermination des principes fondamentaux en la matière, et de l'article 72 selon lequel les collectivités territoriales doivent s'administrer librement « dans les conditions prévues par la loi ».

Une question vient à l'esprit : le juge administratif n'a-t-il jamais admis que le pouvoir réglementaire puisse pallier à l'inaction du législateur dans la mise en œuvre de l'exercice d'un droit prévu par une disposition constitutionnelle ? La jurisprudence en matière de grève dans les services publics inaugurée par le fameux arrêt « Dehaene »¹⁰⁵³ en est bien évidemment la principale illustration. Pourquoi le Conseil d'Etat n'a-t-il pas admis le même type de solutions dans son arrêt du 3 octobre 2008, alors même que le décret attaqué apportait des garanties qui paraissaient conformes aux exigences de l'article 7 de la Charte de l'environnement ? Nous serions un peu provocateurs si nous nous contentions d'estimer que ce type de réflexion comporte « une part d'anachronisme juridique, dans la mesure où la valeur normative du Préambule n'était sans doute pas assumée [à l'époque] comme elle est

¹⁰⁵² Par exemple : CE, 10/06/1998, n° 178812, *Association pour la protection de l'environnement et le développement économique de l'île d'Oléron "Oléron environnement et développement" et autres* (articles 34 et 72 cités ensemble) ; CE, 21/11/1998, n° 293960, *Association Faste Sud Aveyron* (où le Conseil d'Etat emploie une locution restrictive du type « ne... que » – « il n'appartient qu'à la loi » sur le seul fondement de l'article 34 en matière de libre administration des collectivités territoriales).

¹⁰⁵³ CE Ass., 07/07/1950, *Dehaene*, Rec. 426.

aujourd'hui consacrée »¹⁰⁵⁴. Dans l'arrêt « Dehaene », c'est le « bon fonctionnement des services publics » et « l'exercice de la fonction préfectorale » qui ont primé sur l'incompétence des autorités gouvernementales auxquelles il appartenait d'agir selon les propres termes employés dans la motivation de la Haute juridiction administrative, en vue de prévenir « une atteinte grave à l'ordre public ». Il nous semble que la jurisprudence « Dehaene » paraît largement circonstanciée, mais c'est aussi un peu le cas de l'arrêt « Commune d'Annecy ».

En effet, la solution dégagée dans l'arrêt d'assemblée du 3 octobre 2008, malgré sa stricte application des dispositions relatives à la compétence du législateur en matière environnementale, s'inscrit dans un souci constant ces dernières années dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et tourné vers les conséquences de la solution apportée à un litige. Le commissaire du gouvernement estime que celles-ci auront un caractère « relativement » limité, en ce « qu'une nouvelle règle de compétence ne vaut que pour l'avenir » et « qu'il n'y aucune urgence justifiant une solution de type *Dehaene* »¹⁰⁵⁵. Les décisions de délimitation des zones d'application de la loi littoral autour des grands lacs de montagne attendront quelques précisions législatives ; ce qui semble satisfaire les acteurs locaux et doit amener les pouvoirs exécutif et législatif à prendre leurs responsabilités.

Cette approche pragmatique et réaliste de l'office du juge administratif est assez symbolique de l'évolution de la régulation en matière de droit de l'environnement, et de la part importante de l'office juridictionnel dans ce domaine en vue « renforcer l'efficacité de la protection de l'environnement ». Pour cela, « le Conseil d'Etat a choisi de faire croître l'office du juge »¹⁰⁵⁶, pour accentuer l'effectivité de la valeur constitutionnelle des droits et principes contenus dans la Charte de l'environnement. Mais sur le plan des principes liés à l'organisation de l'ordre juridique et de la compétence du juge administratif au sein de cet ordonnancement, la démarche ne va pas sans attirer quelques interrogations.

¹⁰⁵⁴ D'après : J.-H. STAHL, « Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 16 décembre 2005, Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité et Syndicat national des huissiers de justice », op. cit., p. 46.

¹⁰⁵⁵ Y. AGUILA, « La Charte de l'environnement devant le Conseil d'Etat. Conclusions », op. cit., p. 31.

¹⁰⁵⁶ P. ROCHE, « Consécration par le juge administratif de la valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement et renforcement des impératifs de participation du public », *Revue Lamy des collectivités territoriales*, n° 40, 2008, p. 50.

B) Conséquences fonctionnelles (cadre de la question prioritaire de constitutionnalité)

Au stade de la réflexion sur la mise en application de l'article 61-1 de la Constitution, le professeur Pierre Bon estimait que « s'agissant des lois antérieures à la Constitution de 1958 et qui n'ont pas été déférées au Conseil constitutionnel parce qu'il n'existait pas encore, il est certes possible de permettre au juge ordinaire de vérifier si elles n'ont pas été abrogées par la Constitution nouvelle dans l'hypothèse où elles la contrediraient directement car on peut considérer qu'il s'agit là d'un problème d'application de la loi dans le temps, relevant de la compétence naturelle du juge ordinaire, et non pas seulement d'un problème de hiérarchie loi – Constitution qui, dans un système de justice constitutionnelle concentré, relève de la compétence exclusive du juge constitutionnel »¹⁰⁵⁷.

Cette longue citation synthétise une structure argumentative de discours méta-juridique au fondement d'un biais de compétence des juridictions de droit commun en matière de constitutionnalité des lois au stade de leur application. « Finalement, il nous semble n'exister aucune différence irréductible entre l'opération conduisant au constat d'abrogation implicite d'une loi par la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité de la loi, lequel ne désigne rien d'autre que la confrontation d'une loi à la Constitution. Cet élément n'est pas sans importance, et l'on ne saurait en faire abstraction pour la suite de la réflexion »¹⁰⁵⁸. En d'autres termes, même pouvant être envisagées comme « techniquement distinctes, les deux démarches relèvent d'une même opération intellectuelle consistant à s'assurer qu'il n'existe pas de contradiction entre deux textes appelés à coexister dans le même ordre juridique »¹⁰⁵⁹.

En réalité, le juge constitutionnel a insinué lui-même un certain doute quant à la nature juridique distincte des deux catégories de moyens. A propos de circonstances insurrectionnelles et de tensions civiles et politiques en Nouvelle-Calédonie¹⁰⁶⁰, des parlementaires soutiennent devant le Conseil constitutionnel que « le législateur ne peut porter d'atteintes, même exceptionnelles et temporaires, aux libertés constitutionnelles que dans les cas prévus par la Constitution ; que l'état d'urgence qui, à la différence de l'état de siège, n'est pas prévu par la Constitution ne saurait donc être instauré par une loi ». En l'espèce, la

¹⁰⁵⁷ P. BON, « La question préjudicielle de constitutionnalité en France : solution ou problème ? », in ILF-GERJC, *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ?*, PUAM, 2009, p. 224.

¹⁰⁵⁸ E. CARPENTIER, J. TREMEAU, « La confrontation de la loi à la Constitution par le juge ordinaire », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, op. cit., p. 574.

¹⁰⁵⁹ J.-L. AUTIN, « Le Conseil d'Etat et la constitutionnalité de la loi », *LPA*, n° 142, 2006, p. 3 et p. 8.

¹⁰⁶⁰ CC, n° 85-187 DC, 25/01/1985, *Rec.* 43.

situation normative présentée à la juridiction constitutionnelle s'avérait quelque peu complexe. L'article 119 d'une loi du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances habilitait le Haut-commissaire de la République à « proclamer l'état d'urgence dans les conditions *prévues par les lois* et décrets ». Le juge rappelle alors que « la loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances » pour laquelle il est saisi, « a pour objet, en application de l'article 119 de la loi du 6 septembre 1984, de conférer au haut-commissaire de la République de ce territoire (...) les pouvoirs prévus par la loi du 3 avril 1955 modifiée », notamment le régime de la prorogation fixé aux articles 2 et 3 de ce texte. Il en conclut partiellement « qu'ainsi, la loi déferée au Conseil constitutionnel n'est qu'une mesure d'application des deux lois de 1955 et 1984 »¹⁰⁶¹.

Ce lien référentiel et applicatif a pour conséquence que les moyens développés dans la saisine « portent sur les règles mêmes de l'état d'urgence telles qu'elles résultent de la loi du 3 avril 1955 modifiée et de l'article 119 de la loi du 6 septembre 1984 ». Comme le rappelle le professeur Trémeau, « c'était clairement poser le problème de l'exception d'inconstitutionnalité devant le Conseil lui-même : la loi rétablissant l'état d'urgence était arguée d'inconstitutionnalité au motif qu'elle mettait en œuvre un texte considéré comme inconstitutionnel. Compte tenu des pouvoirs qui lui sont dévolus, la juridiction constitutionnelle pouvait-elle statuer sur la conformité de la loi de 1955 »¹⁰⁶² ?

Le juge constitutionnel va accueillir cette brèche¹⁰⁶³ dans le régime *a priori* issu du contrôle de conformité défini à l'article 61, alinéa 2 de la Constitution de 1958, non sans avoir vérifié au préalable du déploiement de ce nouveau ressort au principe de constitutionnalité opposable à la loi en vigueur, que « 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, comme il vient d'être dit, les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public ; qu'ainsi, *la Constitution du 4 octobre 1958 n'a pas eu pour effet d'abroger la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, qui, d'ailleurs, a été modifiée sous son empire »¹⁰⁶⁴. Il semble qu'« implicitement, le Conseil a considéré que les deux modes de résolution des conflits entre loi ordinaire et Constitution évoluaient sur des plans différents. Tandis que le caractère hiérarchique des rapports entre les deux normes ne peut

¹⁰⁶¹ CC, n° 85-187 DC, cons. 7.

¹⁰⁶² J. TREMEAU, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *AJJC*, VI, 1990, p. 258.

¹⁰⁶³ Selon le considérant célèbre : « si la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine, il ne saurait en être de même lorsqu'il s'agit de la simple mise en application d'une telle loi » (CC, n° 85-187 DC, préc., cons. 10).

¹⁰⁶⁴ CC, n° 85-187 DC, cons. 4.

être envisagé, à cause des modalités particulières d'exercice du contrôle, l'aspect chronologique, résultant de leur succession dans le temps produit toutes ses conséquences »¹⁰⁶⁵ ; c'est-à-dire que « c'est donc en tant que juge et non en tant que juge constitutionnel que le Conseil recherche l'abrogation de la loi. Il en résulte que les juges ordinaires sont fondés eux aussi à effectuer cette recherche »¹⁰⁶⁶.

Pour en revenir alors à l'idée de « compétence naturelle du juge ordinaire » évoquée par le professeur Bon, « si la démarche était si banale, pourquoi le Conseil d'Etat aurait-il éprouvé le besoin d'en rappeler la possibilité et d'en fixer les modalités dans un considérant de principe imputable à sa formation contentieuse la plus solennelle »¹⁰⁶⁷ ?

Si tel était le cas d'une volonté autonome de la juridiction administrative eu égard au moyen, paraissant confirmée¹⁰⁶⁸ après l'entrée en vigueur de l'article 61-1 de la Constitution et sa mise en application dans les dispositions organiques, force est de reconnaître que le sens de la formulation retenue pour la source constitutionnelle révisée « ampute (...) la jurisprudence d'Assemblée de 2005 précitée et interdit au juge ordinaire de constater l'abrogation implicite de la disposition antérieure à 1958 ou à une révision de la Constitution de 1958, dès lors que le moyen a trait à la contrariété de la loi à des droits et libertés que la Constitution reconnaît aux justiciables »¹⁰⁶⁹. Les travaux parlementaires apparaissent relativement nets sur ce point, contrairement au projet initial¹⁰⁷⁰. Dès l'examen en Commission des lois en première lecture à l'Assemblée nationale, le champ de l'atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit porte sur l'ensemble des lois promulguées, justement parce ce sont « précisément les lois antérieures à 1958 qui pourraient poser les plus grandes difficultés au regard des principes inscrits dans la Constitution de la Ve République » et qu'il apparaîtrait paradoxal que ne soient soumises au champ du nouveau contrôle que les lois qui, par définition, ont eu le plus de chance, en particulier depuis 1974, de passer au filtre du contrôle de l'article 61 de la Constitution »¹⁰⁷¹ ; sans présumer pour autant la recevabilité du moyen à l'aune du champ de l'article 61-1 de la Constitution révisée.

¹⁰⁶⁵ J. TREMEAU, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », op. cit., p. 258.

¹⁰⁶⁶ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, op. cit., n° 29, p. 484 [15^{ème} éd.].

¹⁰⁶⁷ E. CARPENTIER, J. TREMEAU, « La confrontation de la loi à la Constitution par le juge ordinaire », op. cit., p. 555.

¹⁰⁶⁸ CE, 24/07/2009, *Comité de recherche et d'information indépendante sur le génie génétique*, n° 305314, publié au *Lebon*.

¹⁰⁶⁹ P. CASSIA, « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une "question" d'actualité », *RFDA*, n° 5, 2008, p. 886.

¹⁰⁷⁰ Projet de loi constitutionnelle, n° 820, AN, XIII^e législature, « enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 avril 2008 ».

¹⁰⁷¹ J.-L. WARSMANN, AN, XIII^e législature, *Rapport n° 898*, 15/05/2008, p. 436.

Paradoxalement, alors que l'appel au *self-restraint* visait le juge ordinaire, c'est le juge constitutionnel qui va fournir une interprétation stricte de sa propre compétence. A propos des règles d'imposition à une « taxe sur les salaires à la charge des seuls personnes ou organismes qui ne sont pas assujettis à la taxe sur la valeur ajoutée ou ne l'ont pas été sur 90% au moins de leur chiffre d'affaires » telles qu'elles résultent de l'article 231 du Code général des impôts, le Conseil d'Etat a joué le jeu du renvoi au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le terrain des « principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques garantis par les articles 6 et 13 de Déclaration des droits et de l'homme et du citoyen de 1789 ». En l'espèce, la juridiction constitutionnelle décide de relever d'office la mise en cause du champ de l'article 34 de la Constitution en matière fiscale qui prévoit la compétence exclusive de la loi concernant « l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toute nature ». Or, dans le Code général des impôts, le régime de la « taxe sur les salaires » constitue un complexe normatif résultant d'une ventilation entre des dispositions d'origine réglementaire et assis par des dispositions de valeur législative datées avant 1958. Attentif à l'argument de l'insécurité juridique défendu par le Gouvernement, le juge refuse l'application de la théorie de la caducité constitutionnelle, posant le principe de ce que « la méconnaissance être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit », mais « ne saurait l'être à l'encontre d'une disposition législative antérieure à la Constitution du 4 octobre 1958 »¹⁰⁷².

Restait à savoir si cette solution devait être cantonnée à la complexité de la matière fiscale. Sa confirmation « en tout état de cause » aux sanctions pénales afférentes au non-respect de la réglementation encadrant l'activité des courses de chevaux et des paris mutuels¹⁰⁷³, soit la loi du 2 juin 1891 « dans sa rédaction antérieure au 13 mai 2010 »¹⁰⁷⁴ issue d'une loi du 16 avril 1930, semble devoir l'ériger en condition générale de recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité. En effet, le Conseil d'Etat s'est engouffré dans la brèche et en a profité pour tirer une interprétation globale de l'irrecevabilité¹⁰⁷⁵ de la conclusion d'abrogation implicite dans le champ d'application de l'article 61-1 de la Constitution, et conforter sa jurisprudence *Commune d'Annecy* évoquée plus en amont dans le système juridictionnel relatif au contentieux de la constitutionnalité de la loi en vigueur.

¹⁰⁷² CC, n° 2010-28 QPC, 17/09/2010, *Association Sportive Football Club de Metz*, publ. *JO*, 18/09/2010, p. 16953, cons. 9.

¹⁰⁷³ CC, n° 2010-73 QPC, 03/12/2010, *Société ZEturf Limited*, publ. *JO*, 04/12/2010, p. 21358, cons. 9.

¹⁰⁷⁴ Soit l'entrée en vigueur de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

¹⁰⁷⁵ Voir le non-renvoi de la QPC dans l'espèce CE, 03/11/2010, *Mme Le Fur*, n° 342502, mentionné au *Lebon*.

II. Éléments du raisonnement constitutionnel *a posteriori*

Sur le plan de la compétence juridictionnelle, les données systémiques afférentes aux conditions d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité distinguent, rappelons-le, au sein de l'ordonnance organique sur le Conseil constitutionnel modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, entre les « dispositions applicables devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation », les « dispositions applicables devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation » et les « dispositions applicables devant le Conseil constitutionnel ».

Cet agencement formaliste constitue un élément illustratif de ce que l'office de constitutionnalité *a posteriori* doit s'analyser comme une compétence partagée entre les juridictions ordinaires ou « de droit commun » et la juridiction constitutionnelle, qui semble pouvoir être elle-même appréhendée dans un premier temps au sein d'une logique contentieuse finalement classique du type « recevabilité – ouverture », c'est-à-dire distinguant entre ce qui a trait aux conditions de « recevabilité » du recours et ce qui porte sur les « cas » ou les « composantes » d'« ouverture » du contrôle de constitutionnalité des lois prévu à l'article 61-1 de la Constitution. En quelque sorte, il serait alors possible et commode de formuler le principe général selon lequel, dans le champ de la procédure relative à la question prioritaire de constitutionnalité, le traitement de la « recevabilité » de la « demande » dans l'ordre judiciaire ou de la « requête » devant la juridiction administrative ressortit aux juridictions de fond et / ou au Conseil d'Etat et la Cour de cassation tandis que les moyens en inconstitutionnalité proprement dits, plus précisément selon la loi organique, « le moyen de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution » serait de la compétence exclusive de la juridiction constitutionnelle.

Cependant, ceci impliquerait un système assez souple, et un renvoi *quasi* automatique des juridictions de droit commun vers le Conseil constitutionnel de la question de constitutionnalité. Le pouvoir de révision constitutionnelle, puis le législateur organique, n'ont pas tout à fait envisagé les choses de la sorte concernant le « filtre » juridictionnel.

En effet, il ne s'agit pas d'une simple opinion doctrinale qui avancerait le principe selon lequel la mise en place de la justice constitutionnelle *a posteriori* ne s'est pas donnée comme objectif de rendre difficile la capacité de poser *la* question. L'exposé des motifs du projet de loi organique mentionnait ainsi une volonté de « garantir un large accès à ce nouveau mécanisme de contrôle », dans le strict prolongement de la rédaction large de la

disposition constitutionnelle introduite par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, disposant que « le Conseil constitutionnel peut être saisi (...) [« lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit »] ».

Cette largesse des termes, associée à l'objectif de renforcement des droits affiché lors de la révision constitutionnelle, amène le juge constitutionnel¹⁰⁷⁶ à reconnaître une sorte d'universalité, puis, expliciter le rang de « droit » caractérisant dans l'ordre constitutionnel la faculté offerte par l'article 61-1 de la Constitution « de poser une question prioritaire de constitutionnalité ». Le Conseil constitutionnel considère, en d'autres termes, que « le constituant a ainsi reconnu à *tout justiciable* le droit de soutenir, à *l'appui de sa demande*, qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit »¹⁰⁷⁷.

Dans cette optique, et comme le relève le commentaire officiel¹⁰⁷⁸ de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, les dispositions nouvelles de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ne prévoient qu'« *une seule* condition générale de recevabilité ». Dans le cadre de la question de constitutionnalité, le moyen doit être simplement « présenté dans un écrit [« mémoire » devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation] distinct et motivé » du reste de la demande ou la requête fondant l'instance. En outre, la souplesse d'exercice du « droit » issu de l'application de l'article 61-1 de la Constitution est confirmée par la souplesse du moment au cours de l'instance auquel ledit « droit » peut s'exercer. Ainsi, l'article 23-1 de l'ordonnance énonce que « devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation », le moyen en inconstitutionnalité « peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel ». Il en va de même « à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation », et l'article 23-5 du texte organique permet que cette possibilité de soulèvement de la question de constitutionnalité puisse se faire « y compris pour la première fois en cassation ». La seule restriction sur ce point concerne la procédure pénale.

Il est précisé par l'article 23-1 précité que « le moyen ne peut être soulevé devant la cour d'assises », eu égard aux spécificités de « tenue des assises », notamment concernant la réunion et la composition de la juridiction. En relevant que *la* « question pourra être posée au

¹⁰⁷⁶ CC, n° 2009-595 DC, 03/12/2009, *Rec.* 206 : « Le Conseil constitutionnel a été saisi, le 25 novembre 2009, par le Premier ministre, conformément aux articles 46, alinéa 5, et 61, alinéa 1er, de la Constitution, de la loi organique relative à application de l'article 61-1 de la Constitution ».

¹⁰⁷⁷ CC, n° 2009-595 DC, préc., cons. 3.

¹⁰⁷⁸ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2009/2009-595-dc/commentaire-aux-cahiers.46783.html>

cours de l'instruction pénale qui précède le procès criminel » et « qu'elle pourra également être posée à l'occasion de la déclaration d'appel d'un arrêt rendu par la cour d'assises en premier ressort ou du pourvoi en cassation », le juge constitutionnel estime que « l'interdiction » ainsi définie « ne méconnaît pas le droit reconnu par l'article 61-1 de la Constitution »¹⁰⁷⁹.

Comme la plupart des droits, « le droit de poser une question prioritaire de constitutionnalité » n'a pas été conçu comme un droit absolu. Si l'accès au système doit être garanti de façon large, ledit système doit fournir les leviers internes pour s'assurer que le mécanisme « ne puisse être mis en œuvre à des fins dilatoires » comme le soulignait l'exposé des motifs du projet de loi organique. Sur le plan constitutionnel, le tempérament se situe dans « la bonne administration de la justice » qui constitue elle-même « un objectif de valeur constitutionnelle qui résulte des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »¹⁰⁸⁰. Et, si « une loi organique détermine les conditions d'application » de l'article 61-1 de la Constitution, le législateur organique ne doit certes pas « méconnaître » le droit que « le constituant a ainsi reconnu à tout justiciable », mais il lui « appartient » tout de même « d'assurer la mise en œuvre de cet objectif » de valeur constitutionnelle précité.

« L'administration » de la question prioritaire de constitutionnalité doit se penser aux termes mêmes de l'article 61-1 de la Constitution selon lequel « le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé » ; c'est-à-dire que l'examen du moyen doit s'envisager d'un point de vue fonctionnel. Le pouvoir de révision constitutionnelle « a confié au Conseil d'État et à la Cour de cassation, juridictions placées au sommet de chacun des deux ordres de juridiction reconnus par la Constitution, la compétence pour juger si le Conseil constitutionnel doit être saisi de *cette* question de constitutionnalité », de même qu'il a « réservé au Conseil constitutionnel la compétence pour statuer sur *une* telle question ».

L'office juridictionnel devant aboutir à une réponse quant à l'accueil du moyen se partage entre deux types de raisonnement. Les juridictions ordinaires pourront tenir un raisonnement de juge constitutionnel portant sur *une* question de constitutionnalité soulevée à l'occasion d'une instance relevant de leur office de droit commun (§ 1). S'il s'avère nécessaire, le raisonnement nouveau de conformité devant conclure sur *la* question « de droit » soulevée dans l'espèce relève du juge constitutionnel (§ 2).

¹⁰⁷⁹ CC, n° 2009-595 DC, cons 10.

¹⁰⁸⁰ cf. *nota* CC, n° 2006-545 DC, 28/12/2006, *Rec.* 138, cons. 24 ; n° 2009-595 DC, *préc.*, cons. 4.

§ 1 – Un raisonnement portant sur *une* question

Selon l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, saisie d'un « moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution » et considéré comme recevable eu égard aux conditions prévues à l'article 23-1, la « juridiction » de fond concernée « statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation » en fonction de l'ordre juridictionnel dont elle dépend.

Par suite et quant à elles, les juridictions suprêmes « se [prononcent] sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel », que ce soit après « réception de la transmission prévue à l'article 23-2 » et évoquée ci-dessus, ou après l'hypothèse de transmission immédiate lorsque le moyen en inconstitutionnalité accompagne, en vertu du « dernier alinéa 23-1 », une déclaration d'appel d'un arrêt rendu par la cour d'assises en premier ressort ; mais également dans le cas où la question de constitutionnalité est soulevée, « y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation ». La « décision » que les hautes cours doivent « rendre » dans « un délai de trois mois à compter de la présentation du moyen » s'avère aussi qualifiée de « renvoi », et non pas simple « transmission », par l'article 23-5 inséré dans l'ordonnance organique n° 58-1067 par la loi organique du 3 décembre 2009.

D'une façon globale et sur un plan systémique, au-delà de considérations liées à des différences de degré d'appréciation entre la « transmission » des juridictions de droit commun et le « renvoi » prononcé par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, le raisonnement juridictionnel doit tendre à ce que le Conseil constitutionnel soit saisi seulement et « *dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux* ». Le « 1° » et le « 2° » de l'article 23-2 renvoient à des conditions portant sur la disposition législative à l'encontre de laquelle « il est soutenu » qu'elle « porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ». D'une part, « la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites » et, d'autre part, « elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ».

Dans le cadre du système de la question prioritaire de constitutionnalité prévue en application de l'article 61-1 de la Constitution, le raisonnement sur la transmissibilité d'une question relevant du champ susvisé de contentieux constitutionnel porte sur des éléments formels et matériels. La compétence juridictionnelle de droit commun vérifie les qualités d'un objet contentieux (A) avant d'apprécier l'objet du contentieux (B).

A) Un objet contentieux

Envisagé de façon globale (compétences des divers acteurs juridictionnels ensemble), il s'agit de vérifier le lien avec un « litige » ou « une procédure » (1) d'un contentieux constitutionnel « sérieux » et « nouveau » (2).

1. Le lien avec une instance contentieuse

Plus précisément, la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 dispose que « la disposition [législative¹⁰⁸¹] contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ». Il paraît intéressant de relever que le projet de loi organique prévoyait un cadre plus restrictif. Ainsi, la rédaction initiale du 1° de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 proposait que « la disposition contestée commande l'issue du litige ou la validité de la procédure ».

De la sorte, le projet du Gouvernement semblait vouloir faire rapprocher sur ce point la question prioritaire de constitutionnalité du système de la question dite « incidente » (« *via incidentale* ») de constitutionnalité (« *legittimità costituzionale* ») telle qu'elle se pratique en Italie. Au sein de l'ordre juridique italien, « la Cour constitutionnelle juge (...) les questions relatives à la légitimité constitutionnelle des lois et des actes, ayant force de loi, de l'Etat et des Régions »¹⁰⁸². Dans le cadre de la voie incidente, certaines conditions de la recevabilité du moyen « tiennent au caractère pertinent de la question (sa "*rilevanza*") ». L'idée est qu'« il faut vérifier au préalable (...) que le cas d'espèce qui fait l'objet du procès en cours devant le juge *a quo*, devra bien être résolu par application de la loi dont on met en doute la constitutionnalité »¹⁰⁸³. Plus précisément, « la "*rilevanza*" est l'importance de la norme dans

¹⁰⁸¹ Article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 modifiée.

¹⁰⁸² Article 134 de la Constitution du 27 décembre 1947 (« *Costituzione della Repubblica italiana* ») : « *La Corte costituzionale giudica (...) sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni* ».

¹⁰⁸³ A. PIZZORUSSO, « Présentation de la Cour constitutionnelle italienne », trad. M. BAUDREZ, CCC, n° 6, 1999, p. 29.

le cadre de la procédure principale. Cela veut qu'il doit s'agir d'une norme que *doit* être appliquée par le juge de la procédure principale, sinon il lui est défendu de saisir la Cour »¹⁰⁸⁴.

L'exemple italien n'a pas été totalement absent des débats français. Le sénateur, par ailleurs professeur de droit, Hugues Portelli, dans des considérations comparatistes au sein de rapport de 1^{ère} lecture, note ainsi : « en Italie, la question doit être "*rilevante*", c'est-à-dire commander l'issue du litige, et par conséquent le jugement ne peut être rendu "indépendamment de la résolution de la question de légitimité constitutionnelle" ». Cependant, ce cadre strict, qui met en lien la loi susceptible de critiques de constitutionnalité avec « l'issue du litige » ou « la validité de la procédure », a été plutôt l'objet de critiques en France, sans aucun lien particulier d'ailleurs avec la justice constitutionnelle italienne.

L'argument majeur de cette discussion semble avoir été un argument textuel, lié aux termes mêmes de l'article 61-1 de notre texte constitutionnel. Le principe de la source formelle constitutionnelle est simplement qu'un justiciable peut soutenir « qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit », « à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction ». Dès lors, « le texte du projet de loi organique est de ce point de vue sensiblement plus restrictif que celui de l'article 61-1 de la Constitution (...). Certes, n'importe quel requérant d'habitude ne doit pas se voir permettre de soulever tout problème à toute occasion. Cependant, une formule plus respectueuse du texte de la Constitution (...) devrait être trouvée »¹⁰⁸⁵.

Devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale, le secrétaire général du Conseil constitutionnel s'avère lui aussi être allé, « dans le même sens, de réécrire le premier critère de transmission ». L'argument est cette fois d'ordre systématique. En effet, le lien substantiel, initialement prévu, entre la disposition législative en cause et « l'issue du litige » ou « la validité de la procédure » aurait sans doute été adéquat dans un système préjudiciel, mais « traduit mal le caractère préalable de la question »¹⁰⁸⁶ de constitutionnalité tel qu'il a été retenu – au sein même du projet de loi organique gouvernemental – pour l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Nous avons en effet déjà pu mesurer que, si elle en épouse certaines caractéristiques, la question « prioritaire » de constitutionnalité, au sens de la

¹⁰⁸⁴ M. LUCIANI, « La question préjudicielle en Italie : expériences et problèmes », in ILF-GERJC, *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ?*, PUAM, 2009, p. 144.

¹⁰⁸⁵ J.-C. COLLIARD, in « Auditions... », AN, XIIIe législature, Commission des lois, CR, n° 58, p. 25.

¹⁰⁸⁶ M. GUILLAUME, in « Auditions ... », AN, XIIIe législature, Commission des lois, CR, n° 63, p. 23.

loi organique du 10 décembre 2009, n'est pas, *stricto sensu*, une question préjudicielle au sens où l'entend généralement la doctrine processuelle, notamment civiliste¹⁰⁸⁷, « puisqu'elle

Tout simplement, l'idée même d'une condition « étroite » ou « restrictive » cadre mal avec l'objectif constamment affiché, tant dans les débats constitutionnels que législatifs, d'ouverture au justiciable de la justice constitutionnelle. D'ailleurs, pour oser un parallèle, même en Italie, « il faut noter, en particulier, que l'on considère comme pertinente pour être appliquée dans un procès donné non seulement la norme substantielle sur laquelle on fonde la demande judiciaire civile ou la norme pénale dont le ministère public requiert l'application, mais également toute autre norme qui, d'une manière ou d'une autre, peut exercer une incidence, du point de vue de l'*an* et du *quomodo*, aussi bien sur ce qui est décidé dans l'arrêt qui met un terme au procès, que sur toute mesure d'instruction ou toute ordonnance, qui doit être prise dans le cours du procès »¹⁰⁸⁸ ; ce qui montre, dans une certaine mesure, d'un certain assouplissement pratique de l'étroitesse des principes fixés quant aux rapports entre la disposition législative et l'instance pour l'exercice de la question « incidente » de « légitimité constitutionnelle ».

Il a donc été proposé, dès les débats en commission lors de la première lecture à l'Assemblée nationale, « de remplacer l'exigence d'une disposition qui "commande l'issue du litige ou la validité de la procédure" par celle, moins contraignante et donc plus propice à un développement des questions de constitutionnalité, d'une disposition qui "est applicable au litige ou à la procédure" »¹⁰⁸⁹. Certains ont également avancé le concept de « rapport direct avec le litige ». A cela, il a été rétorqué que « l'institution d'une faculté de juger du caractère direct ou indirect du rapport d'une disposition législative avec un litige va à l'encontre de [l'objectif d'éviter des risques de blocage de la question de constitutionnalité au niveau du filtre juridictionnel]. La formule : "applicable à" ne requiert pas le même niveau d'interprétation d'un éventuel lien direct ou indirect »¹⁰⁹⁰.

Il convient de préciser que le « 1° » de l'article 23-2 nouveau de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel n'a pas été modifié en ce que la disposition

¹⁰⁸⁷ S. GUINCHARD et al., *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, 30^{ème} édition, Dalloz, 2010, pp. 1041-1042: « Une question est dite préjudicielle lorsque, indispensable à la solution du litige porté devant le tribunal saisi, elle doit être soumise préalablement à l'examen de la juridiction compétente qui doit se prononcer à son sujet par un acte juridictionnel » ; pour un exemple : article 1041 du Code de procédure civile.

¹⁰⁸⁸ A. PIZZORUSSO, « Présentation de la Cour constitutionnelle italienne », op. cit., p. 29.

¹⁰⁸⁹ J.-L. WARSMANN, *Rapport n° 1898*, op. cit., p. 53.

¹⁰⁹⁰ G. GEOFFROY, intervention in « Examen du projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution », AN, XIII^e législature, Commission des lois, *CR*, n° 73, 03/09/2009, p. 15.

législative, pouvant faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité éventuellement transmissible jusqu'à la juridiction constitutionnelle, non seulement « est applicable au litige ou à la procédure » mais, le cas échéant, « constitue le fondement des poursuites ».

Ce critère prend tout son sens en matière pénale. Mais si les notions d'« issue du litige » ou de « validité de la procédure » ont pu poser problème quant au degré de capacité d'interprétation du juge que ces éléments impliquaient pour d'autres domaines, cela n'aurait eu aucun sens sur la portée du caractère constitutif du « fondement des poursuites » que doit revêtir la disposition législative en cause, puisque par définition, les poursuites pénales reposent sur des principes structurants selon lesquels « nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi », comme « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit »¹⁰⁹¹.

Dans le champ pénal, si une question prioritaire de constitutionnalité sera amenée à être posée, l'appréciation du « fondement des poursuites » peut se résumer en quelque sorte dans le constat simple de l'application de la loi pénale, ce qui ne va relever, du point de vue du juge devant statuer sur la « transmission » ou le « renvoi » du moyen, que du constat presque objectif. En revanche, en matière pénale, si un moyen en inconstitutionnalité défini par l'article 61-1 de la Constitution est soulevé, il portera nécessairement, pour ce qui est du fond, sur des « éléments » de définition d'infractions et de peines relevant de la catégorie des crimes et délits, ce qui présume d'ores-et-déjà du « caractère sérieux » de la question.

2. Un contentieux constitutionnel « sérieux » et « nouveau »

De façon systématique, dans une lecture globale de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, l'application qui a été faite de la possibilité de « renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cassation » de ce qu'« il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit » soumet la question prioritaire de constitutionnalité à une série de critères de qualité du contentieux qu'elle soulève. En recoupant les dispositions du texte organique, cette qualité de l'objet contentieux – la « question » ou le « moyen », « présenté dans un écrit distinct et motivé » – tient à ce que « la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux ».

¹⁰⁹¹ Articles 7 et 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui fondent, avec l'article 34 du corps même du texte de la Constitution, le principe constitutionnel de légalité des délits et des peines (CC, n° 84-176 DC, 25/07/1984, *Rec.* 55, cons. 5), rappelé dans les « principes généraux » concernant la « loi pénale » figurant en tête du Code pénal (article L. 111-3).

Selon l'article 23-2, 3°, de l'ordonnance du 7 novembre 1958, la juridiction *a quo* procède à la transmission du moyen vers la juridiction suprême de l'ordre dont elle dépend si « la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux ». Il en est de même sur le prononcé du renvoi de ladite « question » au Conseil constitutionnel par le Conseil d'Etat et / ou la Cour de cassation, à un degré légèrement différent puisque les Hautes juridictions devront établir de façon définitive le « caractère sérieux » du moyen. En effet, que ce soit en application des dispositions prévues à l'article 23-4 de l'ordonnance organique suite à une « transmission prévue à l'article 23-2 ou au dernier alinéa de l'article 23-1 » ou en vertu de l'article 23-5 en cas de soulèvement de l'inconstitutionnalité supposée, « y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance » devant eux, les juges administratif et judiciaire suprêmes ne vont pas seulement s'assurer que « la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux » mais devoir fonder que celle-ci « présente un caractère sérieux ».

Mais, dans une perspective systémique et sur le plan fonctionnel qui nous intéresse, le raisonnement sur le « sérieux » de la question de constitutionnalité est une opération de même nature, à défaut du même degré, devant les juges *a quo* comme au sein de la compétence des organes au sommet de la hiérarchie des ordres juridictionnels.

En réalité, dans la construction de ce critère, il était d'abord fait distinction entre le « caractère sérieux » de la question et la « difficulté sérieuse » posée par la question pour définir une véritable « gradation » de compétences entre les juridictions de droit commun et les juridictions suprêmes, même dans l'hypothèse d'une instance en premier ressort devant elles (visant là plus particulièrement le contentieux administratif). Dans le projet initial de loi organique déposé par le Gouvernement devant l'Assemblée nationale, la notion de « filtre juridictionnel » dont l'idée est inhérente aux termes mêmes de l'article 61-1 de la Constitution doit s'entendre comme « le "filtre" des deux Cours suprêmes », en ce que le niveau d'« appréciation portée sur la question de constitutionnalité dont elles sont saisies par le juge du fond renforce indubitablement le rôle du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation dans le traitement » du moyen tire de l'article constitutionnel précité. En cela, « la procédure est inspirée de celle des avis contentieux existant devant le Conseil d'Etat depuis 1987¹⁰⁹² et devant la Cour de cassation depuis 1991¹⁰⁹³ »¹⁰⁹⁴. Dans l'ordre administratif par exemple,

¹⁰⁹² cf. article 12 de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif.

¹⁰⁹³ Loi n° 91-491 du 15 mai 1991 modifiant le code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation ; cf. article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire : « Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les

« avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'Etat, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée »¹⁰⁹⁵.

Sur ce point, la crainte de voir le « filtre » s'apparenter en fait à un « pré-jugement de constitutionnalité » s'est assez fortement exprimée. Dans son rapport, le président de la Commission des lois estime « nécessaire d'envisager l'hypothèse d'une question nouvelle, laquelle peut ne pas porter sur une disposition législative posant une difficulté sérieuse mais poser néanmoins un réel problème de constitutionnalité, notamment dans le cas d'une disposition législative antérieure à une modification constitutionnelle et qui semble être devenue manifestement contraire à la nouvelle norme constitutionnelle »¹⁰⁹⁶, ce qui fait écho à nos considérations fonctionnelles développées précédemment sur « l'exception d'incompatibilité » au sein des moyens rattachables à la théorie dite de « l'abrogation implicite » dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Cette éventualité permet de ricocher sur une hypothèse contentieuse plus globale formulée par le professeur Nicolas Molfessis : « à supposer que la disposition législative en cause soit de toute évidence inconstitutionnelle, la question ne présenterait pas de difficulté sérieuse, mais la transmission au Conseil constitutionnel serait d'autant plus justifiée »¹⁰⁹⁷. Dans cette perspective, si le parallèle doit être fait avec la procédure d'avis existant au sein des ordres juridictionnels tant administratif que judiciaire, il faut alors remarquer, au regard de la formulation des dispositions correspondantes que les critères de la nouveauté et de la difficulté sérieuse y apparaissent comme cumulatifs et indissociables dans le raisonnement conduisant à l'éventuel rejet de la demande ; tandis qu'en voulant insérer dans les modalités d'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité que « le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation saisit le Conseil constitutionnel [de ce moyen] dès lors (...) que la disposition contestée soulève une question nouvelle ou présente une difficulté sérieuse », les critères devrait s'envisager alors comme étant alternatifs. Il faudrait alors admettre, selon Nicolas Molfessis, analysant l'application de l'article 61-1 de la Constitution, que « le juge du fond

juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation ».

¹⁰⁹⁴ G. DRAGO, « La défense de la Constitution à regret. Principes et modalités de la question préjudicielle de constitutionnalité selon l'article 61-1 de la Constitution et le projet de loi organique », in ILF-GERJC, *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ?*, op. cit., p. 61 et p. 62.

¹⁰⁹⁵ Article L. 113-1 du Code de justice administrative.

¹⁰⁹⁶ J.-L. WARSMANN, op. cit., p. 71.

¹⁰⁹⁷ N. MOLFESSIS, in « Auditions ... », AN, XIIIe législature, Commission des lois, CR, n° 63, p. 2.

[puisse] avoir raison de transmettre la question de constitutionnalité à la Cour de cassation, et celle-ci pourrait avoir raison de transmettre la question de constitutionnalité à la Cour de cassation »¹⁰⁹⁸.

C'est pour cela qu'il est apparu « important » à la Commission des lois de l'Assemblée nationale non seulement « d'éviter qu'une question qu'il était justifié de transmettre puisse tout aussi justement ne pas être renvoyée au Conseil constitutionnel »¹⁰⁹⁹, et de faire en sorte dans le système mis en place par la future loi organique « qu'une question nouvelle puisse prospérer et être transmise au Conseil constitutionnel ». Pour le professeur Molfessis, « évitons donc d'avoir à nous interroger, par exemple, sur la nature d'une question de constitutionnalité qui ne serait pas "dépourvue de caractère sérieux" – article 23-2 – mais qui, pour autant, ne serait pas nouvelle »¹¹⁰⁰, ou à l'inverse sur une question de constitutionnalité nouvelle qui, par son caractère nouveau et manifeste, ne présente pas pour la juridiction de droit commun de difficultés particulières.

Mais, l'homogénéisation des critères de transmission au niveau des juges du fond et de renvoi au niveau des juridictions suprêmes s'est heurtée à la volonté du Gouvernement pour qui « c'est aux cours suprêmes qu'il revient de jouer le rôle de filtre voulu par la Constitution, de façon à ce que le Conseil constitutionnel ne soit pas surchargé de questions accessoires. (...) Cette répartition des rôles entre juridictions et cours suprêmes [semble] être le gage du bon fonctionnement et de l'équilibre du système »¹¹⁰¹. Dont acte. Même si cette gradation des critères – certes modifiée et assouplie par rapport au projet de loi initial – ne paraît pas en elle-même nécessaire « pour éviter que des questions inutiles ou déjà satisfaites soient posées au Conseil constitutionnel. Le critère de l'absence de déclaration de conformité à la Constitution de la disposition contestée est suffisant pour atteindre cet objectif »¹¹⁰². Le plus important dans un système contentieux, ce n'est pas tant les conditions d'émergence de l'objet contentieux le plus pertinent que les conditions de détermination de l'objet du contentieux.

¹⁰⁹⁸ N. MOLFESSIS, *ibid.*, p. 3.

¹⁰⁹⁹ J.-L. WARSMANN, *op. cit.*, p. 72.

¹¹⁰⁰ N. MOLFESSIS, *op. cit.*, p. 3.

¹¹⁰¹ Mme le ministre d'Etat, « Compte-rendu intégral – Séance du lundi 14 septembre 2009 », *JO*, n° 98 A.N. (C.R.), 15/09/2009, p. 7051.

¹¹⁰² J.-L. WARSMANN, *op. cit.*, p. 16.

B) L'objet du contentieux

Le caractère « nouveau » du cadre *a posteriori* de mise en œuvre d'un contrôle de la constitutionnalité de la loi implique nécessairement que ledit cadre « appellera, au fil de sa jurisprudence, des précisions de la part du Conseil constitutionnel »¹¹⁰³ et des acteurs du système défini par la source constitutionnelle et ses applications organiques, selon une analyse réaliste largement admise de l'habilitation formelle. Cependant, « dans la perspective du contrôle qu'il incombera (...) d'exercer, deux points paraissent essentiels : il importe de sauvegarder dans le cadre de la nouvelle procédure certains acquis du contrôle *a priori* ; les deux types de contrôle doivent être articulés de façon à conférer un plein effet à la réforme »¹¹⁰⁴. La compréhension systémique doit en effet toujours partir d'une donnée pré-compréhensive simplement exprimée dans l'idée que « la procédure de l'article 61-1 s'ajoute à celle de l'article 61 et ne s'y substitue pas ». Comme le relève le professeur Drago, « l'article 61-1 fait référence aux "droits et libertés que la Constitution garantit", expression différente de celle de "liberté fondamentale" employée dans le projet initial du Gouvernement et plus cohérente avec la *logique du contrôle de constitutionnalité* »¹¹⁰⁵. Pour rejoindre les considérations prospectives évoquées juste avant, la structuration de la question de constitutionnalité *a posteriori* autour de la « garantie » paraît l'inscrire dans une sémantique globale vis-à-vis du principe de constitutionnalité opposable à la loi au sommet de l'ordre juridique, dont la concrétisation substantielle en termes de « droits et libertés » (1) a pu être acquise avant sa propre mise en vigueur en vertu d'une série de procédures déclenchées avant la promulgation et la mise en application des actes de nature législative visés par ce type de saisines, et tendant à la production de « déclarations de constitutionnalité » – pour reprendre les termes jamais modifiés sur ce point de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel – au sein de décisions normalement revêtues de l'autorité absolue de la chose jugée constitutionnellement garantie. Au stade de son application, la mineure législative du raisonnement de constitutionnalité n'est recevable à l'application de l'article 61-1 de la Constitution que dans la mesure d'un rapport de conformité à la Constitution non déjà établi au sein d'une concrétisation acquise du principe de constitutionnalité (2).

¹¹⁰³ M. GUILLAUME, « La question prioritaire de constitutionnalité », source : www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/qpc_mguillaume_19fev2010.pdf.

¹¹⁰⁴ B. GENEVOIS, « L'enrichissement des techniques de contrôle », *CCC*, Hors série. Cinquantenaire du Conseil constitutionnel, 2009, p. 43.

¹¹⁰⁵ G. DRAGO, « Exception d'inconstitutionnalité. Prolégomènes d'une pratique contentieuse », *op. cit.*, p. 14 et p. 15.

1. Des « droits et libertés garantis par la Constitution »

Selon le professeur Xavier Philippe, « les conditions précisées par la loi organique dans laquelle la question prioritaire de constitutionnalité pourra être initiée imposeront une connaissance minimale du contentieux constitutionnel des droits et libertés fondamentaux garantis par la Constitution »¹¹⁰⁶. Il est clair que, de ce point de vue, le problème est posé de la catégorie constitutionnelle d'ordre matériel sur laquelle repose le « droit¹¹⁰⁷ reconnu à tout justiciable » de soutenir une question de constitutionnalité « à l'occasion d'une instance ».

La structure conceptuelle des « droits et libertés que la Constitution garantit pourrait entraver, par son imprécision intrinsèque en termes de contenu, le fonctionnement effectif du système procédural initiée par l'application de l'article 61-1 de notre loi fondamentale. Au contraire semble-t-il, « on saura gré à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 d'avoir remplacé la formule "libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution"¹¹⁰⁸ par la formule [précitée]. Cela évite en effet que l'on se pose la question de savoir si, au sein des droits et libertés proclamés par la Constitution, il y en a qui seraient fondamentaux et d'autres qui ne le seraient pas »¹¹⁰⁹. En principe, le syntagme générique sur les « droits et libertés » implique le principe quant à l'utilisation de leur droit par les usagers de la justice constitutionnelle selon lequel « la Constitution ne prévoit aucune restriction concernant les droits constitutionnels invocables. C'est donc l'ensemble du bloc de constitutionnalité qui peut être utilisé »¹¹¹⁰.

La communication institutionnelle¹¹¹¹ du Conseil constitutionnel paraît le confirmer, faisant référence au texte de « la Constitution du 4 octobre 1958 telle que modifiée à plusieurs reprises » ainsi qu'aux « textes auxquels renvoie le préambule de [ladite] Constitution », soit « aux Droits de l'homme (...) tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 ». Mais il est également renvoyé dans cette source

¹¹⁰⁶ X. PHILIPPE, « La question prioritaire de constitutionnalité : à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français... Réflexions après l'adoption de la loi organique », *RFDC*, n° 82, 2010, p. 278.

¹¹⁰⁷ Qualité que lui a reconnu le Conseil constitutionnel ; cf. CC, n° 2009-595 DC, préc., cons. 3.

¹¹⁰⁸ Telle qu'elle ressortait des travaux du comité Balladur.

¹¹⁰⁹ P. BON, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, n° 6, 2009, p. 1111.

¹¹¹⁰ G. DRAGO, « Principe et modalités de la question préjudicielle de constitutionnalité selon l'article 61-1 de la Constitution et le projet de loi organique », op. cit., p. 45.

¹¹¹¹ cf. www.conseil-constitutionnel.fr, rubrique « La question prioritaire de constitutionnalité » (www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-qpc.47106.html, « 12 questions pour commencer »).

officielle aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Même s'il est précisé que la mention de la notion figure au sein du Préambule de 1946, celle-ci évoque une catégorie de normes de valeur constitutionnelle connue comme de création jurisprudentielle. Cette phénoménologie normative s'impose en tant que conséquence de l'énumération constitutionnelle non codifiée des références aux droits et libertés. Ce n'est pas seulement la liste formelle qui peut paraître « ouverte », si tant est qu'il soit possible d'en dégager une du fait de l'éparpillement des sources, mais il s'agit des caractéristiques prétoriennes de la concrétisation du principe de constitutionnalité dans le sens de la « garantie des droits », certains auteurs n'invoquent-ils pas la « charte jurisprudentielle »¹¹¹² y afférant, à partir du moment où l'organe habilité a systématisé le visa au Préambule, par lequel il a pu considérer « qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association »¹¹¹³.

Pour en revenir à la catégorie-objet de la question prioritaire de constitutionnalité, certains auteurs insistent alors sur ce qu'« il n'y a pas lieu de distinguer entre les principes directement inscrits dans la Constitution et ceux qui sont reconnus par le Conseil comme étant implicitement consacrés. En effet la Constitution et son interprétation juridictionnelle font corps »¹¹¹⁴. La notion d'*acquis* peut prendre ici une partie de son sens. Indéniablement, les « Préambules », la « Déclaration » ou la « Charte » fournissent des données pré-compréhensives importantes au raisonnement sur la garantie concrétisée, de niveau constitutionnel, des droits et libertés. « En second lieu, il convient de distinguer également ce qui, au sein des dispositions substantielles ou de fond de la Constitution, correspond à un droit ou à une liberté et ce qui est étranger à la matière des droits et libertés, question qui n'a guère d'importance dans le cadre du contrôle *a priori* dans la mesure où il suffit généralement de savoir si l'on a affaire ou non à un principe ou à une règle de valeur constitutionnelle »¹¹¹⁵. Justement parce qu'« aucune liste précise et circonscrite des "droits et libertés que la Constitution garantit" n'existe », une « tâche identificatrice (..) reviendra au juge »¹¹¹⁶, suivant le fil d'un travail d'interprétation continue.

¹¹¹² D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 449.

¹¹¹³ CC, n° 71-44 DC, 16/07/1971, *Rec.* 29, cons. 2.

¹¹¹⁴ B. MATHIEU, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit », *JCP, G.*, n° 52, 2009, p. 67.

¹¹¹⁵ P. BON, op. cit., p. 1112.

¹¹¹⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », op. cit., p. 789.

Dans la recherche de sens sur la distinction des « droits et libertés » entre l'ensemble des principes et autres exigences de valeur constitutionnelle¹¹¹⁷, il semble se dégager le critère tiré de la justiciabilité de ladite norme constitutionnelle. Cette implication résulte du cadre fixé par les termes mêmes de la source constitutionnelle formelle, inscrivant la garantie des droits et libertés constitutionnels « à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction ». En outre, que ce soit devant les juges *a quo* ou les juridictions suprêmes, « y compris pour la première fois en cassation » comme le prévoit les dispositions issues de la loi organique du 10 décembre 2009, l'invocation de « l'atteinte » doit être *soutenue* ; c'est-à-dire que celle-ci s'apprécie nécessairement du point de vue de la situation et / ou de la qualité du justiciable : strictement individuelle, catégorielle¹¹¹⁸, collective¹¹¹⁹, voire institutionnelle¹¹²⁰. Malgré la nature objective¹¹²¹ affirmée du contrôle, notamment du fait de la réponse *erga omnes* attendue dans l'application de la procédure par laquelle le moyen en inconstitutionnalité peut être soulevé, la réalisation du caractère justiciable de droits ou de libertés invoqués au titre de l'article 61-1 de la Constitution paraît devoir dépendre de la possibilité de subjectivisation dudit principe.

Cette préoccupation s'est exprimée dès les travaux du « comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République » dirigé par M. le Premier ministre Edouard Balladur, et a trouvé écho dans les débats parlementaires au stade du projet de révision constitutionnelle. « La formulation retenue sur cette question par le "Comité Balladur" appelle l'attention : "ne seraient invocables que les normes constitutionnelles de fond" ; l'adverbe "naturellement" est souvent employé lorsqu'il faut masquer un embarras... Quoi qu'il en soit, en clair, ce sont celles des dispositions constitutionnelles qui s'adressent directement aux justiciables qui pourront être invoquées à l'appui d'une contestation indirecte de la loi »¹¹²². Par rapport à « l'embarras » supposé quant à la limitation impliquée du champ constitutionnel invocable au stade de l'application de la loi, il y a la volonté pour certains auteurs de poser la question « de savoir si certaines normes

¹¹¹⁷ Sur l'absence d'invocabilité de « l'exigence constitutionnelle de transposition des directives » eu égard aux « droits et libertés que la Constitution garantit » ; cf. CC, n° 2010-605 DC, 12/05/2010, publ. *JO*, 13/05/2010, p. 8897, cons. 19.

¹¹¹⁸ CC, n° 2010-20/21 QPC, 06/08/2010, *M. Jean C. et autres*, publ. *JO*, 07/08/2010, p. 14615, cons. 6 (« la garantie de l'indépendance des enseignants-chercheurs résulte d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République »).

¹¹¹⁹ CC, n° 2010-3 QPC, 28/05/2010, *Union des familles en Europe*, publ. *JO*, 29/05/2010, p. 9730, cons. 9 (« la liberté d'association est au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République... »).

¹¹²⁰ CC, n° 2010-12 QPC, 02/07/2010, *Commune de Dunkerque*, publ. *JO*, 03/07/2010, p. 12121, cons. 4 (principe de la libre administration des collectivités territoriales).

¹¹²¹ cf. *infra*, § 2.

¹¹²² P. CASSIA, « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une "question" d'actualité », op. cit., p. 882.

constituant le corollaire de droits et libertés mais n'ayant pas cette qualité peuvent être invoquées par les parties. C'est le cas des objectifs de valeur constitutionnelle, qui s'analysent en des buts assignés à l'action des pouvoirs publics et qui constituent non des droits et libertés [subjectifs] mais des implications de ceux-ci »¹¹²³ sur l'exercice de la compétence législative en matière de « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » comme il en ressort du deuxième alinéa de l'article 34 de la Constitution. En quelque sorte, « le contrôle de la mise en œuvre des objectifs de valeur constitutionnelle consiste en un contrôle des omissions ou abstentions du législateur »¹¹²⁴.

A ce propos, le président Genevois a pu relever que « les travaux préparatoires de la révision constitutionnelle tendent ainsi à exclure tout contrôle *a posteriori* de la loi sous l'angle de la procédure ou de la compétence »¹¹²⁵, sous l'argument plus communément désigné de constitutionnalité externe, en parallèle de l'idée d'excès de pouvoir opérationnelle dans le domaine du pouvoir administratif. Ce fractionnement de la matière constitutionnelle heurte certaines conceptions en termes de « déni de justice constitutionnelle », « puisque les questions de procédure ou de compétence participent de la protection des droits des citoyens »¹¹²⁶, à partir du moment où les « droits et libertés » sont conçus comme des principes subjectifs et que « les requérants parviennent à démontrer leur intérêt à agir »¹¹²⁷.

Sous l'angle de l'intention des acteurs de l'élaboration de la question prioritaire de constitutionnalité, il s'avère que « les positions sont plus nuancées au stade de l'examen du projet de loi organique et traduisent une volonté de s'en remettre à la jurisprudence du Conseil constitutionnel »¹¹²⁸. Celle-ci semble avoir fait droit à une combinaison « entre la protection médiate ou indirecte des droits et libertés qui résulte du respect des exigences démocratiques liées à la formation de la loi (règles de compétence et de procédure) et leur protection directe qui provient du respect de leur contenu substantiel (règles de fond) »¹¹²⁹. En d'autres termes, la substantialisation du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* n'implique pas que la garantie des droits et libertés ne puisse pas être d'ordre formel.

¹¹²³ P. de MONTALIVET, « La question prioritaire de constitutionnalité. Etendue et limites d'un nouveau droit », *Droit administratif*, n° 3, 2010, p. 19.

¹¹²⁴ P. de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, op. cit., p. 385.

¹¹²⁵ B. GENEVOIS, « Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori* », op. cit., p. 10.

¹¹²⁶ cf. B. de LAMY, « L'exception d'inconstitutionnalité : une vieille idée neuve », in G. DRAGO (dir.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes*, op. cit., p. 139.

¹¹²⁷ cf. F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Du déni de justice constitutionnelle en droit public français », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, op. cit., pp. 284-285, part. 285.

¹¹²⁸ B. GENEVOIS, op. cit., p. 10.

¹¹²⁹ P. BON, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », op. cit., p. 1112 ; voir aussi dans le même ordre d'idées : B. MATHIEU, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit », op. cit., pp. 68-69.

L'office du juge constitutionnel s'est néanmoins concrétisé en respectant une borne au seuil du « grief tiré de la méconnaissance de la procédure d'adoption d'une loi »¹¹³⁰. La combinaison des exigences rappelées ci-dessus quant aux contours de l'atteinte aux droits et libertés de valeur constitutionnelle n'exclut pas l'intérêt porté aux conditions de formation du contenu législatif, dans les limites d'une logique du type « tant que... ne pas » ; c'est-à-dire que « la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit »¹¹³¹. Ainsi, si « l'article 34 de la Constitution réserve à la loi le soin de fixer les règles de procédure pénale », il s'avère que le législateur méconnaît « l'étendue de sa compétence » s'il ne peut assurer l'ensemble des « garanties » quant « au respect du principe des droits de la défense, qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable »¹¹³², et renvoyant au décret le soin de les mettre en œuvre.

Dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution, le juge constitutionnel renoue vite – « à l'instar de l'article 61 » – avec la figure de la conciliation¹¹³³ entre la « sauvegarde » et « l'exercice »¹¹³⁴ des principes de valeur constitutionnelle, soit à l'aune de la question posée en application de la disposition susvisée, entre « l'atteinte » proprement constitutionnelle et « la garantie » qui combine bien souvent interprétation constitutionnelle et appréciation législative¹¹³⁵ dans la détermination du régime tendant à la réalisation effective des droits et libertés. L'appréciation du juge s'en tient à l'équilibre en vertu duquel « il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par la Constitution, d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »¹¹³⁶ ; la portée de la nouveauté, inscrite dans le giron du principe de conformité constitutionnelle, pouvant alors être mesurée en rapport avec l'acquis compris *a priori* du champ substantiel de l'application de la norme de valeur constitutionnelle à la disposition législative relative « au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites » devant les juridictions de droit commun.

¹¹³⁰ CC, n° 2010-4/17 QPC, 22/07/2010, *M. Alain C. et autre*, publ. *JO*, 23/07/2010, p. 13615, cons. 7.

¹¹³¹ CC, n° 2010-5 QPC, 18/06/2010, *SNC KIMBERLY CLARK*, publ. *JO*, 19/06/2010, p. 11149, cons. 3.

¹¹³² CC, n° 2009-590 DC, 22/10/2009, *Rec.* 179, cons. 10 à 14.

¹¹³³ cf. *supra*, titre I, chap. 1, II, § 2.

¹¹³⁴ CC, n° 2010-14/22 QPC, 30/07/2010, *M. Daniel W. et autres*, publ. *JO*, 31/07/2010, p. 14198, cons. 24

¹¹³⁵ CC, n° 2010-2 QPC, 11/06/2010, *Mme Vivianne L.*, publ. *JO*, 12/06/2010, p. 10847, cons. 4.

¹¹³⁶ CC, n° 2010-8 QPC, 18/06/2010, *Époux L.*, publ. *JO*, 19/06/2010, p. 11149, cons. 8.

2. La disposition législative et son rapport acquis au principe de constitutionnalité

La procédure de la question prioritaire ne peut être déclenchée, selon le 2° de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, que si la disposition législative, contestée au regard des « droits et libertés que la Constitution garantit », « n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ». Cet alinéa s'articule donc autour d'une logique classique de définition d'un régime juridique, du type « principe – exception ».

Le principe, c'est ce que la plus grande partie de la doctrine, comme le juge constitutionnel lui-même, qualifie comme « l'autorité de la chose jugée ». Il convient de noter que dans les dispositions issues de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, il n'est pas fait référence à cette notion, ni à la simple autorité « d'une décision du Conseil constitutionnel », ni à une « chose jugée » par la juridiction constitutionnelle. En réalité, « l'autorité de la chose jugée » ne constitue pas non plus un concept figurant dans les sources formelles constitutionnelles se rapportant à la compétence du Conseil.

En effet, l'article 62, alinéa 3¹¹³⁷ dispose seulement que « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Du point de vue de l'organe afférent à cette norme générale portant sur la portée de ses décisions, il faut bien admettre le caractère incertain de la rédaction du texte constitutionnel, issue des travaux d'élaboration de la « Constitution du 4 octobre 1958 ». Pour tendre vers la compréhension de facteurs de causalité à ce résultat rédactionnel, il faut en revenir à une sorte d'*original intent* et à une certaine incapacité à trancher lors des débats constitutants¹¹³⁸ sur la nature de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel qu'il était prévu de créer, avec en arrière-plan les incertitudes quant à la nature et au rôle exacts alloués à la nouvelle institution.

« *Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? Certains l'ont en effet contesté*¹¹³⁹ ». Dans sa célèbre préface au recueil des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, le professeur Marcel Waline répond quant à lui par l'affirmative.

¹¹³⁷ Ex alinéa 2 ; en conséquence de la modification introduite par l'article 30 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008.

¹¹³⁸ Sur ce point : G. DRAGO, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel. L'effectivité du contrôle de constitutionnalité*, Economica – PUAM, 1991, pp. 26-29 ; V. BACQUET-BREHANT, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2005, pp. 10-12.

¹¹³⁹ En italique dans le texte.

Le syllogisme employé part de la prémisse majeure selon laquelle « l'élément essentiel qui () paraît caractériser la juridiction, c'est l'autorité de chose jugée qui s'attache à ses décisions, c'est-à-dire le fait que ce qui a été jugé, sous réserve des voies de recours, ne peut plus être remis en question, et s'impose de façon définitive à toutes les parties en cause »¹¹⁴⁰. Or, l'article 62 de la Constitution ne saurait « mieux caractériser l'autorité de la chose jugée ». Donc, le Conseil constitutionnel est une juridiction.

Le problème de ce raisonnement dogmatico-doctrinal est qu'il s'attache justement plus aux caractères de l'autorité de la décision de l'organe qu'il tend à qualifier, qu'à ce qui est communément admis comme pouvant être la chose jugée par un organe juridictionnel. Interprète authentique de sa propre compétence, le Conseil constitutionnel s'est employé à préciser, à partir des termes de l'actuel alinéa 3 de l'article 62 de la Constitution, « que l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même »¹¹⁴¹. Pour certains auteurs, « on retrouve là des formules classiques s'appliquant aux décisions juridictionnelles »¹¹⁴². Le Conseil sera amené à expliciter et affirmer la nature d'« autorité de chose jugée »¹¹⁴³ « qui doit être attachée à ses décisions juridictionnelles »¹¹⁴⁴. Sur cette dernière qualification, le juge constitutionnel semble d'ailleurs en avoir donné lui-même la délimitation du champ où elle pourrait s'appliquer.

Ainsi, il avait été « consulté le 14 septembre 1961 par le président de l'Assemblée nationale sur le point de savoir si la motion de censure déposée au cours de la séance tenue le 12 septembre 1961 par cette Assemblée réunie de plein droit en vertu de l'article 16, alinéa 4, de la Constitution, peut être regardée comme recevable ». Cette demande fut rejetée pour incompétence¹¹⁴⁵. La décision est motivée principalement par un argument formel autour de la « stricte » délimitation, dans la Constitution, de « la compétence du Conseil constitutionnel ». Plaçant son raisonnement sur la demande du président de l'Assemblée nationale sous le joug du critère de la compétence d'attribution, le juge constitutionnel considère en l'espèce qu'il « ne saurait être appelé à statuer ou, à émettre un avis que dans les cas et suivant les modalités qu'elle a fixés ».

¹¹⁴⁰ M. WALINE, « Préface de la première édition », in *GDCC*, 15^{ème} éd., Dalloz, 2009, p. XI.

¹¹⁴¹ CC, n° 62-18 L, 16/01/1982, *Rec.* 31, cons. 1 ; n° 89-258 DC, 08/07/1989, *Rec.* 48, cons. 12.

¹¹⁴² L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, op. cit., n° 8, p. 110.

¹¹⁴³ CC, n° 88-244 DC, 20/07/1988, *Rec.* 119, cons. 18.

¹¹⁴⁴ cf. T. DI MANNO, « Les quotas par sexe dans les jurys de concours et l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2003, p. 820 et s. (source : base *Dalloz.fr*).

¹¹⁴⁵ CC, 14/09/1961, *Demande d'avis*, *Rec.* 55.

A la lumière du considérant précédemment cité, les professeurs Favoreu et Philip ont pu relever « que comme il définit lui-même ses pouvoirs, d'une manière générale, comme étant des pouvoirs de "statuer ou d'émettre des avis", on peut considérer qu'ont autorité de chose jugée tous les actes du Conseil qui n'ont pas le caractère d'avis »¹¹⁴⁶. En d'autres termes, les décisions juridictionnelles à laquelle est attachée l'autorité de la chose jugée tirée des termes de l'article 62 de la Constitution sont celles où la juridiction constitutionnelle est amenée à « statuer » sur une question de droit ; par exemple, les décisions rendues dans le cadre de « l'examen des fins de non-recevoir »¹¹⁴⁷ (article 41 de la Constitution), de celles portant sur « l'examen des textes de forme législative »¹¹⁴⁸ (article 37, alinéa 2), celles intervenues lors du « contentieux de l'élection des députés et des sénateurs »¹¹⁴⁹ (article 59), et bien évidemment, des décisions de constitutionnalité¹¹⁵⁰.

C'est donc bien de l'autorité de la chose jugée dans des décisions de constitutionnalité des lois antérieures au soulèvement d'une question prioritaire de constitutionnalité dont il est question dans la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. D'ailleurs, celle-ci n'évoque qu'« une décision du Conseil constitutionnel », sans préciser si ladite décision a été rendue au titre de l'article 61 ou de l'article 61-1. Il semble alors intéressant de relever que cette condition de recevabilité du moyen considéré « pose le postulat de l'identité de la fonction du contrôle *a priori* institué par l'article 61 et du contrôle *a posteriori* garanti par l'article 61-1 »¹¹⁵¹ pour le professeur Michel Verpeaux.

« Sur la transmission » ou « sur le renvoi » de la question de constitutionnalité *a posteriori*, cette « identité » a trait à une déclaration de conformité à la Constitution d'une « disposition [législative] contestée », « à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction », « dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ». Pour M. Verpeaux, « le "et" est important car le Conseil doit s'être prononcée expressément sur la disposition législative litigieuse »¹¹⁵². Mais il faut tout de même bien s'entendre sur ce

¹¹⁴⁶ cf. *GDCC*, op. cit., n° 8, p. 114.

¹¹⁴⁷ CC, n° 62-18 L, préc. (implicite, cons. 2 : référence à « une décision en date du 8 septembre 1961 » ; cf. CC, n° 61-3 FNR, 08/09/1961, *Rec.* 48).

¹¹⁴⁸ CC, n° 2005-202 L, 17/11/2005, *Rec.* 151, cons. 2 (implicite).

¹¹⁴⁹ CC, n° 87-1026, 23/10/1987, *Rec.* 55, cons. 2.

¹¹⁵⁰ Sur une loi ordinaire : CC, n° 88-244 DC, préc. ; sur une loi organique : CC, n° 96-373 DC, 09/04/1996, *Rec.* 43, cons. 4 et 5 (comp. : n° 84-177 DC, 30/08/1984, *Rec.* 66 ; n° 94-340 DC, 14/06/1994, *Rec.* 86 ; n° 94-349 DC, 20/12/1994, *Rec.* 132 ; n° 95-364 DC, 08/02/1995, *Rec.* 202) ; sur un engagement international : CC, n° 2007-560 DC, 20/12/2007, *Rec.* 459, cons. 10.

¹¹⁵¹ M. VERPEAUX, « La question préjudicielle de constitutionnalité et le projet de loi organique », *AJDA*, 2009, p. 1474 et s. (source : base *Dalloz.fr*).

¹¹⁵² M. VERPEAUX, op. cit.

qu'est, ou en tout cas sur ce que peut être, une disposition législative qui « a () déjà été déclarée conforme à la Constitution ».

En effet, dans la chose « déjà » interprétée par le juge constitutionnel quant à « l'étendue de l'autorité de la chose jugée constitutionnelle » dans ses décisions, il pourrait se dégager la solution de principe qui considère que « l'autorité de chose jugée attachée à la décision du Conseil constitutionnel (...) est limitée à la déclaration [de conformité] visant certaines dispositions de la loi qui lui étaient soumises ; qu'elle ne peut être invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue, d'ailleurs, en termes différents »¹¹⁵³, sans oublier, en tempérament au premier principe, que la juridiction constitutionnelle a pu être amenée à concevoir de façon « matérielle »¹¹⁵⁴ l'autorité de ses décisions.

Dès lors, dans le raisonnement sur l'appréciation de la condition posée au 2° de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, le juge de droit commun devrait prendre en compte que « si l'autorité attachée à une décision du Conseil constitutionnel déclarant [constitutionnelles] des dispositions d'une loi ne peut en principe être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue en termes distincts, il n'en va pas ainsi lorsque les dispositions de cette loi, bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives [déjà déclarées conformes à la Constitution] »¹¹⁵⁵. De la sorte, « l'objet sur lequel porte l'autorité de la chose jugée n'est plus la disposition légale comprise en tant qu'elle s'insère dans une loi déferée au Conseil : l'autorité porte désormais sur la disposition envisagée uniquement par son contenu »¹¹⁵⁶.

D'une façon générale, dans le cadre du moyen en inconstitutionnalité d'une loi dans le champ de l'article 61-1 de la Constitution, la condition de recevabilité liée à la chose jugée par le Conseil constitutionnel doit pouvoir s'entendre en ce qu'« il n'y a pas lieu de procéder à un examen de la constitutionnalité des dispositions de la loi [contestée] soumise à l'examen [de transmissibilité et de renvoi au Conseil constitutionnel par les juridictions de droit commun] ayant une rédaction ou un contenu identique à ceux des dispositions déclarées conformes à la Constitution »¹¹⁵⁷ dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel. S'il faut faire le lien entre le « dispositif » et les « motifs qui en sont le

¹¹⁵³ A partir de : CC, n° 88-244 DC, préc., cons. 2.

¹¹⁵⁴ Voir : T. S. RENOUX, « Autorité de chose jugée ou autorité de la Constitution ? A propos de l'effet des décisions du Conseil constitutionnel », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 852.

¹¹⁵⁵ A partir de : CC, n° 89-258 DC, préc., cons. 13.

¹¹⁵⁶ Sur cette question, voir les développements dans : N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997.

¹¹⁵⁷ A partir de : CC, n° 96-373 DC, préc., cons. 5.

soutien nécessaire et en constituent le fondement même », pour mesurer la portée et l'étendue de la chose jugée, il semble intéressant d'aller au-delà des éléments composant cette « distinction » mais s'attacher plutôt à la différence, dans une décision donnée, « entre ce qui a été explicité et ce qui ne l'a pas été »¹¹⁵⁸ ; et ce, d'autant plus que le juge constitutionnel s'attache à « affirmer, à l'intérieur même des motifs, la solution juridique finale reprise ensuite en des termes identiques dans le dispositif » et dans ce même dispositif, « renvoyer aux motifs »¹¹⁵⁹. Par exemple, il est notable que le Conseil constitutionnel renvoie dans le dispositif de ses décisions aux considérants désignés par leur numéro et dans lesquels sont formulés d'éventuelles réserves d'interprétation¹¹⁶⁰. Dans une décision assortie de conformité sous réserves, le « dispositif ne prononce la conformité à la Constitution de ladite disposition de loi que parce que les motifs contiennent et intègrent la norme qu'en a dégagée le Conseil constitutionnel à la lumière des exigences constitutionnelles. Aussi bien et pour cela, la réserve d'interprétation ne peut-elle jamais être comprise comme une incise ou un *obiter dictum*. Elle est, en vérité, l'archétype même du motif "soutien du dispositif" »¹¹⁶¹.

Dans l'optique de l'irrecevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité devant le filtre juridictionnel, l'autorité de la chose déjà jugée par le Conseil constitutionnel ne souffre que d'un seul tempérament lié au « changement des circonstances ». « En réservant le cas du "changement des circonstances", [la loi organique] conduit à ce qu'une disposition législative déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel soit de nouveau soumise à son examen lorsqu'un tel réexamen est justifié par les changements intervenus, depuis la précédente décision, dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances, de droit ou de fait, qui affectent la portée de la disposition législative critiquée »¹¹⁶².

Surtout, en inscrivant dans la loi organique le critère du « changement des circonstances », les autorités législatives ont conforté « la transposition d'une technique contentieuse du droit administratif »¹¹⁶³ dans le contentieux constitutionnel des lois. En contentieux de la légalité, la « jurisprudence mettant en œuvre la théorie du changement des circonstances dans les actes unilatéraux » a été initiée par une solution permettant à « tout

¹¹⁵⁸ J.-M. BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, thèse (dact.), Paris II, 1993, pp. 388-389.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 387.

¹¹⁶⁰ Numérotation systématique depuis : CC, n° 2001-454 DC, 17/01/2002, *Rec.* 70.

¹¹⁶¹ T. DI MANNO, *op. cit.*

¹¹⁶² CC, n° 2009-595 DC, 03/12/2009, *Rec.* 206, cons. 13.

¹¹⁶³ cf., A. ROBLOT-TROIZIER, « Le changement des circonstances de droit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La transposition d'une technique contentieuse du droit administratif », *RFDA*, n° 4, 2006, p. 788.

intéressé, dans le cas où les circonstances qui ont pu motiver légalement un règlement (...) ont disparu, de saisir à toute époque [l'autorité administrative] d'une demande tendant à la modification ou à la suppression de ce règlement et de se pourvoir, le cas échéant, devant [la juridiction administrative] contre le refus ou le silence »¹¹⁶⁴ de ladite autorité. Ce droit attaché à l'intérêt à agir devant la juridiction administrative est devenue, dans sa formulation, une obligation pesant sur les autorités administratives dans leur activité normative. Ainsi, le législateur a consacré le principe selon lequel « l'autorité administrative est tenue, d'office ou à la demande d'une personne intéressée, d'abroger expressément tout règlement illégal ou sans objet, que cette situation existe depuis la publication du règlement ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date »¹¹⁶⁵.

Dans le sens qu'en a donné le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2009-595 DC portant sur la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, il semble qu'il faille distinguer dans un premier temps, dans la notion de « changement de circonstances », entre « les changements intervenus (...) dans les normes de constitutionnalité applicables » et les « circonstances de droit qui affectent la portée de la disposition législative » proprement dites. La signification de cette distinction paraît difficile à appréhender de prime abord si, dans une perspective d'influence du contentieux administratif sur le contentieux constitutionnel, il faut considérer que « le changement des circonstances de droit résulte par définition d'une modification des normes de référence du contrôle de constitutionnalité »¹¹⁶⁶. Dans la jurisprudence administrative en effet, l'hypothèse du changement dans les circonstances de droit, soit l'établissement et la reconnaissance d'une « situation juridique nouvelle »¹¹⁶⁷, s'avère intrinsèquement liée aux « exigences inhérentes à la hiérarchie des normes ». Le Conseil d'Etat considère que « lorsque, sans pour autant rendre par elle-même inapplicables des dispositions réglementaires incompatibles avec elle, une loi crée une situation juridique nouvelle, il appartient au pouvoir réglementaire, afin d'assurer la

¹¹⁶⁴ CE Sect., 10/01/1930, *Despujol*, Rec. 30.

¹¹⁶⁵ Article 16-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (cf. art. 1^{er} de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit) ; comp. CE Ass., 03/02/1989, *Compagnie Alitalia*, Rec. 44.

¹¹⁶⁶ A. ROBLOT-TROIZIER, op. cit., p. 789. Voir : CC, n° 99-410 DC, 15/03/1999, Rec. 51, cons. 1 à 4 ; n° 2004-490 DC, 12/02/2004, Rec. 41, cons. 9 : « en raison du *changement des circonstances de droit* résultant de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, d'où sont issues les dispositions précitées, il y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de procéder à l'examen de l'ensemble des dispositions de la loi organique, alors même que certaines d'entre elles ont une rédaction ou un contenu analogue aux *dispositions antérieurement déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 84-177 DC du 30 août 1984* relative à la loi du 6 septembre 1984 susvisée portant statut du territoire de Polynésie française et sa décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996 relative à la loi organique du 12 avril 1996 susvisée portant statut d'autonomie de la Polynésie française ».

¹¹⁶⁷ Voir les termes mêmes de l'arrêt *Despujol* précité.

pleine application de la loi, de tirer toutes les conséquences de cette situation nouvelle en apportant, dans un délai raisonnable, les modifications à la réglementation applicable qui sont rendues nécessaires par les exigences inhérentes à la hiérarchie des normes et, en particulier, aux principes généraux du droit¹¹⁶⁸, mais également aux normes internationales¹¹⁶⁹ et communautaires¹¹⁷⁰, et encore plus aux normes constitutionnelles¹¹⁷¹. De ce point de vue, dans le contentieux de la constitutionnalité des lois *a posteriori*, strictement séparé de la sphère de la conventionnalité, le changement des circonstances de droit lié aux « exigences inhérentes à la hiérarchie des normes » ne semble pouvoir s'apprécier que dans « les changements intervenus (...) dans les normes de constitutionnalité applicables » et pour ce qui est particulièrement de la question prioritaire de constitutionnalité, qui portent sur « des droits et libertés ».

Il apparaît par suite que l'hypothèse des « changements intervenus dans les circonstances de droit qui affectent la portée de la disposition législative critiquée » porte non pas sur la norme applicable mais bien sur la disposition contrôlée elle-même. Nous avons vu que la chose déjà jugée par le Conseil constitutionnel, et au sens de la loi organique du 10 décembre 2009, « déjà () déclarée conforme dans les motifs et le dispositif d'une décision » de constitutionnalité ; que celle-ci doit être envisagée de façon matérielle, attachée au contenu de la norme plutôt que sur la disposition entendue comme *l'article de telle loi*. Dans l'exception à la chose jugée attachée aux « changements des circonstances » affectant la « portée » de la loi contestée, le raisonnement paraît plutôt se déplacer sur un plan formel, de sorte qu'il serait intéressant de considérer le problème, dans le champ de ce critère, selon une logique déjà développée par le juge constitutionnel à propos des contours de sa propre compétence au sein du contrôle de constitutionnalité *a priori* et selon laquelle « la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée [et entrant normalement dans le champ du 2° de l'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958] peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine »¹¹⁷² ; c'est-à-dire que la chose déjà jugée par le Conseil constitutionnel ne joue pas dans le cadre de la recevabilité d'une question prioritaire de constitutionnalité s'il s'avère que l'examen des termes de la disposition formellement promulguée porte en réalité sur les termes de dispositions législatives qui ont modifié,

¹¹⁶⁸ CE Ass., 28/06/2002, *Villemain*, Rec. 229.

¹¹⁶⁹ CE Sect., 02/06/1999, *Meyet*, Rec. 160.

¹¹⁷⁰ CE Ass., 03/02/1989, *Compagnie Alitalia*, préc. ; CE Sect., 03/12/1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*, Rec. 379.

¹¹⁷¹ CE Ass., 22/01/1982, *Butin et Ah won*, Rec. 27, 33.

¹¹⁷² cf. CC, n° 85-187 DC, 25/01/1985, Rec. 43, cons. 10.

complété voire affecté le domaine de *cette* disposition formellement contestée lors de la procédure prévue pour l'application de l'article 61-1 de la Constitution, ce qui va alors nécessairement conférer un caractère nouveau à la question de constitutionnalité. Comme le relevait le professeur Roblot-Troizier, « l'intérêt du changement des circonstances de droit pour le contentieux constitutionnel est alors considérablement élargi : un tel changement n'autorise pas seulement le juge à contrôler la constitutionnalité d'une loi qui reprend le contenu ou la rédaction de loi ancienne sur le fondement de normes de référence nouvelles, il permet au juge plus largement de contrôler, par voie d'exception, la constitutionnalité d'une loi en vigueur qui est modifiée, complétée ou dont le domaine est affecté »¹¹⁷³. Sur un plan systémique, il s'agit d'être en mesure de pouvoir faire « sanctionner *a posteriori* une inconstitutionnalité nouvelle [en tenant compte] des évolutions du droit ».

En dernier lieu, à l'image du « contentieux de la légalité des actes administratifs unilatéraux »¹¹⁷⁴, « le cas du "changement des circonstances"... conduit à ce qu'une disposition législative déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel soit de nouveau soumise à son examen lorsqu'un tel réexamen est justifié par les changements intervenus [dans les circonstances « de fait »] »¹¹⁷⁵, à savoir ce qui a pu motiver constitutionnellement la « disposition législative critiquée » pour reprendre de façon lointaine les termes de la jurisprudence *Despujol* du Conseil d'Etat. Il convient de relever que ce dernier raisonne « dans les matières où l'administration dispose de pouvoirs étendus pour adapter son action à l'évolution des circonstances de fait »¹¹⁷⁶ et que la condition ne vaut que dans le « cas où le changement de circonstances a revêtu, pour des causes indépendantes de la volonté des intéressés, le caractère d'un bouleversement tel qu'il ne pouvait entrer dans les prévisions de l'auteur de la mesure et qu'il a eu pour effet de retirer à celle-ci son fondement juridique ».

Depuis l'entrée en vigueur des dispositions de la loi organique du 10 décembre 2009 sur la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de faire une spectaculaire application du critère du « changement des circonstances », dans une matière où le législateur dispose de « pouvoirs étendus pour adapter son action à l'évolution des circonstances de fait » puisqu'il s'agit de la procédure pénale, en référence à l'article 34

¹¹⁷³ A. ROBLLOT-TROIZIER, op. cit., p. 799.

¹¹⁷⁴ Voir : Y. PETIT, « Les circonstances nouvelles dans le contentieux de la légalité des actes administratifs unilatéraux », *RDP*, 1993, p. 1291.

¹¹⁷⁵ CC, n° 2009-595 DC, 03/12/2009, préc., cons. 13.

¹¹⁷⁶ CE, 26/04/1985, *Entreprises maritimes Léon Vincent*, *Rec.* 126 ; en « matière économique » (CE Ass., 10/01/1964, *Ministre de l'agriculture c/ Simonnet*, *Rec.* 19 ; en « matière fiscale » (CE, 30/01/1987, *Gestin*, *Rec.* 22).

de la Constitution. Sur renvoi de la Cour de cassation, le juge constitutionnel a accepté d'accueillir l'examen du moyen en inconstitutionnalité du régime de droit commun de la garde à vue, figurant aux « articles 63, 63 1, 63-4 et 77 du code de procédure pénale ». Ces dispositions sont frappées d'autorité de la chose jugée, dans les conditions prévues au 2° de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, par le biais d'une déclaration de conformité « à la Constitution [de] modifications apportées à ces articles » par une réforme du code de procédure pénale soumise à l'examen du Conseil dans une décision n° 93-326 DC du 11 août 1993. La motivation de la décision QPC du 30 juillet 2010 ne fournit pas de conditions générales d'acceptation ou de rejet du critère circonstanciel. Le juge semble s'en tenir à une méthode empirique, en lien avec un faisceau d'indices qui paraît dépendre dans son développement d'un indice majeur de durée par rapport au point de « comparaison » constitué par la décision antérieure du Conseil constitutionnel. Ainsi, « depuis 1993, certaines modifications des règles de la procédure pénale ainsi que des changements dans les conditions de sa mise en œuvre ont conduit à un recours de plus en plus fréquent à la garde à vue et modifié l'équilibre des pouvoirs et des droits fixés par le code de procédure pénale »¹¹⁷⁷. Pour ce qui concerne le régime dérogatoire applicable en matière de criminalité organisée, la comparaison à « 2004 »¹¹⁷⁸ apparaît comme suffisant pour rendre inopérant le « changement des circonstances ». La solution de « non-lieu à statuer » s'est encore vérifiée pour un autre régime spécial de procédure pénale dit de « rétention de sûreté »¹¹⁷⁹, visant « la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 (...), ensemble la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 ».

Quelles que soient les conclusions dégagées du « réexamen », il ressort qu'au-delà de la réflexion sur la réception et la transposition de la technique dans le contentieux constitutionnel des lois, ce que pose le critère des « modifications des circonstances de droit et de fait » au système de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, c'est en fait la nature même du contentieux, plus précisément du rapport de conformité devant être établi entre la disposition contestée et les normes constitutionnelles visées dans le champ de la question prioritaire de constitutionnalité. Le juge constitutionnel est-il le juge de la loi, ou de l'application de la norme législative ?

¹¹⁷⁷ CC, n° 2010-14/22 QPC, 30/07/2010, préc., cons. 15.

¹¹⁷⁸ CC, n° 2004-492 DC, 02/03/2004, *Rec.* 66.

¹¹⁷⁹ CC, n° 2010-9 QPC, 02/07/2010, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, publ. *JO*, 03/07/2010, p. 12120.

§ 2 – Conclusions sur la question

Que ce soit à la lecture des dispositions constitutionnelles comme dans le texte organique, toute la logique du système de la question prioritaire de constitutionnalité repose sur une spécialisation des juges qui fait que l'office de justice constitutionnelle, sur une disposition législative, incombe *in fine* au juge constitutionnel. L'article 61-1 inséré dans le texte dit de la « Constitution » institue bien une possibilité de saisine du Conseil constitutionnel, certes « sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation » après une éventuelle « transmission » d'une juridiction *a quo* relevant de l'un des deux ordres juridictionnels, mais il n'en reste pas moins que la faculté de résoudre le problème de droit constitutionnel substantiel, nécessairement posé par la « question » soutenant « qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit », revient à la juridiction constitutionnelle.

En d'autres termes, la part de raisonnement de juge constitutionnel que sur le plan fonctionnel sont amenées à exercer les juridictions de droit commun (juges du fond et juges suprêmes) s'arrête à la *jurisdictio* constitutionnelle, cette faculté à un moment donné d'un processus institutionnel ou d'une procédure juridictionnelle de « dire » le droit constitutionnel avec les effets juridiques attachés à une chose jugée.

Sur « le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution », l'opération juridique qui sous-tend au raisonnement du juge constitutionnel consiste en la vérification d'un certain rapport de conformité entre deux normes (A), tenant justement aux « exigences inhérentes à la hiérarchie des normes » au « fondement de la constitutionnalité »¹¹⁸⁰ devant régir ce rapport de « validité » entre la loi et le « paramètre »¹¹⁸¹ constitutionnel retenu dans le système contentieux issu de l'application de l'article 61-1 de la Constitution ; et surtout, d'une éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité *a posteriori* (B) inédite dans notre ordre constitutionnel jusqu'à son insertion en conséquence nécessaire de l'extension de la compétence de la juridiction constitutionnelle.

¹¹⁸⁰ cf. J. PINI, *Recherches sur le contentieux de constitutionnalité*, thèse (dact.), Aix – Marseille III, 1997, p. 319.

¹¹⁸¹ *Ibid.*, p. 320.

A) L'établissement du rapport de constitutionnalité

Pour le professeur Guillaume Drago, il « se révèle ici toute l'ambiguïté de cette procédure qui, de la défense d'un droit subjectif devant le juge du fond, devient un contentieux objectif devant le Conseil constitutionnel, dans la contestation d'une loi au regard de la Constitution »¹¹⁸². De la sorte, le Conseil constitutionnel est censé exercer, *a priori* comme *a posteriori*, la fonction de juge constitutionnel de la loi et non pas celle d'un juge de l'application de la loi. Il faut rappeler ainsi que lors de « l'instance », le moyen en inconstitutionnalité défini par l'article 61-1 de la Constitution « est, à peine *d'irrecevabilité*, présenté dans un écrit distinct et motivé »¹¹⁸³ comme il ne l'est que « dans un écrit accompagnant la déclaration d'appel » si le soulèvement de la question a lieu « en cas d'appel d'un arrêt rendu par la cour d'assises en premier ressort ». De même, si l'émergence du contentieux de constitutionnalité a lieu, « y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation », l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 énonce également que « le moyen est présenté, à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire distinct et motivé ».

Le « renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel » consiste en ce que « la décision motivée du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation de saisir le [juge] constitutionnel lui est transmise avec les mémoires ou les conclusions des parties »¹¹⁸⁴, ce qu'il est possible de lire comme la confirmation et la consolidation du principe selon lequel le juge constitutionnel n'est saisi que de la « question » constitutionnelle distincte et motivée portant sur une disposition législative qui n'est pas forcément intrinsèquement liée à la solution du litige ou de l'instance si l'on se rappelle la formulation du 1° de l'article 23-2 de l'ordonnance évoquée.

Soulevé « à l'occasion d'une instance », le problème de la constitutionnalité *a posteriori* en application de l'article 61-1 de notre loi fondamentale reste dans le cadre d'un office juridictionnel conçu comme objectif et comme devant abstraire le caractère concret de l'instance au cours de laquelle ledit problème se pose. A ce stade, « l'occasion est alors donnée de se pencher plus attentivement sur une distinction fameuse de la justice constitutionnelle et du contrôle de constitutionnalité, celle opérée entre contrôle abstrait et contrôle concret », et plus particulièrement en « rapport » avec « d'autres dimensions du

¹¹⁸² G. DRAGO, « La défense de la Constitution à regret. Principes et modalités de la question préjudicielle de constitutionnalité selon l'article 61-1 de la Constitution et le projet de loi organique », op. cit., p. 71.

¹¹⁸³ Article 23-1 nouveau de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹¹⁸⁴ Article 23-7 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée.

contrôle, comme la distinction entre contentieux objectif et contentieux subjectif, ou encore entre contrôle *a priori* et *a posteriori* »¹¹⁸⁵.

Il paraît alors assez clair qu'au sein de notre ordre constitutionnel, le contrôle de constitutionnalité des lois *a priori* est un contrôle abstrait et objectif. La corrélation entre le caractère concret et la dimension subjective du contrôle *a posteriori* semble beaucoup moins évidente. Et c'est là que surgit toute la complexité et l'ambiguïté de la « question prioritaire de constitutionnalité ». Jusqu'où peut aller son objectivation devant le juge constitutionnel, eu égard au « caractère des normes de référence et de la question posée au juge constitutionnel »¹¹⁸⁶ ?

Amorcé « à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction [où] il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit », le raisonnement du juge constitutionnel ne peut s'abstraire totalement de données factuelles, c'est-à-dire autres que les données normatives constituant normalement les seules prémisses du raisonnement de conformité d'une norme inférieure à une norme supérieure. En effet, comme « il s'agit d'une question posée à l'occasion d'une instance judiciaire ordinaire, elle se trouve mêlée à des considérations de fait et à une situation subjective qui imprime un caractère concret au contrôle. (...) Mais la question de constitutionnalité porte sur la norme applicable au litige, et se détache assez vite du fait pour devenir celle d'un rapport de norme à norme. Même si la question de constitutionnalité porte sur la défense de droits fondamentaux pouvant toucher des situations de fait, elle produit des effets généraux de nature normative concernant l'étendue de ces droits, qui transcendent les faits de l'espèce qui en ont été l'occasion ». Cependant, une certaine circularité entre le fait et le droit liée au moment du contrôle de constitutionnalité conçu comme abstrait « réapparaît lorsque le juge constitutionnel envisage les éventuels effets inconstitutionnels de la norme, dans son application. L'atteinte à certaines situations individuelles par une norme inconstitutionnelle, touchant à des droits fondamentaux subjectifs, peut amener le juge à prendre en considération des éléments de fait »¹¹⁸⁷.

Il semble y avoir deux niveaux d'éléments. Au-delà de la question de la présence du fait dans le raisonnement constitutionnel (1), surgit le problème de la nécessaire prise en compte de l'application du droit positif contrôlé (2) dans l'exercice de l'office normatif.

¹¹⁸⁵ J. PINI, *Recherches sur le contentieux de constitutionnalité*, op. cit., p. 324 et p. 326.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 329.

¹¹⁸⁷ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., pp. 41-42.

1. La question du fait dans le raisonnement du juge constitutionnel

Sur cette question, une étude systématique et comparatiste¹¹⁸⁸, entre la France et l'Italie, a été proposée il y a quelques années et il n'est pas l'objet des présents développements de revenir sur les catégories d'analyse proposées et l'approche retenue ; parce que le matériau doctrinal italien s'appuie sur l'expérience consolidée du contrôle « incident » et, en outre, le matériau jurisprudentiel relevant du contrôle *a posteriori* en France apparaît à ce jour insuffisant pour être en mesure de pouvoir discuter, critiquer voire remettre en cause la lecture « italienne » du contrôle de constitutionnalité en France sur le problème de « la relation fait/norme au sein du raisonnement du juge »¹¹⁸⁹ constitutionnel supposé et conçu systématiquement comme normatif et objectif.

De façon empirique, il convient d'observer dans un certain nombre de décisions récentes, rendues dans les conditions du contrôle *a priori*, une tendance dans le sens d'un renforcement du « rapport du juge constitutionnel aux faits »¹¹⁹⁰. En premier lieu, ceci pourrait s'expliquer par la confirmation de l'évolution des méthodes juridictionnelles dans l'établissement de la conformité « d'une loi votée et en instance de promulgation »¹¹⁹¹ à la Constitution. En effet, nous avons vu que le juge constitutionnel raisonne par le biais de la figure de la conciliation et emploie des techniques correspondant à un contrôle de proportionnalité qui lui permettent, *de fait*, dans son raisonnement de prendre « en considération les faits qui peuvent être à l'arrière-plan de la loi adoptée »¹¹⁹², que ce soit par exemple « la précarité de la situation des jeunes sur le marché du travail, et notamment des jeunes les moins qualifiés »¹¹⁹³ dans la mise en place d'un contrat de travail ciblé, « le recours répété à des grèves de courte durée »¹¹⁹⁴ qui pourrait justifier des modalités spécifiques d'exercice du droit de grève « dans les entreprises chargées d'une mission de service public de transport terrestre régulier de personnes à vocation non touristique » ou bien encore les

¹¹⁸⁸ Voir : J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Economica – PUAM, 2001.

¹¹⁸⁹ J.-J. PARDINI, *op. cit.*, p. 34.

¹¹⁹⁰ cf. J.-M. BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, *op. cit.*, p. 236.

¹¹⁹¹ cf. CC, n° 86-218 DC, 18/11/1986, *Rec.* 167, cons. 11 dans lequel il rappelait alors que « pour l'examen de situations de fait, le Conseil constitutionnel, saisi d'une loi votée et en instance de promulgation, se prononce dans des conditions différentes de celles dans lesquelles la juridiction administrative est appelée à statuer sur la légalité d'un acte administratif ».

¹¹⁹² J.-M. BLANQUER, *op. cit.*, p. 237.

¹¹⁹³ CC, n° 2006-535 DC, 30/03/2006, *Rec.* 50, cons. 17.

¹¹⁹⁴ CC, n° 2007-556 DC, 17/08/2007, *Rec.* 319, cons. 14.

« destructions répétées de cultures d'organismes génétiquement modifiés autorisés »¹¹⁹⁵ qui appelleraient une réponse pénale adaptée.

En second lieu, la place du factuel dans l'office du juge constitutionnel pourrait tenir justement d'éléments factuels tenant au déroulement de l'instruction des saisines dans la pratique au sein du Conseil constitutionnel. En effet, sans trahir le secret inhérent au travail dans l'institution, il est désormais de notoriété publique que « pour les textes les plus importants ou les plus techniques, le juge constitutionnel français procède () à l'audition d'experts », correspondant « à des personnalités qualifiées au regard de leurs fonctions actuelles et/ou passées dont l'expertise est requise par le Conseil constitutionnel de façon ponctuelle et informelle sur telle ou telle question de principe que peut poser une saisine »¹¹⁹⁶. Nous avons pu le mesurer nous-mêmes durant l'été 2008 à propos de la loi relative aux organismes génétiquement modifiés¹¹⁹⁷, de la loi relative aux contrats de partenariat¹¹⁹⁸ et plus encore lors de l'examen sur la loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail¹¹⁹⁹ à l'occasion duquel l'ensemble des organisations syndicales reconnues comme représentatives au moment de l'adoption du texte et les deux plus importantes organisations patronales ont pu exposer leur point de vue, sans questions prédéfinies, devant les membres du Conseil qui souhaitaient être présents. La place de la « société civile » et de l'expert dans le travail de la juridiction constitutionnelle statuant *a priori* semble constituer un élément illustratif d'une volonté d'extension de sa propre compétence¹²⁰⁰, sorte de concrétisation, dans une certaine mesure, de l'office conçu formellement comme abstrait.

Le juge constitutionnel paraît s'intéresser à ce que « le "fait" peut, effectivement, être une aide pour la détermination de la prémisse majeure du syllogisme du jugement, c'est-à-dire la norme constitutionnelle »¹²⁰¹. Il s'agit d'une question d'interprétation, plus précisément d'adaptation aux circonstances générales de fait, afin de concrétiser la signification d'une norme constitutionnelle issue de sources formelles parfois multi-séculaires. Cela sous-tend

¹¹⁹⁵ CC, n° 2008-564 DC, 19/06/2008, *Rec.* 313, cons. 36.

¹¹⁹⁶ D. RIBES, « Les experts au Palais-Royal : la place de l'expertise dans le contrôle de constitutionnalité », *Droit de l'environnement*, n° 142, 2006, pp. 281-282.

¹¹⁹⁷ CC, n° 2008-564 DC, préc.

¹¹⁹⁸ CC, n° 2008-567 DC, 24/07/2008, *Rec.* 341.

¹¹⁹⁹ CC, n° 2008-568 DC, 07/08/2008, *Rec.* 352.

¹²⁰⁰ cf. *supra*, titre I, chap. 1 sur les réserves d'interprétation.

¹²⁰¹ J.-J. PARDINI, *op. cit.*, p. 192.

incidemment le problème du rapport du droit constitutionnel substantiel au temps et de la transcendance de certaines « valeurs (...) réellement fondatrices du régime politique »¹²⁰².

Ainsi, le juge constitutionnel a eu l'occasion de rappeler que la liberté d'expression et communication tirée de l'article 11 de la Déclaration des Droits et l'Homme et du Citoyen de 1789 apparaît comme « une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale »¹²⁰³. La reconnaissance de ce caractère fondamental relève presque de l'interprétation littérale de la disposition précitée qui proclame que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». Mais il ne s'agit plus de la simple (mais nécessaire) garantie de diffusion d'écrits politiques ou autres pamphlets lors de la période révolutionnaire. L'« expression » et/ou la « communication » ne s'apprécie bien évidemment plus à la même échelle. Sur la portée de cette liberté, appliquée aux médias actuels, il est désormais constant que le juge constitutionnel fonde son appréciation sur « l'état actuel des techniques et de leur maîtrise » comme il est amené à prendre en compte plus particulièrement « les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle »¹²⁰⁴, permettant par exemple la généralisation progressive de « la diffusion des programmes de télévision par voie hertzienne terrestre en mode numérique »¹²⁰⁵.

Surtout, très récemment, le juge constitutionnel a dû revoir les éléments qu'il entend comme étant les « composantes » censés former « l'ensemble des moyens de communication »¹²⁰⁶ qui constituent les supports matériels ou immatériels sur et dans lesquels s'exerce la liberté résultant de l'article 11 de la Déclaration de 1789. En la matière, le domaine de l'immatériel a été à la fois source de développements considérables en termes de liberté comme de nombreux débats au sein de la société sur la nécessité d'un encadrement. Il n'en reste pas moins sur le plan constitutionnel, que, dans la recherche de cet équilibre, « le Conseil a jugé que le droit de se connecter à internet relève de l'exercice de la liberté de

¹²⁰² cf. F. OST, « L'instituant ou l'institué ? L'institué ou l'instituant ? Le droit a-t-il pour vocation du durer ? », in F. OST, M. VAN HOECKE (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruylant, 1998, p. 13.

¹²⁰³ CC, n° 84-181 DC, 10-11/10/1984, *Rec.* 73, cons. 37 ; n° 94-345 DC, 29/07/1994, *Rec.* 106, cons. 5.

¹²⁰⁴ CC, n° 86-217 DC, 18/09/1986, *Rec.* 141, cons. 7.

¹²⁰⁵ CC, n° 2007-550 DC, 27/02/2007, *Rec.* 81, cons. 16.

¹²⁰⁶ CC, n° 86-217 DC, préc., cons. 35.

communication et d'expression »¹²⁰⁷. « Pour ce faire, le Conseil constitutionnel utilise la méthode d'annexion qu'il affectionne. Il décide que la liberté de communication et d'expression "implique" désormais la liberté d'accès à internet. Comme dans un jeu de poupées russes, cela signifie qu'elle l'intègre et l'enveloppe ou, mieux encore, qu'elle l'annexe »¹²⁰⁸. Le fait social semble être directement à l'origine de ce rattachement. Le juge constitutionnel « s'est fondé à la fois sur l'état des technologies, sur l'état du marché (la part respective des différents moyens de communication), sur la pratique sociale actuelle qui consacre une utilisation massive d'internet par le public et, enfin, sur le rôle occupé par ce nouveau moyen de communication dans la vie démocratique et le débat public »^{1209 1210}.

Cependant, il convient de relever que la nécessité de garanties au niveau constitutionnel s'explique par le fait législatif par lequel les autorités compétentes décident de mettre en place des « mécanismes d'avertissement et de sanction administrative des titulaires d'accès à internet » et dont le juge constitutionnel doit apprécier la constitutionnalité qui apparaît au moment où il statue comme une question inédite. Pour le professeur Jean-Jacques Pardini, « dans le cadre d'un tel contrôle, il paraît évident que la signification de l'acte législatif doit précéder sa qualification du point de vue constitutionnel » ; « c'est la manière dont la loi s'insère dans la réalité des faits qui est déterminante pour la constatation de sa constitutionnalité ou de son inconstitutionnalité. La signification de la norme-paramètre peut être éclairée par le "fait"; mais elle ne pourra l'être efficacement qu'une fois que la signification de la norme-objet a, elle-même, été déterminée »¹²¹¹.

Le juge constitutionnel s'intéresse surtout à un « rapport fait / loi »¹²¹². En d'autres termes, comme le relevait le professeur Jean-Michel Blanquer dans sa thèse, « le juge constitutionnel s'intéresse donc à la situation de fait créée par la loi pour examiner si cette situation est conforme aux exigences de la Constitution. Pour cela, il doit examiner, dans son travail d'interprétation, la signification pratique des dispositions »¹²¹³.

¹²⁰⁷ CC, « Commentaire aux cahiers », source : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2009/2009-580-dc/commentaire-aux-cahiers.45959.html>.

¹²⁰⁸ L. MARINO, « Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental », *D.*, 2009, p. 2045 (source : base *Dalloz.fr*).

¹²⁰⁹ CC, « Commentaire aux cahiers », op. cit.

¹²¹⁰ CC, n° 2009-580 DC, 10/06/2009, *Rec.* 107, cons. 12.

¹²¹¹ J.-J. PARDINI, op. cit., p. 35.

¹²¹² J.-J. PARDINI, *ibid.*, p. 36.

¹²¹³ J.-M. BLANQUER, op. cit., p. 238.

Ainsi, dans la décision n° 2008-568 DC sur la loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail évoquée ci-dessus, le Conseil a relevé d'office l'inconstitutionnalité de la disposition qui avait « pour effet de supprimer, au 1er janvier 2010, toutes les clauses des conventions [et accords collectifs antérieurs relatifs] aux heures supplémentaires afin que de nouvelles négociations soient engagées au niveau des entreprises ou, à défaut, des branches ». Le juge constitutionnel doit donc mesurer « l'atteinte ainsi portée aux conventions en cours »¹²¹⁴ à l'aune de ce qu'en matière de « participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail », « le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que (...) du huitième alinéa du Préambule de 1946 »¹²¹⁵. Dans cette constitution de la portée pratique de l'abrogation prévue par la loi des clauses collectives et/ou de branche sur les heures supplémentaires, le premier élément retenu dans la motivation est d'ordre purement factuel puisque que le juge note que « cette suppression touche plusieurs centaines de conventions ou accords collectifs applicables à plusieurs millions de salariés »¹²¹⁶.

Plus retentissante encore fut la déclaration de non-conformité à la Constitution des articles de la loi de finances pour 2010¹²¹⁷ mettant en place un mécanisme de fiscalité écologique « au profit du budget de l'Etat » dite « contribution carbone » affectant la consommation de « certains produits énergétiques mis en vente, utilisés ou destinés à être utilisés comme carburant ou combustible », essentiellement donc l'utilisation des énergies fossiles non renouvelables (pétrole, gaz naturel) reconnues comme responsables de la plupart des émissions de gaz à effet de serre dues aux activités humaines, à l'origine du réchauffement climatique. Dans le dispositif tel qu'il résulte de la disposition adoptée, il s'avère que l'objectif d'universalité initialement affiché par lequel « les entreprises, les ménages et les administrations [auraient été] incités à réduire leurs émissions » s'est incliné

¹²¹⁴ CC, n° 2008-568 DC, précitée. En effet, « la suppression des clauses relatives aux heures supplémentaires au sein des conventions existantes en modifierait l'équilibre et conférerait à ces accords antérieurs *d'autres effets que ceux que leurs signataires ont entendu leur attacher* » ; cf. cons. 18 à 20.

¹²¹⁵ comp. CC, n° 2002-465 DC, 13/01/2003, *Rec.* 43, cons. 4.

¹²¹⁶ CC, n° 2008-568 DC, cons. 19 ; le commentaire officiel de la décision précise ces données : « D'après les travaux parlementaires, près de 200 branches, couvrant près de 7 millions de salariés, ont en effet signé des accords sur le contingent annuel d'heures supplémentaires avant la loi du 4 mai 2004. Elles n'étaient pas tenues de les modifier avant l'intervention de la loi déferée. En outre, sur le fondement de la loi du 4 mai 2004, des accords sur le contingent d'heures supplémentaires ont été conclus dans 60 branches couvrant 5 millions de personnes » (disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2008/2008-568-dc/commentaire-aux-cahiers.17242.html>).

¹²¹⁷ CC, n° 2009-599 DC, 29/12/2009, *Rec.* 218.

au profit de régimes d'exonérations classiques dans les politiques fiscales. Les saisines parlementaires invoquent donc le principe d'égalité à l'encontre de l'ensemble de cette « contribution carbone ». Dans sa décision n° 599 DC rendue le 29 décembre 2009, le juge constitutionnel fait droit à leurs conclusions. Pour ce faire, il rappelle la solution constante¹²¹⁸ consistant à considérer d'abord que le principe d'égalité, et sa déclinaison en matière de charges publiques, « ne fait pas obstacle à ce que soient établies des impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général, pourvu que les règles qu'il fixe à cet effet soient justifiées au regard desdits objectifs », en particulier des différences de traitement que pourraient justifier des situations objectives différentes, dérogeant à une vision purement égalitariste du principe d'égalité pour des raisons ou des motifs d'intérêt général. Dans le contrôle de « réductions de taux de contribution carbone » ou autres « tarifications spécifiques » voire d'« exemption totale de la contribution », la figure retenue, eu égard au pouvoir de détermination constitutionnellement reconnu au législateur en la matière, est celle de « l'adéquation » entre « l'intérêt général » invoqué et « l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique » qui semble être élevé au rang d'intérêt général de valeur constitutionnelle par la combinaison de « devoirs définis dans la Charte de l'environnement [ayant] valeur constitutionnelle »¹²¹⁹. Ainsi, par l'inconstitutionnalité finalement prononcée, il apparaît que « l'arrière-plan » factuel à la loi consistant en « la sauvegarde de la compétitivité de secteurs économiques exposés à la concurrence internationale » cède, en quelque sorte, à un autre « arrière-plan », à l'appui de « l'objectif » de valeur constitutionnelle, et s'exprimant en termes statistiques constatant que « 93 % des émissions de dioxyde de carbone d'origine industrielle, hors carburant, seront totalement exonérées de contribution carbone » et en globalité, « les activités assujetties à la contribution carbone représenteront moins de la moitié de la totalité des émissions de gaz à effet de serre », justifiant l'inadéquation du dispositif proposé dans la loi déferée au Conseil.

Si la décision a pu être mal accueillie, il n'en reste pas moins que ce type de raisonnement, appuyé par ce type de données, n'était pas inédit dans la jurisprudence constitutionnelle déjà confrontée à des mécanismes de fiscalité dite « incitative » en matière environnementale. Il est relevé par le professeur Didier Ribes que « l'impact nécessaire des faits sur la constitutionnalité des dispositions législatives non encore appliquées a clairement

¹²¹⁸ Depuis *nota.* CC, n° 78-101 DC, 17/01/1979, *Rec.* 23 ; n° 79-107 DC, 12/07/1979, *Rec.* 31, cons. 4.

¹²¹⁹ CC, n° 2008-564 DC, *préc.*, cons. 18 et 49.

été mis en évidence dans les différentes expertises réalisées sur ces questions »¹²²⁰. L'auteur fait mention, à propos de l'extension de « la taxe générale sur les activités polluantes instituée à l'article 266 *sexies* du code des douanes à l'électricité et aux produits énergétiques fossiles »¹²²¹, d'une « porte étroite » du professeur Guy Carcassonne ainsi que de « calculs poussés réalisés par les services du Conseil constitutionnel »¹²²² dans l'instruction de la saisine portant sur la deuxième loi de finances rectificative pour 2000. Dès lors, il n'est pas étonnant que le juge constitutionnel dans sa déclaration d'inconstitutionnalité, en considérant « que c'est en fonction de l'adéquation des dispositions critiquées à cet objectif d'intérêt général [de lutte contre l'"effet de serre"] qu'il convient de répondre aux griefs tirés de la rupture de l'égalité devant l'impôt » s'en réfère à une motivation s'appuyant sur « les modalités de calcul de la taxe arrêtées » par la disposition critiquée qui « pourraient conduire à ce qu'une entreprise soit taxée plus fortement qu'une entreprise analogue, alors même qu'elle aurait contribué de façon moindre au rejet de gaz carbonique dans l'atmosphère »¹²²³ et, concernant la soumission de l'électricité à la taxe, sur « la nature des sources de production de l'électricité en France » qui font que « la consommation d'électricité contribue très faiblement au rejet de gaz carbonique et permet, par substitution à celle des produits énergétiques fossiles, de lutter contre l'"effet de serre" »¹²²⁴.

Le Conseil constitutionnel avait aussi invalidé sur le terrain du principe d'égalité une taxe – « contribution » aux « coûts de collecte, de valorisation et d'élimination » des déchets liés aux « imprimés gratuits et non demandés distribués dans les boîtes aux lettres de façon non nominative »¹²²⁵. Là encore, la société civile a eu voix dans le raisonnement du juge constitutionnel. Le constat d'un trop « grand nombre » d'exemptions¹²²⁶ nécessaire à l'établissement de la rupture d'égalité devant les charges publiques semble avoir tiré profit

¹²²⁰ D. RIBES, « Les experts au Palais-Royal : la place de l'expertise dans le contrôle de constitutionnalité », *op. cit.*, p. 282.

¹²²¹ CC, n° 2000-441 DC, 28/12/2000, *Rec.* 201, cons. 32 à 38.

¹²²² cf. S. COTTIN, D. RIBES, « Fiscalité incitative et égalité devant l'impôt : l'écotaxe devant le Conseil constitutionnel », *RRJ*, n° 2, 2001, vol. 1, p. 659 et s.

¹²²³ CC, n° 2000-441 DC, *préc.*, cons. 36.

¹²²⁴ Même décision, cons. 37.

¹²²⁵ Il s'agit là d'un cas de contrôle à double détente. Quelques mois auparavant, le juge constitutionnel avait eu à connaître d'une taxe sur les « imprimés publicitaires non adressés » et les « journaux gratuits » déjà déclarée inconstitutionnelle ; cf. CC, n° 2002-464 DC, 27/12/2002, *Rec.* 583, cons. 55 à 57.

¹²²⁶ Portant sur « les mêmes imprimés lorsqu'ils font l'objet d'une distribution nominative » ; CC, n° 2003-488 DC, 29/12/2003, *Rec.* 480, cons. 11.

d'un « mémoire adressé conjointement par la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution et le Syndicat de la presse gratuite »¹²²⁷.

Il est clair qu'il ressort de ces décisions que, dans les « nouveaux objets du droit constitutionnel »¹²²⁸, la matière environnementale ne semble guère s'accommoder avec un raisonnement d'ordre purement objectif, sur le plan normatif, dans l'appréciation de la conformité de la loi avec la norme constitutionnelle correspondante. A partir des termes de la Charte de l'environnement, celle-ci impose en effet une logique finaliste de « développement durable » au raisonnement du juge constitutionnel, s'exprimant dans le registre de la « protection » (de l'environnement) ou de la « lutte » (contre le réchauffement climatique). Dès lors s'impose une mesure de l'impact du dispositif législatif technique sur la réalité *visée*, présente ou future, c'est-à-dire que la loi souhaite appréhender dans une logique correctrice ou réparatrice ou promouvoir en invoquant des motifs plus incitatifs. Intrinsèquement, certaines normes de valeur constitutionnelle référentielles du domaine environnemental apparaissent comme des normes de concrétisation du principe de constitutionnalité. Ceci ne peut être que renforcé dans le cadre du contentieux *a posteriori*, né « à l'occasion d'une instance », au stade de l'application de la loi.

2. La question prioritaire de constitutionnalité ou le renforcement de l'application d'un droit réaliste

Ces rappels au cadre de l'instance peuvent paraître fastidieux et répétitifs mais ils s'avèrent néanmoins nécessaires à l'approche fonctionnelle sur le raisonnement du juge et les données par lesquelles son office se réalise. La question sous-jacente est toujours la même : à quoi se réfère-t-il pour déterminer « qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution » ?

Un débat d'ordre théorique, relatif aux conceptions sur le droit et l'expérience juridique, a rebondi sur une scène inattendue. Le 1^{er} septembre 2010, la Commission des lois de l'Assemblée nationale a rendu publique, « ouvertes à la presse » dans le jargon parlementaire, une série d'auditions « des principaux acteurs ou observateurs de la réforme » organisées « aux fins d'évaluer la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution ». Le président Jean-Luc Warsmann justifie

¹²²⁷ D. RIBES, « Les experts au Palais-Royal : la place de l'expertise dans le contrôle de constitutionnalité », op. cit., p. 283, réf. V. MASSIEU, « Les amis du Conseil constitutionnel », in D. MAUS, A. ROUX (dir.), *Trente ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica – PUAM, 2006, p. 192.

¹²²⁸ cf. H. ROUSSILLON, X. BIOY, S. MOUTON (dir.), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2006.

cette démarche sur le constat selon lequel « l'application de la loi organique relative à la question prioritaire de constitutionnalité a donné lieu à des débats, et même quelques remous, dont la presse s'est fait l'écho (...) en particulier sur les divergences d'interprétation des juridictions suprêmes »¹²²⁹ quant à « l'usage » des conditions de renvoi du moyen au Conseil constitutionnel telle qu'elles sont prévues aux articles 23-4 et 23-5 nouveaux de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

Sur cet usage comparé entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation « des différents critères de filtre », une partie des intervenants a mis en avant une difficulté résultant « de la jurisprudence de la Cour de cassation relative au refus de reconnaître le caractère sérieux d'une question prioritaire de constitutionnalité ». Ce non lieu à renvoyer tient en ce que la question « tend, en réalité, non à contester la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais *l'interprétation* qu'en a donnée la Cour de cassation ». L'une des espèces mettait en cause l'article 353 du Code de procédure pénale sur le « caractère spécifique de la motivation des arrêts des cours d'assises statuant sur l'action publique »¹²³⁰, eu égard à la « seule question qui renferme toute la mesure [des] devoirs » du jugement en assises portant sur l'« intime conviction », exclusive « des moyens par lesquels [les juges] se sont convaincus ». D'autre part, pour les mêmes motifs, la formation *ad hoc* réunie au sein de la Chambre criminelle a refusé de renvoyer au juge constitutionnel la question en inconstitutionnalité soutenant que « la présomption de mauvaise foi en matière de diffamation *qui résulte* de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 est contraire à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui garantit la liberté d'expression et à l'article 9 de la déclaration de 1789 suivant lequel tout homme est présumé innocent », selon « l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation au regard du caractère spécifique de la diffamation »¹²³¹.

Au contraire, le Conseil d'Etat a pris le pas d'une position inverse. Dans la motivation au soutien du dispositif faisant qu'« il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité », le juge administratif suprême rend indissociable le caractère nouveau et le caractère sérieux du moyen exigés par la disposition organique pour établir que, par exemple, « au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité¹²³² de la loi, tel qu'interprété à plusieurs reprises par le Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 92 J du code général des impôts et leur combinaison avec celles de

¹²²⁹ AN, XIIIe législature, Commission des lois, *CR*, n° 81, 01/09/2010, p. 2.

¹²³⁰ Cass. crim. (spéc.), 19/05/2010 (09-87.307), n° 12020, inédit au *Bulletin* (source : www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/questions_prioritaires_constitutionnalite_3396/12020_19_16289.html).

¹²³¹ Cass. crim. (spéc.), 31/05/2010 (09-87.578), n° 12029, publié au *Bulletin*.

¹²³² Lequel a d'ailleurs été reconnu par le Conseil constitutionnel comme ne pouvant, en lui-même, être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (CC, n° 2010-4/17 QPC, 22/07/2010, préc., cons. 9).

l'article 163 du même code, qui *ont été interprétées par la décision du Conseil d'Etat statuant au contentieux du 14 novembre 2003 (n° 224285)*, ne présentent aucune difficulté particulière d'interprétation, qui, eu égard notamment à leur ambiguïté et à leur caractère contradictoire ou incompréhensible, serait source d'insécurité juridique »¹²³³.

En statuant de la sorte, la Haute juridiction administrative paraît confirmer l'idée rappelée par les membres de la doctrine, invités à évaluer devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale les « dispositions adoptées par le législateur organique » en application de l'article 61-1 de la Constitution, amenant à penser que la « distinction entre les dispositions de la loi et la loi telle qu'interprétée par la jurisprudence paraît dépourvue de tout fondement en général, et au regard du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité en particulier. En général, parce que depuis plus d'un siècle, la théorie de l'interprétation a montré qu'un énoncé juridique n'a de sens qu'au terme d'une opération d'interprétation. Distinguer la loi interprétée et la loi nue n'a à strictement parler aucun sens »¹²³⁴.

Le Procureur général près la Cour de cassation rétorque en développant la position définitivement retenue par l'Assemblée plénière de la Haute instance, que dans le soulèvement du « moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution », « la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que la disposition législative *n'est critiquée qu'en ce qu'elle laisse la place à interprétation, laquelle relève de l'office du juge* »¹²³⁵ ; c'est-à-dire qu'il « n'est pas question de nier qu'un texte ne vait que par l'interprétation qui en est donnée. Mais lorsque la question prioritaire de constitutionnalité tend très clairement, non pas à l'abrogation d'un texte législatif mais à la modification de la jurisprudence telle qu'elle interprète et applique ce texte, la question doit rester dans le champ de la compétence exclusive de la Cour de cassation et ne relève pas du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Cette position s'accorde avec la nature propre du contrôle du Conseil constitutionnel : un contrôle abstrait, détaché du litige, qui ne peut aboutir qu'à une abrogation de la disposition déclarée inconstitutionnelle »¹²³⁶.

Ce long développement mérite citation tant il paraît lourd en présupposés, de caractère *peu réaliste*, et l'emploi de ce terme n'est évidemment pas neutre. S'il est admis qu'un « texte ne vait que par l'interprétation qui en est donnée », comment est-il possible dans la structure

¹²³³ CE, 25/06/2010, n° 326363, publié au *Lebon* ; voir aussi : CE, 16/07/2010, n° 334665, publié au *Lebon*.

¹²³⁴ D. SIMON, cf. AN, XIIIe législature, Commission des lois, CR, n° 82, 01/09/2010, p. 3 ; aussi : G. CARCASSONNE, CR, n° 81, op. cit., p. 25.

¹²³⁵ Cass. Ass. plén., 31/05/2010 (09-70.716), n° 12025, publié au *Bulletin*.

¹²³⁶ J.-L. NADAL, CR, n° 82, op. cit., p. 31.

contentieuse par laquelle la « question » issue de l'application de l'article 61-1 de la Constitution peut être posée de déplacer un « curseur » permettant de distinguer entre la « disposition légale » et la « jurisprudence » ?

Le débat se ramène donc à une interrogation de type méta-juridique : comment même savoir ce que la loi serait supposée simplement disposer à l'aune de l'atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution ? Dans la lignée de la doctrine italienne du « droit vivant », comme le souligne le secrétaire général du Conseil constitutionnel, « à propos de l'article 365 du code civil (...), le problème de constitutionnalité qui est posé quant à l'adoption d'enfants par des couples homosexuels ne peut se comprendre qu'à la lumière de la jurisprudence de la Cour de cassation »¹²³⁷. C'est ce qui ressort nécessairement de l'analyse des termes employés dans les motifs de l'arrêt de renvoi¹²³⁸. La Cour considère que « les questions posées présentent un caractère sérieux au regard des exigences du principe constitutionnel d'égalité en ce que l'article 365 du code civil institue une distinction entre les enfants au regard de l'autorité parentale, selon qu'ils sont adoptés par le conjoint ou le concubin de leur parent biologique », alors qu'en s'en tenant à la disposition en cause issue de l'organisation par ledit code des effets de l'adoption simple, « l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale, concurremment avec son conjoint, lequel conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice commun de cette autorité ». L'emploi de l'indicatif sur l'institution de la distinction entre les enfants au regard de l'autorité parentale semble donner un indice sur le niveau d'établissement de celle-ci. L'édifice repose sur la réserve du statut de « conjoint » au sein du couple marié. Or, il s'avère qu'en l'état actuel des dispositions du code civil, les couples homosexuels ne peuvent prétendre au mariage¹²³⁹. Il a déjà été soutenu devant la Première chambre civile, sur le terrain de la conventionnalité, « qu'il résulte des arrêts rendus par la Cour de cassation les 20 février 2007 et 13 mars 2007 qu'une des deux personnes de même sexe unies par un pacte civil de solidarité n'a d'autre choix, si elle entend adopter simplement l'enfant de son partenaire, que de détruire son foyer et son pacte cependant que son partenaire doit renoncer à élever son propre enfant, dès lors que l'article 365 du code civil, tel qu'interprété par la Cour suprême, s'oppose à ladite adoption

¹²³⁷ M. GUILLAUME, *CR*, n° 82, op. cit., p. 39.

¹²³⁸ Cass. Ass. plén., 08/07/2010 (10-10.385), n° 12143, publié au *Bulletin*.

¹²³⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 13/03/2007, n° 05-16627, *Bull.* 2007, I, n° 113.

si la famille demeure unie en ce qu'il dépouille le parent naturel de l'autorité parentale au profit du seul parent adoptif sans qu'une délégation partielle de cette autorité au parent naturel soit possible, ce qui est jugé contraire à l'intérêt de l'enfant, et que, de la seule exception au transfert obligé de l'autorité parentale que le texte susmentionné admet, en faveur des conjoints, sont nécessairement exclues les personnes de même sexe, le mariage étant, selon la loi française, l'union d'une femme et d'un homme ». La Haute Cour judiciaire a rejeté le pourvoi et fait droit au rejet de la requête en adoption simple présentée par un couple homosexuel uni par un pacte civil solidarité en « ayant relevé, d'une part, que la mère de l'enfant perdrait son autorité parentale en cas d'adoption de son enfant alors qu'elle présente toute aptitude à exercer cette autorité et ne manifeste aucun rejet à son égard, d'autre part, que l'article 365 du code civil ne prévoit le partage de l'autorité parentale que dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint, et qu'en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage »¹²⁴⁰.

Comme son secrétaire général l'a indiqué, le Conseil constitutionnel a été saisi de cet état sur la garantie du principe d'égalité¹²⁴¹, et il a bien été mesuré que le problème constitutionnel « soulève des questions qui portent autant sur le texte de l'article lui-même que sur l'interprétation qui en a été donnée jusqu'à présent. Le Conseil constitutionnel, quant à lui, se prononcera et sa décision s'imposera à tous »¹²⁴², sous-entendu qu'il se réserve lui aussi le droit à l'interprétation. Lors des auditions du 1^{er} septembre 2010 à l'Assemblée nationale, le professeur Guy Carcassonne rappelle aux députés étonnés¹²⁴³ de la réalité de l'interprétation dans l'office du juge que « dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, les fameuses "réserves d'interprétation" existent (...), précisément parce que l'interprétation est consubstantielle au texte et qu'une interprétation peut le tirer vers l'inconstitutionnalité. Par définition, les interprétations données par la Cour de cassation, ou par le Conseil d'Etat, sont des interprétations autorisées. Or une loi qui autorise une interprétation inconstitutionnelle est elle-même inconstitutionnelle ; il va de soi que le juge constitutionnel

¹²⁴⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 19/12/2007, n° 06-21369, *Bull.* 2007, I, n° 392.

¹²⁴¹ Dont il a été confirmé, dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, qu'il constitue bien l'une des structures fondamentales du droit constitutionnel républicain ; cf. CC, n° 2010-1 QPC, 28/05/2010, *Consorts L.*, publ. *JO*, 29/05/2010, p. 9728, cons. 8 (à propos de la « cristallisation » des pensions militaires d'invalidité et les retraites du combattant servies aux ressortissants des pays ou territoires ayant appartenu à l'Union française ou à la Communauté ou ayant été placés sous le protectorat ou sous la tutelle de la France).

¹²⁴² M. GUILLAUME, *CR*, n° 82, op. cit., p. 41.

¹²⁴³ Comme en témoigne la question du député HOUILLON, réputé pourtant bon juriste, à M. GUILLAUME : « Ai-je bien compris votre propos, monsieur le secrétaire général, si je dis que, pour vous, le contrôle du Conseil constitutionnel s'exerce également sur l'interprétation de la loi ? » ; la réponse se passe de longs commentaires : « Je ne m'attendais pas à une telle question : le Conseil constitutionnel interprète la loi depuis 1958 ! ».

doit trancher »¹²⁴⁴. Dans le système de l'article 61-1, ce dernier dispose même d'une réserve de compétence « pour statuer sur une telle question et, le cas échéant, déclarer une disposition législative contraire à la Constitution »¹²⁴⁵.

Le juge constitutionnel ne conçoit pas son office d'établissement d'un rapport de conformité entre deux normes en dehors de cette capacité interprétative¹²⁴⁶. En application du régime de la question prioritaire de constitutionnalité, l'organe juridictionnel prononce des décisions de conformité sous réserve. Dans une première espèce, sur les dispositions relatives à la procédure de recrutement des enseignants-chercheurs sous le joug du principe dit « d'autonomie » des universités en la matière fixé par la loi n° 2007-1199 du 10 août 2007, l'idée d'un « pouvoir de veto » du président de l'établissement « s'oppose à ce que [celui-ci] fonde son appréciation sur des motifs étrangers à l'administration de l'université et, en particulier, sur la qualification scientifique des candidats retenus à l'issue de la procédure de sélection »¹²⁴⁷, en vertu de la garantie constitutionnelle accordée par le principe de « l'indépendance des enseignants-chercheurs ». La direction d'application adressée aux autorités administratives et juridictionnelles compétentes paraît prendre la voie d'un dialogue confirmatif avec les solutions jurisprudentielles qui avaient cours concernant l'ancien cadre de recrutement¹²⁴⁸.

Dans d'autres espèces, le juge constitutionnel semble expliquer le seuil de compétence de la garantie constitutionnelle et ce qui relève de l'interprétation strictement applicative de la loi et de la régulation des conflits juridiques devant les juridictions de droit commun. Ainsi, l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale prévoit, en cas d'accidents du travail, que

¹²⁴⁴ G. CARCASSONNE, *CR*, n° 81, op. cit., p. 25

¹²⁴⁵ CC, n° 2009-595 DC, 03/12/2009, préc., cons. 3. De ce point de vue, la position du Conseil d'Etat détaillée en amont peut s'avérer assez critiquable ; cf. CE, 19/05/2010, n° 331025, publié au *Lebon* : la juridiction administrative suprême décide de ne pas renvoyer « le moyen tiré de ce que l'article 728-1 du code de procédure pénale porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution ». Cette disposition « établit un cadre général organisant le traitement des valeurs pécuniaires dont peuvent disposer les détenus ». Le Conseil d'Etat considère que le « caractère purement conservatoire » de la mesure fait que l'article en cause « n'a pas par lui-même pour objet et ne saurait avoir pour effet d'imposer aux personnes prévenues un prélèvement définitif de leurs avoirs au profit des parties civiles et des créanciers d'aliments », ce qui enlève de fait le caractère sérieux de la question de constitutionnalité. Le problème vient de ce que ce considérant est titré comme « interprétation neutralisante de l'article litigieux » dans les abstracts communiqués de la décision dans les bases de données officielles. Il y avait donc bien un risque d'inconstitutionnalité, quand bien même « le Conseil constitutionnel a eu l'occasion à plusieurs reprises de faire application [du principe de la présomption d'innocence] à valeur constitutionnelle, y compris au regard des limitations pouvant être apportées aux droits des personnes placées en détention provisoire » (CC, n° 2002-461 DC, 29/08/2002, *Rec.* 204, cons. 66), sur lequel il appartenait au juge constitutionnel de se prononcer. La solution prend le risque de priver « d'effet utile » le critère tiré du caractère sérieux d'une question posée en application de l'article 61-1 de la Constitution quand la dimension de nouveauté ne peut visiblement jouer.

¹²⁴⁶ cf. *supra*, titre I, chap. 1, I, § 1.

¹²⁴⁷ CC, n° 2010-20/21 QPC, 06/08/2010, préc., cons. 16.

¹²⁴⁸ Voir encore : CE, 13/01/2010, n° 319245, inédit au *Lebon*.

« lorsque l'accident est dû à la faute inexcusable de l'employeur ou de ceux qu'il s'est substitués dans la direction, la victime ou ses ayants droit ont droit à une indemnisation complémentaire ». Cette indemnisation consiste en une « majoration du capital ou de la rente allouée en fonction » du montant de la réparation « du préjudice causé par les souffrances physiques et morales par elle endurées, de ses préjudices esthétiques et d'agrément ainsi que celle du préjudice résultant de la perte ou de la diminution de ses possibilités de promotion professionnelle », en vertu de l'article L. 452-3 du code précité. Le juge constitutionnel insiste « en outre (...) qu'en présence d'une faute inexcusable de l'employeur, les dispositions de ce texte ne sauraient toutefois, sans porter une atteinte disproportionnée au droit des victimes d'actes fautifs, faire obstacle à ce que ces mêmes personnes, devant les mêmes juridictions, puissent demander à l'employeur réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale »¹²⁴⁹. Comme le reconnaît le commentaire aux *Cahiers* de la décision QPC correspondante, « cette réserve prive donc l'énumération de la liste de son caractère limitatif ou exclusif » et s'impose en conséquence comme une interprétation *contra legem* à « l'évolution de la jurisprudence (..) de la Cour de cassation qui a assoupli la définition de la faute inexcusable en reconnaissant une obligation de sécurité à la charge de l'employeur »¹²⁵⁰. La garantie du principe, tiré de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, de ce que « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », implique de vider les litiges de responsabilité de l'employeur en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles devant le même juge, celui de la sécurité sociale, en dehors du champ pénal. En revanche, « le Conseil constitutionnel n'étant pas compétent pour connaître de l'instance à l'occasion de laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été posée, seuls l'écrit ou le mémoire "distinct et motivé" ainsi que les mémoires et conclusions propres à cette question prioritaire »¹²⁵¹ lui sont transmis. Pour en revenir à l'espèce évoquée, le champ « des dommages non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale » mais néanmoins réparables devant les juridictions de la sécurité sociale compétentes pour les accidents du travail, relève de l'appréciation souveraine des juridictions du fond sous l'autorité de la Cour de cassation « dans son rôle de juridiction unificatrice du droit »¹²⁵² au sein de l'ordre judiciaire.

¹²⁴⁹ CC, n° 2010-8 QPC, 18/06/2010, préc., cons. 18.

¹²⁵⁰ Source : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-8-qpc/commentaire-aux-cahiers.48473.html>.

¹²⁵¹ CC, n° 2009-595 DC, préc., cons. 27.

¹²⁵² J.-L. NADAL, *CR*, n° 82, op. cit., p. 31.

Les tenants de la doctrine du « droit vivant », de l'expérience des « caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie »¹²⁵³, nous rappellent combien « l'importance de cette thématique apparaît à l'évidence dans tous les problèmes liés à la validité des normes juridiques. Si le droit doit revenir à la réalité, s'il doit donc s'appliquer concrètement en restant conforme à la valeur que les principes assignent à la réalité, on ne peut se contenter de contrôler la validité d'une norme en ne prenant en considération que ce qu'elle dit. Il ne suffit pas de regarder le "droit dans les livres" : il faut regarder le "droit en action" ; il ne suffit pas d'une "validité logique" ; il faut une "validité pratique". Combien de fois le sens d'une norme n'est-elle pas une chose dans l'abstrait, mais une autre dans le concret ? Combien de fois les conditions réelles de mise en œuvre d'une norme n'en trahissent-elles pas le sens, retournant quelquefois du tout au tout l'intention du législateur »¹²⁵⁴ ?

« Mise en œuvre », c'est bien le référentiel retenu par le juge constitutionnel pour conclure sur le régime de la garde à vue de droit commun que des « ces évolutions ont contribué à banaliser le recours à la garde à vue, y compris pour des infractions mineures ; qu'elles ont renforcé l'importance de la phase d'enquête policière dans la constitution des éléments sur le fondement desquels une personne mise en cause est jugée ; que plus de 790 000 mesures de garde à vue ont été décidées en 2009 ; que ces modifications des circonstances de droit et de fait justifient un réexamen de la constitutionnalité des dispositions contestées »¹²⁵⁵, ayant affecté un équilibre procédural, mis en place par la structure du code de procédure pénale, entre « la recherche des auteurs d'infraction » et « l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ».

B) La déclaration d'inconstitutionnalité

En termes de stratégie d'acteurs, plus particulièrement de justiciables, il apparaît de façon assez claire, sans spéculations excessives, que le régime de la garde à vue peut être mis en cause au regard des exigences qui composent le corpus normatif autour du concept de « procès équitable » dans le champ d'application de la Convention européenne des droits de l'homme. Il est de jurisprudence constante que la Cour de Strasbourg réaffirme « que, quoique non absolu, le droit de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat, au

¹²⁵³ Du titre d'une contribution de G. ZAGREBELSKY, in CCC, n° 22, 2007, p. 153 et s.

¹²⁵⁴ G. ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur. Il diritto mite*, trad. M. LEROY, Economica – PUAM, 2000, p. 119.

¹²⁵⁵ CC, n° 2010-14/22 QPC, 30/07/2010, préc., cons. 18.

besoin commis d'office, figure parmi les éléments fondamentaux du procès équitable (*Poitrimol c. France*, 23 novembre 1993, § 34, série A n° 277-A, et *Demebukov c. Bulgarie*, n° 68020/01, § 50, 28 février 2008) » et qu'en tout état de cause, « il est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation »¹²⁵⁶.

Par « miroitement »¹²⁵⁷, l'un des motifs d'inconstitutionnalité retenue à l'encontre de la garde à vue dite « de droit commun » tient en ce que « les dispositions combinées des articles 62 et 63 du [code de procédure pénale] autorisent l'interrogatoire d'une personne gardée à vue ». Dans ce cadre, l'article 63-4 dudit code autorise à ce que « dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à s'entretenir avec un avocat. Si elle n'est pas en mesure d'en désigner un ou si l'avocat choisi ne peut être contacté, elle peut demander qu'il lui en soit commis un d'office par le bâtonnier ». La durée de cet entretien « ne peut excéder trente minutes » et le droit en vigueur permet seulement que l'avocat puisse présenter, « des observations écrites qui sont jointes à la procédure ». S'en tenant à ces modalités, l'article 63-4 ne permet pas à la personne ainsi interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance *effective* d'un avocat ». L'effectivité n'est donc pas synonyme d'une simple potentialité limitée, appliquée de surcroît de façon générale et indistincte selon les affaires concernées, à l'aune de la garantie « des droits de la défense » qui entre dans le champ invocable sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution et qui peut se décliner en un « droit de garder le silence »¹²⁵⁸.

L'équivalence des protections¹²⁵⁹, lorsqu'elle est en mesure d'être constatée, peut devenir une sorte de concurrence¹²⁶⁰ en ce qu'elle s'avère revêtir les traits d'un choix du point

¹²⁵⁶ CEDH Gr. Ch., 27/11/2008, *Salduz c. Turquie*, n° 36391/02, publié au *Recueil*, § 50 à 55.

¹²⁵⁷ cf. P. CASSIA, « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une "question" d'actualité », *op. cit.*, p. 883.

¹²⁵⁸ CC, n° 2010-14/22 QPC, 30/07/2010, *préc.*, cons. 28.

¹²⁵⁹ L'inconventionnalité du régime français de la garde à vue avec « la notion de procès équitable » au sens de l'article 6 de la CESDH est devenue une réalité suite à la condamnation de la France dans l'arrêt : CEDH, 14/10/2010, *Brusco c. France*, n° 1466/07, en ce que le Code de procédure pénale est insuffisant quant aux garanties des droits « de ne pas contribuer à sa propre incrimination » et « de garder le silence » (§ 44), d'autant moins effectifs que l'assistance d'un avocat pendant l'ensemble de la procédure n'est pas elle-même garantie.

¹²⁶⁰ Pleinement jouée par la Cour de cassation, voir : Cass., Ass. plén., 15/04/2011, *Mme X.*, n° 10-17.049, publié au *Bulletin* (quatre arrêts du même jour) qui rend *immédiatement applicable*, « pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales soit effectif et concret, (...) que la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et pendant ses interrogatoires » ; alors que, modulant les effets de sa décision (cf. *infra*) du 30 juillet 2010 (n° 2010-14/22 QPC), le juge constitutionnel avait laissé jusqu'au 1^{er} juillet 2011 (cons. 30) aux autorités législatives pour remédier aux griefs d'inconstitutionnalité relevé à l'encontre des articles 62, 63, 63-1, 63-4, alinéas 1^{er} à 6, et 77 du code de procédure pénale. La loi n° 2011-392

de vue du justiciable devant les juridictions de droit commun. Outre qu'en vertu des articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, « la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité » sur la transmission ou le renvoi de la question de constitutionnalité, « l'effet utile » du droit reconnu par le pouvoir de révision constitutionnelle doit s'imposer lui aussi de façon subjective au raisonnement contentieux.

Dès le stade de l'analyse de l'insertion de l'article 61-1 dans notre texte fondamental par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, il a été mis en exergue que « le principal avantage du renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité sur l'exception d'inconventionnalité résulte des effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité, qui dépassent le cas individuel de l'instance soumise au Conseil constitutionnel pour toucher tous ceux que la disposition législative inconstitutionnelle a ou aurait pu atteindre. La loi n'est pas seulement écartée dans le litige ; elle n'est normalement pas maintenue dans l'ordonnement juridique »¹²⁶¹. Et en effet, six mois après l'entrée en vigueur de la procédure mise en place par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, *l'utilité*, érigée au moins au rang d'effet juridique dans le raisonnement, se serait concrétisée par « la force expressive des décisions du Conseil constitutionnel », dont l'effectivité se vérifie dans « l'efficacité – par leur effet *erga omnes* – des décisions de non-conformité, lesquelles ont pour effet d'abroger (1) les dispositions non-conformes à la Constitution, le cas échéant avec un effet différé et des mesures transitoires »¹²⁶² (2).

du 14 avril 2011 relative à la garde à vue (*JO*, 15/04/2011, p. 6610) est censée entrer en vigueur « le premier jour du deuxième mois suivant sa publication au Journal officiel et au plus tard le 1er juillet 2011 » (article 26).

¹²⁶¹ P. CASSIA, *op. cit.*, p. 895.

¹²⁶² J.-M. SAUVE, in AN, XIIIe législature, Commission des lois, *CR*, n° 81, 01/09/2010, p. 19.

1. Un effet abrogatif

Sur ce point, les autorités législatives ont fait le choix de la « sécurité juridique »¹²⁶³, comme avait pu le souligner le Gouvernement dans l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République¹²⁶⁴, « préservant les situations acquises » de sorte que « la déstabilisation de l'ordre juridique demeure limitée et il est sage qu'il en soit ainsi »¹²⁶⁵.

Cette solution ne va pas totalement de soi. « Le droit comparé montre qu'il existe deux grands systèmes en matière d'effets des décisions rendues par les cours constitutionnelles dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et notamment du contrôle exercé sur question préjudicielle »¹²⁶⁶ et par ce choix épistémologique, certains comparatistes constatent que « dans la majorité des systèmes, la déclaration d'inconstitutionnalité entraîne la nullité de la norme contestée, et le jugement d'inconstitutionnalité est doté du caractère déclaratif et d'effets *ex nunc*. La nullité de la disposition ou des dispositions inconstitutionnelles a un caractère rétroactif à partir du moment où elles ont été approuvées »¹²⁶⁷.

De façon inavouée, l'argument de sécurité juridique peine à masquer la culture juridique française de la loi ; « et de fait la loi conserve en droit français un statut qui ne peut pas être résumé, ou entièrement expliqué, par son statut d'infériorité vis-à-vis de la constitution. La loi, qui n'est plus en France, la règle de droit la plus élevée, n'en reste pas moins le mode central d'édiction du droit »¹²⁶⁸. Il n'y a qu'à se rappeler toute la part de l'office du juge constitutionnel consistant, non pas à appliquer à la norme législative des principes constitutionnels effectifs en eux-mêmes, mais tendant plutôt à concilier une signification constitutionnelle d'un principe donné avec tout le domaine revenant à l'appréciation du législateur quant aux conditions d'exercice donnant un sens effectif audit principe. La compétence législative est fortement marquée, en particulier, dans la définition de la garantie des droits et libertés par le droit constitutionnel.

Dans l'esprit des autorités compétentes, il semble bien que l'annulation contentieuse de la loi s'avérerait tout simplement impensable, comme limite intellectuelle infranchissable à

¹²⁶³ cf. M. VERPEAUX, « Question préjudicielle et renouveau constitutionnel », op. cit., p. 1886.

¹²⁶⁴ AN, XIIIe législature, *Projet n° 820*, 23/04/2008.

¹²⁶⁵ G. DRAGO, « Exception d'inconstitutionnalité. Prolégomènes d'une pratique contentieuse », op. cit., p. 18.

¹²⁶⁶ P. BON, op. cit., p. 1123.

¹²⁶⁷ L. AGUIAR de LUQUE, « Le contrôle de constitutionnalité des normes dans le "modèle européen de justice constitutionnelle" », in *La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de D.-G. Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 21.

¹²⁶⁸ D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, 4^{ème} éd., PUF, 2009, p. 31.

l'instauration d'un procédé de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* d'une disposition législative ayant déjà pu produire des effets juridiques et établir des situations acquises. Plus encore, elle apparaît comme une structure dans laquelle s'est posé le débat juridico-politique sur l'évolution de la justice constitutionnelle en France au début des années 1990, au sens que dans les projets de révision constitutionnelle ayant échoué en 1990 et 1993 sur la mise en place « d'une question préjudicielle portant sur la constitutionnalité d'une loi »¹²⁶⁹, il n'a jamais été question que de l'abrogation concernant les effets d'une déclaration en inconstitutionnalité. Ce modèle serait devenu une sorte de référence aux éléments de langage sur la question.

L'article 62 de la Constitution, dans sa rédaction issue de la révision constitutionnelle de 2008, énonce qu'en principe, « une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée ». En d'autres termes, « la déclaration d'inconstitutionnalité a simplement des effets *ex nunc* : les effets passés de la norme inconstitutionnelle demeurent ; seuls ses effets futurs sont annihilés ; en d'autres termes, la déclaration d'inconstitutionnalité n'a que des effets *pro futuro* »¹²⁷⁰.

Il n'en reste pas moins que « l'abrogation "sèche" n'est pas sans poser des difficultés » selon le professeur Paul Cassia, en songeant par exemple aux « règles du procès administratif : la légalité d'un acte administratif devant être appréciée au jour où il a été édicté, la seule abrogation de la disposition législative inconstitutionnelle ne permet pas à la juridiction administrative qui n'a pas fait usage de la procédure préjudicielle de l'article 61-1 d'annuler l'acte pris sur le fondement d'une telle loi »¹²⁷¹. Cette préoccupation rejoint la question plus large des effets d'une loi déjà abrogée au moment de l'élévation d'un litige, en matière fiscale notamment. Ainsi, même si « les dispositions du 1^o du 7 de l'article 158 du code général des impôts étaient applicables du 1er janvier 2006 au 31 décembre 2008 », elle reste « applicable au litige » au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 dans la mesure où celui-ci « porte sur l'imposition des revenus de 2006 »¹²⁷². Le juge constitutionnel a posé le principe, sur le terrain d'ailleurs de « l'effet utile » de la garantie des droits et libertés de valeur constitutionnelle résultant de l'application de l'article 61-1 de la Constitution, que « la modification ou l'abrogation ultérieure de la disposition contestée ne

¹²⁶⁹ cf. *Rapport remis au Président de la République le 15 février 1993 par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution* (ou « Comité Vedel »), réf. *JO*, 16/02/1993, p. 2537, spéc. 2548.

¹²⁷⁰ P. BON, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », op. cit., p. 1123.

¹²⁷¹ P. CASSIA, op. cit., p. 896.

¹²⁷² CE, 31/05/2010, n° 338728, inédit au *Lebon*.

fait pas disparaître l'atteinte éventuelle à ces droits et libertés »¹²⁷³ ; dès lors, « elle ne saurait faire obstacle, par elle-même, à la transmission de la question au Conseil constitutionnel au motif de l'absence de caractère sérieux¹²⁷⁴ de cette dernière ».

Pour en revenir alors à l'hypothèse où serait envisagée une déclaration d'inconstitutionnalité par la recevabilité au fond d'une question prioritaire de constitutionnalité, le mécanisme pensé de l'abrogation pure apparaît relever d'un modèle seulement théorique. « Ce choix présente à l'évidence l'avantage d'expurger rapidement l'ordre juridique du texte contraire à la Constitution qu'il contient et, ainsi, de prolonger s'agissant des lois promulguées, le principal bénéfice des décisions prononcées par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle des lois non encore promulguées. Cependant, en termes de sécurité juridique et d'égalité devant la justice, des difficultés peuvent encore apparaître »¹²⁷⁵. En fait, la recherche de solution est censée répondre à deux problèmes distincts : « celui de l'existence de la norme et celui des effets qu'elle a pu produire », soit la « disposition législative » en tant que problème formel – l'acte – et problème matériel – la norme appliquée et concrétisée. « Dans l'intérêt de la clarté du droit, il fallait que le juge constitutionnel puisse faire sortir la disposition censurée de l'ordonnancement juridique. Dans l'intérêt de la garantie des droits, il fallait que les applications passées puissent être redressées, mais seulement dans la mesure où d'autres considérations, telles que la prévention d'une atteinte excessive à la sécurité juridique, n'imposaient pas de les maintenir. Ces questions se sont posées dans tous les pays qui admettent l'exception d'inconstitutionnalité »¹²⁷⁶, indistinctement selon que le système réponde au principe de l'annulation ou à celui de l'abrogation. Pour s'en tenir à la modalité qui intéresse notre propre système, « en Autriche, il a toujours été admis que, par exception au système de la simple abrogation, la décision de la Cour s'appliquait rétroactivement au litige qui est à l'origine de sa saisine »¹²⁷⁷. C'est de la « sagesse des juges », « pour *mettre en œuvre* le droit reconnu par l'article 61-1 de la Constitution à tout justiciable de voir examiner, à sa demande, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative méconnaît les droits et libertés que la Constitution

¹²⁷³ CC, n° 2010-16 QPC, 23/07/2010, *M. Philippe E.*, publ. *JO*, 24/07/2010, p. 13728, cons. 2.

¹²⁷⁴ A destination de : Cass. Ass. plén., 15/06/2010 (09-72.742), n° 12098, publié au *Bulletin*.

¹²⁷⁵ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Du déni de justice constitutionnelle en droit public français », op. cit., p. 289.

¹²⁷⁶ D. CHAUVAUX, « L'exception d'inconstitutionnalité, 1990-2009 : réflexions sur un retard », op. cit., pp. 577-578.

¹²⁷⁷ P. BON, op. cit., p. 1123. Cette solution est désormais inscrite au 7^{ème} § de l'article 140 de la loi constitutionnelle révisée du 1^{er} octobre 1920 ; voir aussi en complément sur l'Autriche : O. PFERSMANN, « Le contrôle concret en Autriche », in ILF-GERJC, *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ?*, op. cit., pp. 106-107 (« Depuis 1985 (VfSlg 10616), la Cour étend le bénéfice de l'annulation à tous les cas qui lui sont soumis avant le début de l'audience ou de la délibération »).

garantit »¹²⁷⁸, que « la rétroactivité, ou effet *ex tunc*, reste possible en dépit du silence des textes »¹²⁷⁹. L'inconstitutionnalité étend la signification d'un droit acquis, il s'agit, au moment de prononcer l'abrogation, « de préserver l'effet utile de la présente décision à la solution des instances actuellement en cours »¹²⁸⁰. Le constat comparatiste d'ordre général semble clair à ce propos : « il n'est pas étonnant que le tribunal dispose de possibilités de moduler dans les temps les effets de sa sentence »¹²⁸¹.

2. La modulation des effets de l'abrogation

Le deuxième alinéa en vigueur de l'article 62 de la Constitution doit se lire comme un système d'ensemble. « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». L'habilitation formelle est large¹²⁸² ; en réalité, la maîtrise des effets apparaît totale, ainsi que l'a confirmé le juge constitutionnel en rappelant que « les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir [de] fixer la date de l'abrogation »¹²⁸³, celle-ci naissant le cas échéant au moment de l'application au litige de la disposition contestée, justement parce que « la question prioritaire de constitutionnalité doit être regardée comme portant sur les dispositions applicables au litige à l'occasion duquel elle a été posée »¹²⁸⁴.

Les combinaisons justificatives sont multiples, en vue de la mise en œuvre de telle ou telle solution au sein de cette palette étendue. Ainsi, la disposition inconstitutionnelle est abrogée au jour de la publication de la décision du Conseil constitutionnel pour que, pleinement, les effets que la disposition a produits soient susceptibles d'être remis en cause. « L'exigence d'une condition de nationalité et de domiciliation posée [pour l'octroi de la carte du combattant aux membres des forces supplétives françaises qui ont servi pendant la guerre

¹²⁷⁸ CC, n° 2010-605 DC, 12/05/2010, publ. *JO*, 13/05/2010, p. 8897, cons. 11.

¹²⁷⁹ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, op. cit., p. 289.

¹²⁸⁰ CC, n° 2010-1 QPC, 28/05/2010, préc., cons. 12.

¹²⁸¹ L. AGUIAR de LUQUE, op. cit., p. 21.

¹²⁸² J.-H. STAHL, « La longue marche vers l'exception d'inconstitutionnalité », op. cit., p. 1000.

¹²⁸³ CC, n° 2010-110 QPC, 25/03/2011, *M. Jean-Pierre B.*, publ. *JO*, 26/03/2011, p. 5406, cons. 8.

¹²⁸⁴ Ce qui permet de prendre en compte la disposition modifiée ou abrogée au moment de l'examen du moyen tiré de l'application de l'article 61-1 de la Constitution ; cf. CC, n° 2010-16 QPC, préc. ; aussi : CC, n° 2010-25 QPC, 16/09/2010, *M. Jean-Victor C.*, publ. *JO*, 17/09/2010, p. 16847.

d'Algérie ou les combats en Tunisie et au Maroc] est contraire au principe d'égalité »¹²⁸⁵. Cette carte consistant en un « témoignage de la reconnaissance de la République française », le juge constitutionnel n'a aucun mal à prononcer un effet abrogatif simple.

A l'inverse, pour le problème d'égalité qui s'est posé à propos des « pensions militaires d'invalidité et les retraites du combattant servies aux ressortissants des pays ou territoires ayant appartenu à l'Union française ou à la Communauté ou ayant été placés sous le protectorat ou sous la tutelle de la France », l'application du principe en question s'avère plus complexe en ce que « le législateur peut [fonder] une différence de traitement sur le lieu de résidence en tenant compte des différences de pouvoir d'achat, il ne [peut] établir, au regard de l'objet de la loi, de différence selon la nationalité entre titulaires d'une pension civile ou militaire de retraite payée sur le budget de l'État ou d'établissements publics de l'État et résidant dans un même pays étranger »¹²⁸⁶. Le morcellement de la mise en place des dispositions existantes – certes inégalitaires – fait que le rétablissement de la situation des uns peut affecter la situation des autres, du fait que ce qui constitue le régime de pensions susvisé s'apparente à l'extension progressive des mesures applicables aux ressortissants algériens qui avaient bénéficié d'un statut particulier – même inégalitaire – eu égard à la qualité de combattant pour l'armée française lorsque leur pays était en état de colonie ou de protectorat. L'objet du rétablissement de la garantie constitutionnelle « vise (...) l'égalité entre les prestations versées aux anciens combattants qu'ils soient français ou étrangers », dans la limite de la situation de résidence. Or, parce que sur un plan procédural, le Conseil constitutionnel ne peut se prononcer que sur les dispositions figurant dans la question renvoyée par les juridictions suprêmes, « l'abrogation de l'article 26 de la loi du 3 août 1981, de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 et de l'article 100 de la loi du 21 décembre 2006 a pour effet de replacer l'ensemble des titulaires étrangers, autres qu'algériens, de pensions militaires ou de retraite dans la situation d'inégalité à raison de leur nationalité résultant des dispositions antérieures à l'entrée en vigueur de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 », c'est-à-dire celles de « l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959 a pour objet de cristalliser les pensions, rentes ou allocations viagères servies aux ressortissants des pays ou territoires ayant appartenu à l'Union française ou à la Communauté ou ayant été placés sous le protectorat ou sous la tutelle de la France » mais qui n'était pas applicable au litige¹²⁸⁷ duquel a été excipée la question de constitutionnalité, du fait de la nationalité algérienne des requérants. La « force

¹²⁸⁵ CC, n° 2010-18 QPC, 23/07/2010, publ. *JO*, 24/07/2010, p. 13729, cons. 4.

¹²⁸⁶ CC, n° 2010-1 QPC, 28/05/2010, préc., cons. 9.

¹²⁸⁷ CE, 14/04/2010, n° 336753, publié au *Lebon*.

expressive » de la décision de constitutionnalité, à l'effet abrogatif, l'affecte indéniablement ; cependant, le juge s'en tient à l'élément objectif de la compétence du législateur, seul compétent pour « remédier à l'inconstitutionnalité constatée ».

Au fond, situé *a posteriori* dans une classification en fonction du moment de la saisine, l'office de validité constitutionnelle tiré de la « question » se rapportant à la garantie des droits et libertés confirme l'effectivité de trois éléments de contraintes du système de production normative sur son raisonnement, alors que ceux-ci ne pouvaient être appréhendés que comme impliqués dans l'exercice du contrôle *a priori*. Il y a d'abord la *contrainte de l'usager*. L'inconstitutionnalité de la cristallisation des pensions pour les ressortissants des pays « ayant appartenu à l'Union française ou à la Communauté ou ayant été placés sous le protectorat ou sous la tutelle de la France » doit profiter « à la solution des instances actuellement en cours » au moment du prononcé de l'abrogation. Ou bien encore, sur la composition des tribunaux maritimes commerciaux, « l'abrogation de l'article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande est applicable à toutes les infractions non jugées définitivement au jour de la publication de la présente décision »¹²⁸⁸. Le juge constitutionnel a fixé le « principe » selon lequel « une déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à la partie qui a présenté la question prioritaire de constitutionnalité »¹²⁸⁹.

En second lieu, le juge prend en compte la *contrainte du destinataire*. Le raisonnement est constant, en ce que « le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications des règles de procédure pénale qui doivent être choisies pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée » du régime de droit commun de la garde à vue. La modulation ne détermine pas le remède, mais sert les conditions dans lesquelles « il appartient » que celui-ci soit apporté.

Enfin, le juge respecte la *contrainte de l'ordre juridique*. « Au sommet » de celui-ci, il ne saurait être toléré de vides ou d'absences de solutions juridiques. C'est le sens de l'imposition de mesures transitoires, afin par exemple que la possibilité de jugement des affaires disciplinaires et pénales de la marine marchande soit maintenue en dépit de la censure prononcée au regard des « garanties appropriées permettant de satisfaire au principe d'indépendance » de l'exercice des fonctions juridictionnelles, en prolongement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 sur la séparation des pouvoirs. Jusqu'à une intervention législative, « les tribunaux maritimes commerciaux siégeront dans la composition

¹²⁸⁸ CC, n° 2010-10 QPC, 02/07/2010, publ. *JO*, 03/07/2010, p. 12120, cons. 5.

¹²⁸⁹ CC, n° 2010-14/22 QPC, 30/07/2010, préc., cons. 30.

des juridictions pénales de droit commun » qui bénéficient d'une présomption d'indépendance eu égard aux garanties fonctionnelles des magistrats du siège. En outre, le risque du vide juridique s'impose comme le sens même de la potentialité, issue de l'article 61-1 de la Constitution, de report des effets d'une décision d'inconstitutionnalité à « une date ultérieure fixée par cette décision ». A un déséquilibre constaté peut succéder un autre déséquilibre. C'est ce qu'a reconnu le Conseil constitutionnel en matière de garde à vue. Si « la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ne peut plus être regardée comme équilibrée », il ressort que « l'abrogation immédiate des dispositions contestées méconnaîtrait les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et entraînerait des conséquences manifestement excessives ». Le seuil d'excès, maîtrisé par le juge, resserre l'exigence de modulation.

Le principe de constitutionnalité consisterait donc en un instrument si puissant que l'effet juridique qui peut en être tiré aurait des conséquences le cas échéant mesurées comme « excessives ». L'excès proviendrait non seulement de l'ampleur desdits effets juridiques, mais aussi et surtout de la source qui en est la cause, soit une décision juridictionnelle de concrétisation normative par l'établissement d'un rapport de conformité. Nous prenons alors le raisonnement à l'envers de ce que nous avons essayé de le comprendre jusqu'ici. Le régime de la « modulation » semble être au carrefour de la contrainte *sur* l'exercice et d'une contrainte *dans* l'exercice par le juge d'une compétence décisionnelle qui comporte un risque d'excès, justement parce qu'elle se situe au plus haut degré normatif et qu'elle est exercée par un juge. Le raisonnement doit répondre à la contrainte posée par le problème de perception fonctionnelle suivant : quelle norme pour quelle décision ?

DEUXIEME PARTIE :

LE CADRE DECISIONNEL DU RAISONNEMENT DU JUGE CONSTITUTIONNEL

La spécificité du raisonnement du juge constitutionnel tient à la spécificité de la norme qu'il applique et dont il tire la source de sa propre compétence, soit la « norme de référence applicable » – la norme constitutionnelle – dans l'exercice de l'office lié au contrôle de la constitutionnalité des lois qui identifie, au sein du système constitutionnel français tout du moins, la spécificité de sa fonction de juge constitutionnel. En se donnant pour objet de vérifier l'hypothèse de la possibilité d'un discours dans le champ de la science du droit sur cette spécificité de raisonnement, cette recherche souhaite nécessairement tendre à la compréhension de la fonction qui s'y attache, dans le système où la pensée la plus commune la rattache.

Plus précisément, quand on s'intéresse au raisonnement tenu par les juges, l'approche relève bien souvent de considérations méthodologiques tentant de reconstruire la spécificité de la logique d'application des normes juridiques, mettant en exergue la spécificité d'un langage juridique. L'idée générale qui sous-tend à ces efforts de constructions théoriques est de s'intéresser au pouvoir d'un office particulier : celui de juge. Et le pouvoir du juge est un enjeu, une question, un problème majeur posé à la science du droit. Cette question a resurgi avec une grande vigueur lors de l'émergence des juridictions constitutionnelles dans les ordres juridiques concernés. Et il apparaît bien évident que certaines théories existantes peuvent s'appliquer ou être transposées au problème du juge constitutionnel mais il convient de poser la question suivante : à quoi aboutit ce mouvement intellectuel ? Essentiellement, à fonder, voire légitimer un pouvoir de juge ; ce qui n'était pas une mince affaire tant le débat a fait rage, notamment en France, autour de la compétence de cette juridiction constitutionnelle. Si fondamentales que soient ces contributions, qu'il nous soit permis de ne pas nous en contenter.

Le débat contemporain n'est plus seulement là. Il est lié à l'imaginaire collectif répandu selon lequel l'achèvement de l'Etat de droit démocratique s'est fait par l'institution de la justice constitutionnelle. Nous vivons sous le régime de la « démocratie constitutionnelle », non seulement parce que les garanties inscrites dans le texte

constitutionnel trouvent à s'appliquer en droit par l'existence d'une sphère contentieuse supérieure, mais parce qu'également le pouvoir politique, c'est-à-dire dans le champ du droit le pouvoir normatif le plus élevé, se trouve véritablement encadré par les compétences définies dans un corpus, relativement effectif sur le plan juridique, de règles constitutionnelles.

Il y aurait bien là l'ébauche de la spécificité du raisonnement du juge constitutionnel, dans l'exercice de son office en droit positif, mais également dans la construction du discours sur la spécificité de l'objet au sein d'une construction d'ordre théorique plus générale sur l'Etat de droit démocratique. Comme le suggère alors le professeur Michel Troper, il appartiendrait à la science juridique « d'indiquer quelle est la conception de la démocratie qui est compatible avec l'existence d'un Conseil constitutionnel et qui, par conséquent, doit être considérée comme présumée par le système politique français actuel. Ce qui est présumé, c'est que le juge constitutionnel contribue à l'expression de la volonté générale et que cette contribution est justifiée par la manière dont il l'exerce »¹.

En d'autres termes, l'approche fonctionnelle semble correspondre à un discours devant considérer non seulement la compétence, mais devant porter également sur les actes liés à la fonction. De ce point de vue, il est envisagé un niveau de contraintes décisionnelles, internes à la « nature »² de la fonction de « juge » à laquelle est attachée, en cas de saisine, l'obligation de rendre une décision de type juridictionnel. En effet, la source constitutionnelle formelle, dans son article 62, détermine l'autorité des « décisions du Conseil constitutionnel ». Dans la définition du fonctionnement du Conseil constitutionnel par l'ordonnance portant loi organique du 7 novembre 1958, il est bien prévu un rendu de décision lors d'une réunion des membres du Conseil. Dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité des lois, cette décision se matérialise par la prévision d'une publication³ *erga omnes* au *Journal officiel de la République française* que ce soit lors d'un contrôle *a priori* ou à l'occasion d'un renvoi par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité. Pour cette dernière procédure, la modification de l'ordonnance par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 prévoit en outre que ladite « décision » soit « notifiée aux parties et communiquée soit au Conseil d'Etat, soit à la Cour de cassation ainsi que, le cas échéant, à la juridiction devant laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été soulevée », mais

¹ M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 339.

² M. TROPER, *ibid.*, p. 343.

³ cf. articles 20 et 23-11, al. 3 de l'ordonnance n° 58-1067 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

également « au Président de la République, au Premier ministre et aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ».

Ainsi, « les juges constitutionnels [statuent] le plus souvent au terme d'un raisonnement juridique et subissent les contraintes liées à ce raisonnement »⁴. Quand bien même serait-il possible de reconnaître une spécificité matérielle au raisonnement constitutionnel parce que celui-ci porterait sur un contenu politique inhérent à la nature de la norme constitutionnelle – majeure du raisonnement (titre I), le raisonnement lié à l'exercice de la fonction de juge constitutionnel se développe dans le cadre d'une décision juridictionnelle, nécessairement motivée (titre II), c'est-à-dire devant rendre compte d'un office reconnu comme juridictionnel.

Titre I – Caractère constitutionnel de la décision : une décision au contenu politique

Evoquer la notion de « politique » dans un discours de théorie du droit est une entreprise périlleuse. Ceci marque la volonté d'insérer le discours dans un débat d'ordre académique et scientifique sur la présence du politique au sein de la théorie du droit, que ce soit par exemple pour distinguer des éléments politiques du reste des concepts et constructions intellectuelles nécessaires à la formation du corpus théorique ; mais également pour développer et maîtriser l'idée de la dimension politique de la théorie du droit, et plus particulièrement en matière constitutionnelle. En effet, nous pourrions stipuler que « dans son acception courante, le constitutionnalisme désigne un mouvement qui vise à mettre en œuvre un idéal par les moyens propres du droit constitutionnel »⁵.

Mais, sur le problème du contrôle de constitutionnalité, la discipline constitutionnelle aurait tendance à s'en tenir à un postulat relevant d'un strict juridisme : la Constitution est une

⁴ M. TROPER, op. cit., p. 345.

⁵ J.-M. DENQUIN, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, n° 1, 2008, source : www.juspoliticum.com/Jean-Marie-Denquin-Situation.html.

norme, et pour cela elle doit être appliquée et applicable ; la sanction par le juge constitutionnel étant le critère indispensable au fondement de cette normativité⁶. Mais c'est ce même juge, dans la détermination « authentique » de la signification de sa propre compétence⁷, qui fera passer l'ordre constitutionnel de la simple organisation d'un contrôle de la « conformité [des lois, organiques et ordinaires] à la Constitution » sur la base de l'article 61 de la Constitution, au développement d'un principe « constitutionnaliste »⁸ de fond, nous l'avons déjà évoqué, selon lequel la loi votée « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »⁹ ; ou plutôt serait-il plus exact sur le plan théorique de dire que la loi doit respecter la Constitution, en application d'un mécanisme issu de la technique constitutionnelle – du texte constitutionnel –. La jurisprudence constitutionnelle a en effet, selon nous, posé une question fondamentale à la doctrine constitutionnelle et à la théorie du droit, formulée simplement : qu'est-ce que la Constitution ?

Le principe énoncé par le juge constitutionnel exprime à la fois un problème de compétences et un problème de substance : l'expression de la volonté générale, la loi, enfermée dans un rapport conditionnel pour respecter l'exigence constitutionnelle. Il est aisé d'écrire alors que le texte constitutionnel écrit – technique juridique – se ramène à l'octroi de la source du caractère normatif à la Constitution, qui serait donc quelque chose de plus vaste que la seule loi constitutionnelle formalisée ; le juge constitutionnel pouvant « notamment »¹⁰ élargir la source de l'idée constitutionnelle au Préambule du texte fondamental, ou « en particulier »¹¹ dans une Charte accolée à cette loi fondamentale par une révision constitutionnelle¹² de 2005, utilisant l'outil rédactionnel de la mention au sein de la phrase de « Préambule ».

⁶ Voir : O. BEAUD, « Constitution et droit constitutionnel », in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 257 et s. ; et « Constitution et constitutionnalisme », in P. RAYNAUD, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3^{ème} édition, PUF, 2003, p. 133 et s.

⁷ Là réside sans aucun doute la puissance de la philosophie de Michel Troper sur le droit dont les axiomes « permettent de faire comprendre en quoi le pouvoir de délivrer une "interprétation authentique" est un pouvoir de création qui dépasse la simple découverte du droit » (P. RAYNAUD, « Philosophie de Michel Troper », *Droits*, n° 37, 2003, p. 7). Quelles peuvent être les critiques formulées ici ou là sur la « démarche réaliste », elle reste un point d'ancrage de réflexion incontournable, « une méthodologie et une théorie qui dévoilent au juriste, prisonnier de son *habitus* normativiste, les mécanismes à l'œuvre dans la construction du droit... » (J.-C. LE COUSTUMER, « Troper Michel », in O. CAYLA, J.-L. HALPERIN (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 583).

⁸ cf. P. BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, op. cit., p. 29.

⁹ CC, n° 85-197 DC, 23/08/1985, *Rec.* 70.

¹⁰ Voir : CC, n° 70-39 DC, 19/06/1970, *Rec.* 15 ; et surtout pour dégager de nouveaux principes à valeur constitutionnelle, CC, n° 71-44 DC, 16/07/1971, *Rec.* 29 : « Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution... » (cons. 2).

¹¹ CC, n° 2008-564 DC, 19/06/2008, *Rec.* 313 : « Vu la Constitution et en particulier la Charte de l'environnement de 2004 ».

¹² Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005.

La loi constitutionnelle, ou texte dénommé couramment comme « Constitution », est sans conteste la source privilégiée du principe de supériorité de la norme constitutionnelle sur la loi, mais celle-ci n'est pas exclusive de ce qui fonde la « Constitution » du « peuple français » et de cette « idée de droit » globale pour l'ordre juridique, opposable même à l'encontre de fonctions normatives définies comme supérieures par le biais d'un « magistrat »¹³ constitué à cet effet.

La question est celle d'un pouvoir, celui du juge constitutionnel, et reconnaissons d'emblée avec une prémisse normativiste que l'un des facteurs de la supériorité de la norme constitutionnelle repose sur son applicabilité et la capacité d'une autorité habilitée à conférer une certaine effectivité à ce caractère « applicable », au sein d'une opération d'application de la loi constitutionnelle formalisée par l'acte décisionnel, se traduisant au niveau des effets par une opposabilité matérielle de la norme constitutionnelle à la loi, « expression de la volonté générale » selon sa définition classique.

Cependant, les modèles théoriques actuellement acceptés dans le champ de la science du droit esquive une question politique : celle de la légitimité desdits pouvoirs mis en jeu, parce que la supériorité de la Constitution (comme en son temps l'idée de toute puissance de la loi, meilleure expression de la rationalité du pouvoir) est porteuse de principes substantiels quant à l'idée de pouvoir et d'objectifs à atteindre, par exemple pour que les tenants du pouvoir fassent de la République l'idée d'un pouvoir « indivisible, laïc, démocratique et social » selon les termes de l'article 1^{er} de la « Constitution du 4 octobre 1958 ».

Dès lors, l'hypothèse dans la construction du discours sur le juge constitutionnel est la suivante : la spécificité du raisonnement du juge constitutionnel tient à ce qu'il s'inscrit dans le cadre d'une décision d'application d'un contenu normatif de nature politique. La doctrine sur la justice constitutionnelle a besoin d'un discours incident sur la Constitution qui devra faire émerger un contexte théorique à une herméneutique constitutionnelle s'appuyant sur la compréhension du caractère politique de la décision de constitutionnalité par l'emploi d'une distinction entre la Constitution et les lois constitutionnelles (chap. 1) pour fonder un idéal constitutionnaliste de la légitimité de la juridiction constitutionnelle, par sa qualité même, en tant que garante du « respect de la Constitution » (chap. 2).

¹³ Comme « bras de la puissance publique », voir : O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, PUF, 1994, p. 154.

Chap. 1 : Compréhension par une distinction entre la Constitution et les lois constitutionnelles

Sur le plan épistémologique, que peut signifier dans le discours juridique, externe¹⁴ à la sphère du droit mais ayant le droit pour objet, la volonté de comprendre une certaine positivité avec une distinction qui n'existe pas en droit positif ? Il semble qu'il pourrait nous être rétorqué, qu'en formulant cette interrogation, nous touchons là en quelque sorte à « la différence entre la science du droit et la dogmatique juridique » qui « concerne, selon le professeur Michel Troper, l'objet et la méthode. L'objet, car la science du droit porte sur la norme en vigueur ; la dogmatique, sur la norme applicable. La méthode, car la science du droit décrit, tandis que la dogmatique recommande »¹⁵.

Prenons acte du qualificatif de « dogmatique » l s'agit alors de l'utiliser de façon stipulative, dans un sens négatif finalement par rapport à la définition la plus largement admise de la scientificité du discours dans le champ du savoir juridique. Le terme de « dogmatique » souhaite revêtir – et faire revêtir finalement – au discours sur le droit une dimension historique et renvoyer à une certaine façon de faire le métier de juriste qui paraît tournée vers « une conception du droit plus historique et sociologique que strictement positive »¹⁶. Du point de vue de l'histoire de la science du droit, cela pourrait correspondre plus globalement à une époque de consolidation d'un champ professionnel spécifique dans les universités d'une part, dans les facultés de droit d'autre part, par l'académisation du droit public et plus particulièrement la branche du droit constitutionnel.

Par exemple, en France, pour certains auteurs¹⁷, l'émergence et la consolidation de la Troisième République correspondent en quelque sorte à une période de « légitimation de l'Etat » au sein des travaux de la doctrine juridique¹⁸, et plus particulièrement d'un droit particulier – républicain –, soit d'un instrument chargé de valeurs dont les traces se retrouvent

¹⁴ cf. *supra*, Chap. introductif, II.

¹⁵ M. TROPER, *La philosophie du droit*, PUF, 2005, p. 61.

¹⁶ C. DE LA MARDIERE, « Retour sur la valeur juridique de la Déclaration de 1789 », *RFDC*, n° 35, 2000, p. 227.

¹⁷ Voir la thèse de G. SACRISTE, *Le droit de la République (1870-1914) : légitimation (-s) de l'Etat et construction du rôle de professeur de droit constitutionnel au début du siècle*, thèse, Paris I (dact.), 2002.

¹⁸ Par exemple, s'agissant de la IIIe république évoquée ci-dessus, n'a-t-on pas considéré et ne considère-t-on pas encore qu'Adhémar Esmein en est le « légiste » (G. SACRISTE, « Adhémar Esmein en son époque. Un légiste au service de la République », in S. PINON, P.-H. PRELOT (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, LGDJ, 2009, p. 27) ou que Raymond Carré de Malberg peut en être regardé comme le « théoricien » (R. CAPITANT, « L'œuvre juridique de Raymond Carré de Malberg », in *Ecrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, éd. Panthéon – Assas, 2004, p. 264).

encore aujourd'hui dans des concepts de droit constitutionnel positif comme les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »^{19 20}. Ainsi, l'Etat républicain se forme et se consolide en partie sous la plume de ses légistes, comme l'Etat monarchique absolutiste avec Jean Bodin²¹. Cette République, observée et décrite par Adhémar Esmein, dispose d'une Constitution mais celle-ci, « en ce qui concerne les règles qu'elle impose au pouvoir législatif, n'a pour sanction dernière que la conscience de ceux qui exercent ce pouvoir et leur responsabilité, au moins morale, à l'égard de la nation. C'est l'idée qu'à législativement proclamée l'Assemblée constituante en 1790 »²². Esmein semble interpréter de façon extensive le principe introduit par la loi des 16 et 24 août 1790 (titre 2, article 10) selon lequel « les Tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif sanctionné par le Roi »²³, à une époque de confusion des pouvoirs au niveau de l'Assemblée entre ce qui relèverait de fonctions exécutives et de la législation à proprement parler, ledit « Corps législatif » adoptant des « décrets » (article 1^{er}, la section III du chapitre III) ou « décrétant des lois » (article 1^{er}, section première du même chapitre) selon les propres termes de la Constitution du 3 septembre 1791. Derrière cette analyse se situe bien évidemment une prise de position sur la possibilité d'envisager en France un contrôle de la constitutionnalité des lois, qui ne s'envisage à l'époque d'Esmein (avant 1914) dans un débat doctrinal fourni,

¹⁹ Expression issue du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, ayant acquis sa valeur constitutionnelle positive depuis : CC, n° 71-44 DC, 16/07/1971, *Rec.* 29 ; et l'insertion du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 dans les normes de référence de l'office du Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle des lois votées par le Parlement issu de l'article 61 de ladite Constitution.

²⁰ Il convient de souligner ici une difficulté, voire une aporie, du discours constitutionnel que de mesurer la donnée juridique positive selon laquelle certains « principes fondamentaux reconnus » dans l'ordre constitutionnel n'ont pour d'autres sources que des « lois de la République ». Certes, il n'apparaît heureusement pas faux de considérer que l'ordre juridique républicain est passé d'un fondement de validité globale de type légicentriste à un principe de constitutionnalité reconnu comme effectif (cf. L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit, *RFDC*, n° 1, 1990, p. 71 ; ou du même auteur, « Légalité et constitutionnalité », *CCC*, n° 3, 1997, p. 73), mais il paraît également presque de façon inévitable, et donc difficilement surmontable que, sur le plan du raisonnement juridique afférent à ces considérations, « l'important est de comprendre qu'au centre de cette construction se trouve la loi. C'est par elle que doit être commencée l'étude du système que forment les règles de droit. (...) C'est par rapport à elle que la force obligatoire des autres règles est établie. Certaines sont définies par leur supériorité vis-à-vis de la loi : c'est spécialement le cas des constitutions écrites. D'autres se voient assigner une valeur équivalente, ou inférieure à la loi : c'est spécialement le cas des constitutions écrites. D'autres se voient assigner une valeur équivalente, ou inférieure à la loi. C'est autour de la loi, et par référence à elle, que s'est construit l'édifice complexe et diversifié de la production normative dans les Etats modernes » (D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, PUF, 4^{ème} éd., 2009, p. 20).

²¹ Malgré le titre trompeur de son œuvre majeure *Les six livres de la République* parue en 1576. La tendance actuelle est d'évoquer Jean Bodin comme l'un des premiers théoriciens de la souveraineté et plus particulièrement, de l'Etat souverain, cf. O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, pp. 47-53 ; P. NEMO, *Histoire des idées politiques aux Temps modernes et contemporains*, PUF, coll. « Quadrige », 2^{ème} édition, 2003, pp. 79-107.

²² A. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} édition, Sirey, 1914, p. 595.

²³ Comp. art. 3, chap. V de la Constitution du 3 septembre 1791 : « Les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois... ».

que sur le modèle américain d'un contrôle assuré par tous les juges, contrôle dit « diffus ». L'analyse de l'auteur se nourrit d'une approche du droit constitutionnel qui restera originale, mêlant des éléments d'approche historique et de droit comparé, qui l'amènent à dégager des « principes » de la « philosophie du XVIIIe siècle et proclamés par la Révolution française »²⁴ l'idée d'une « théorie des constitutions écrites »²⁵, distinguant en la matière une doctrine « américaine » et une doctrine « française ». C'est ainsi qu'en France, l'ordre juridique républicain – positif – s'est construit autour d'un principe de respect de la loi, instrument de régulation au sommet de la société, le plus démocratique (« la loi est l'expression de la volonté générale») et dans une croyance que la loi ne peut mal faire, parce qu'elle votée dans la conscience éthique selon laquelle la « société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ». La toute puissance législative aurait dans son idée même une origine – en termes de compétences – et un but, soit le « maintien de la Constitution » et le « bonheur de tous ». La « doctrine de l'Etat légal » (c'est-à-dire celui qu'elle observe) semble avoir conscience de ce paradoxe, mais s'accommode d'autant plus de l'absence d'opposabilité de ces « garanties » à l'encontre de la puissance législative que lesdits principes ne font pas partie du droit positif sous la Troisième République, sous l'égide des lois constitutionnelles de 1875. Un auteur comme Adhémar Esmein esquivait le problème en rappelant simplement que « ce n'est pas que l'Assemblée nationale répudiât les principes proclamés pour la première fois en 1789 ; mais elle jugea inutile de les proclamer à nouveau ou même de les garantir dans la Constitution. Ils lui apparaissent comme un patrimoine définitivement acquis au peuple français (...). La place faite dans nos constitutions à ces principes, et en particulier aux droits individuels, s'était progressivement rétrécie, à mesure qu'ils pénétraient plus profondément dans la conscience nationale »²⁶. L'exemple d'Adhémar Esmein, à propos de la valeur juridique des « principes » de 1789 sous le régime constitutionnel de 1875, illustre ce que souligne le professeur Philippe Raynaud, soit que « la discussion au début du XXe siècle touchait donc aux principes mêmes de la science juridique et de la théorie politique, en même temps qu'elle prenait en compte la dialectique immanente à l'évolution de l'Etat démocratique. Les débats²⁷ (...) portent sur le sens de *l'évolution de la démocratie moderne et sur les conditions de sa légitimité* »²⁸.

²⁴ cf. A. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 261 et s.

²⁵ *Ibid*, p. 565 et s.

²⁶ A. ESMEIN, op. cit., p. 561.

²⁷ cf. M.-J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Economica – PUAM, coll. « Droit public positif », 1992, pp. 10-25.

²⁸ P. RAYNAUD, « Des droits de l'homme à l'Etat de droit. Les droits de l'homme et leurs garanties chez les théoriciens français classiques du droit public », *Droits*, n° 2, 1985, pp. 72-73.

Il nous semble qu'au début du XXI^e siècle, à propos du lien consubstantiel entre le développement de la justice constitutionnelle et l'achèvement de l'Etat de droit, des débats posés en termes sensiblement similaires paraissent nécessaires, quitte à faire émerger un discours qui, « dans sa conception », peut introduire des éléments pluridisciplinaires sur un plan scientifique et dont le développement peut s'apparenter à une « critique » du « droit positif de son temps ». Le discours dogmatique publiciste apparaît « finalement pris entre deux tendances contradictoires »²⁹ qui paraissent dépendre « de l'angle d'approche et des éléments que l'on retiendra comme caractéristiques » du droit constitutionnel, suivant pourtant un *postulat commun* par lequel « on estime que ce qui caractérise le droit constitutionnel d'aujourd'hui, c'est l'existence des cours et d'une jurisprudence constitutionnelle ou le développement du constitutionnalisme »³⁰. Sauf qu'« il y aurait, du point de vue conceptuel, un conflit entre le constitutionnalisme et la constitution du positivisme constitutionnel »³¹, renvoyant l'analyse compréhensive à un « conflit » sur l'objet de la science du droit constitutionnel, sur son « statut épistémologique » en vertu duquel il est communément admis que « l'objet même de la science du droit (la norme) est construit. Il est entièrement construit »³². Ceci relativise de fait le paradigme de neutralité scientifique.

Les conditions d'appréhension dudit objet consistent en l'expression de « choix » desquels il peut toujours être tiré un « arrière-plan » ; par exemple, celui de la « revendication à une autonomie de l'approche juridique [passant] par la valorisation de son juge qui lui a conféré ses galons de discipline juridique »³³, strictement distincte du « champ d'analyse de la science politique » comme catégorie générique de l'objet du discours qui ne serait pas exclusivement juridique. Nous sommes plutôt d'avis, à l'instar du professeur Saint-Bonnet, qu'« à vouloir évacuer la dimension politique ou substantielle du droit et la théorie générale de l'Etat comme non pertinentes pour une véritable "science du droit", elles réapparaissent fatalement quand il s'agit de cerner cette fameuse norme fondamentale »³⁴. Or, cette opération intellectuelle, en termes de nature normative, s'avère consubstantielle à la compréhension du sens du pouvoir lié à la décision de constitutionnalité sur les structures de l'Etat de droit démocratique. Cette discussion d'ordre épistémologique (I) explique le choix d'un méta-discours sur « l'Etat de "droit constitutionnel" » comme objet de la science normative (II).

²⁹ Repr. M.-J. REDOR, op. cit., p. 17.

³⁰ cf. M. TROPER, « L'avenir du droit constitutionnel », *RBDC*, n° 2, 2001, p. 129.

³¹ O. BEAUD, « Constitution et constitutionnalisme », in *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., p. 133.

³² Voir : W. SABETE, « Quelle théorie de la science juridique ? », *RDP*, n° 5, 2000, pp. 1293-1294.

³³ X. MAGNON, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », op. cit., pp. 242-243.

³⁴ F. SAINT-BONNET, « Le droit contre la loi. Regards sur les mutations du droit constitutionnel au XX^e siècle », op. cit., pp. 129-130.

I. Discussion épistémologique autour d'autres distinctions

De façon très impressionniste, il s'agit de distinctions qui paraissent couramment employées dans le langage du droit, soit d'un niveau d'actes émis comme pouvant revêtir des effets juridiques spécifiquement liés à leur existence (factualité) relevant de la sphère du « droit » reconnu en vigueur dans une société donnée ; et/ou surtout dans le langage des juristes, c'est-à-dire de la communauté de ceux qui sont reconnus socialement comme exerçant « des activités savantes prenant le droit pour objet »³⁵ puisque c'est de ce niveau-là que relève le discours sur le problème de la présence d'une justice constitutionnelle au sein de l'ordre juridique, identifié comme « Etat de droit démocratique » dans une approche qui lie résolument cette question de la justice constitutionnelle à une certaine axiologie, par exemple une pensée sur une « conception moderne de la démocratie »³⁶ dans laquelle « dépouillée de son halo sacré, la loi ne résiste plus, dans les esprits, à la nécessité de son évaluation à l'aune du droit exprimé dans la constitution »³⁷.

De fait, le débat engagé voudrait se situer dans une dimension épistémologique, puisqu'il se base sur le constat d'un refus, volontaire ou non, du discours juridique en question, voire de science du droit, de se référer à la distinction entre « Constitution et lois constitutionnelles » que la présente recherche souhaite proposer eu égard à sa problématique autour de la spécificité de l'office du juge constitutionnel. Que ce soit à l'encontre de la distinction entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires (§ 1) qui semble se rattacher à un discours de « description systématique du droit en vigueur »³⁸, ou à propos de la distinction entre la norme fondamentale et la constitution (§ 2) qui provient plutôt quant à elle d'une « activité d'analyse de la structure ou de l'outillage »³⁹ normatif des ordres juridiques, la promotion d'une notion autonome de Constitution discute des données mêmes de la connaissance de l'objet juridique et de son rapport au politique.

³⁵ A. JEAMMAUD, « Une typologie des activités savantes prenant le droit pour objet », *Sciences de l'Homme et de la Société*, n° 54, 1999, p. 10.

³⁶ cf. J. HABERMAS, « Le paradoxe de l'Etat de droit démocratique », *Les temps modernes*, n° 610, 2000, p. 76.

³⁷ A. VIALA, « La notion d'Etat de droit : l'histoire d'un défi à la science juridique », *REDP*, n° 1, 2001, p. 674.

³⁸ A. JEAMMAUD, *op. cit.*, p. 10.

³⁹ A. JEAMMAUD, p. 11.

§ 1 – La distinction entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires

Cette construction doctrinale procède de l'idée selon laquelle « il existe bien, *en droit positif français*, une distinction entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires, et que cette distinction est purement formelle »⁴⁰. Dans cette proposition du professeur Marcel Waline, « la Constitution était analysée comme une loi spéciale, une loi constitutionnelle qui se distinguait de la loi ordinaire, par le seul et unique fait qu'elle était modifiée selon une procédure particulière (critère formel de la révision), dont l'aménagement permettait de qualifier le type de Constitution (rigide ou souple selon les cas) »⁴¹.

Pour en arriver à une telle conception, l'éminent auteur ne se départissait pas de la « défense du positivisme juridique »⁴² ; en l'occurrence, d'un « positivisme constitutionnel, qui est soucieux d'observer scientifiquement les faits (la réalité politique ou juridique), [et] considère qu'un texte ayant la forme juridique d'une loi constitutionnelle doit être décrit comme une constitution »⁴³. Cela correspond au principe « qu'il n'y a de droit que "posé". Le droit contenu dans les sources matérielles n'est donc pas du droit. Il ne deviendra du droit qu'après avoir été "posé", c'est-à-dire exprimé par une autorité compétente. De ce point de vue, il n'y a que des sources formelles »⁴⁴. La qualité « constitutionnelle » d'un texte de droit est établie suivant la recherche de l'élément que le professeur Waline désigne comme « critérium de la valeur juridique d'une norme »⁴⁵. En ce sens, l'idée constitutionnelle apparaît liée à celle de fondamentalité. « Une constitution est la loi fondamentale et suprême que se donne un peuple libre »⁴⁶. Néanmoins, une assertion de la sorte « montre combien le concept de loi (l'idée abstraite de loi par opposition avec le statut de la loi dans tel ou tel système juridique) demeure un modèle privilégié s'agissant d'offrir une description de la formation du droit. *Le fondement du droit public moderne, c'est la loi* »⁴⁷ et « de fait, on comprend beaucoup de choses sur la constitution écrite en cherchant à appréhender la relation qu'elle entretient avec la loi »⁴⁸. La possibilité de vérification d'une telle hypothèse est censée s'opérer en « droit positif » (A), objet d'une connaissance auto-référentielle du droit (B).

⁴⁰ M. WALINE, « Quelques réflexions sur la notion de constitution en droit positif français », *APDSJ*, 1933, p. 119.

⁴¹ O. BEAUD, « Constitution et droit constitutionnel », in *Dictionnaire de culture juridique*, op. cit., p. 258.

⁴² M. WALINE, « Défense du positivisme juridique », *APDSJ*, 1939-1940, p. 83.

⁴³ O. BEAUD, « Constitution et constitutionnalisme », in *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., p. 133.

⁴⁴ F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 30^{ème} éd., LGDJ, 2007, p. 40.

⁴⁵ M. WALINE, « Défense du positivisme juridique », op. cit.

⁴⁶ E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., PUF, 1999, p. 31.

⁴⁷ D. BARANGER, « Les constitutions de Michel Troper », *Droits*, n° 37, 2003, p. 133.

⁴⁸ D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, 4^{ème} éd., PUF, 2009, p. 21.

A) Une distinction de « droit positif »

Dans la définition des organes et plus encore des fonctions normatives⁴⁹ les plus élevées au sein de l'Etat, c'est-à-dire bien souvent de façon corrélatrice sur le plan matériel correspondant aux normes les plus générales et abstraites, l'ordre constitutionnel en vigueur fournit une distinction entre des actes de « loi constitutionnelle », relevant de fonctions législatives d'exception, distinctes de celles qui peuvent être rattachées aux attributions stipulativement qualifiées en comparaison, et *a contrario* en quelque sorte, de « normales » ou d'« ordinaires » lorsque les organes législatifs compétents se réunissent ou exercent leur compétence dans le champ d'intervention normative matériellement législatif.

Il s'agit là d'abord d'arguments d'herméneutique strictement textuelle, correspondant dans un discours doctrinal à « un essai de typologie »⁵⁰ dont la source formelle provient du texte constitutionnel.

L'emploi du terme d'« attributions » vient rappeler que, sous le régime de la « Constitution » promulguée le 4 octobre 1958⁵¹, plus encore peut-être que sous d'autres régimes républicains en France, « la production de normes générales est (...) partagée entre le Parlement et le gouvernement »⁵², entre deux catégories d'actes que sont la loi et le règlement. Plus encore, par l'article 37 du texte constitutionnel, en énonçant que « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire », en prévoyant une procédure à l'encontre des « textes de forme législative intervenus en ces matières »⁵³ alors qu'en réalité, les seules « matières » détaillées dans les dispositions constitutionnelles sont celles du « domaine de la loi » susmentionnées, la proposition juridique selon laquelle le pouvoir réglementaire dispose de la compétence normative générale de droit commun tandis

⁴⁹ Sur cette notion, cf. D. de BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica, 1996, part. p. 20 : l'auteur propose dans cet ouvrage un « dépassement de l'organicisme » dans la recherche d'un « critère général en fonction duquel les normes sont effectivement hiérarchisées » (p. 6), « vers une théorie principalement fonctionnelle de la hiérarchie des normes » postulant que ce concept « procède, à titre principal, non de la nature intrinsèque de l'organe édicteur de la norme, mais de la fonction (constituante, législative, administrative, etc.) que remplit celui-ci au moment où il prend l'acte. Bien sûr, cette dernière proposition s'entend de l'hypothèse où la fonction considérée est *licitement* exercée en vertu d'une habilitation régulière, c'est-à-dire conforme à une norme supérieure ».

⁵⁰ G. DRAGO, « La loi sous la Ve République. Un essai de typologie », in D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Les 50 ans de la Constitution. 1958 – 2008*, Litec, 2008, p. 227.

⁵¹ publ. *JO*, 05/10/1958, p. 9151.

⁵² cf. F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 30^{ème} éd., 2007, p. 771.

⁵³ En vertu du deuxième alinéa dudit article 37, « ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire » en application des articles 24 à 26 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

que le pouvoir législatif ne bénéficie que d'une compétence d'attribution n'apparaît pas comme fautive sur le plan des principes au moins. « L'existence d'un domaine législatif est une réalité. Elle a beaucoup frappé les esprits en 1958, au point que la doctrine de l'époque lui a prêté une importance que la pratique institutionnelle a en partie démentie. L'article 34 définit une frontière assez stable entre ce qui relève de la loi et ce qui relève du règlement »⁵⁴. Il en va par exemple de ce que « la Constitution, en son article 34, réserve au législateur la fixation des règles concernant les droits civiques, règles au nombre desquelles figure notamment l'attribution du droit de suffrage, et laisse, en vertu de son article 37, au pouvoir réglementaire le soin d'édicter les mesures nécessaires pour l'application de ces règles »⁵⁵.

Cependant, ce type de solution doit plutôt forcer à admettre « aujourd'hui que cette "révolution juridique" annoncée n'a pas eu lieu, la jurisprudence du Conseil constitutionnel (comme celle du Conseil d'Etat⁵⁶) ayant conduit à une extension du domaine de la loi par une interprétation large des matières de l'article 34 C.⁵⁷ et par une diversification des sources constitutionnelles (notamment par le biais du Préambule) »⁵⁸. Non seulement il peut apparaître, à la lecture de la source constitutionnelle formelle, que « la compétence du législateur est toujours extrêmement vaste et le recours à la loi demeure nécessaire chaque fois que l'on veut entreprendre une grande réforme »⁵⁹, mais en outre, cette compétence doit être interprétée de façon unitaire, l'article 34 de la Constitution pris comme un ensemble, même si la disposition en question « dresse une liste d'objets dont la loi "fixe les règles" ou "détermine les principes fondamentaux". Autant le dire d'emblée, cette distinction entre les règles (qui impliquaient, dans l'intention du constituant, une intervention profonde du législateur dans la matière concernée) et les principes fondamentaux (intervention limitée aux

⁵⁴ D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, 2008, p. 175.

⁵⁵ CC, n° 76-94 L, 02/12/1976, *Rec.* 67, cons. 1.

⁵⁶ CE, 29/04/2002, *Ullmann*, n° 228830, *Rec.* 156 (« Considérant que les dispositions [de l'article 7 de la loi du 12 avril 2000] concernent les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; qu'elles portent ainsi sur des matières réservées à la loi par l'article 34 de la Constitution ; qu'il en résulte que c'est à bon droit que le Premier ministre s'est fondé sur le caractère législatif de ces dispositions pour refuser d'engager la procédure prévue au deuxième alinéa de l'article 37 de la Constitution afin de modifier par décret ces dispositions »).

⁵⁷ Sur la notion de « catégories d'établissements publics » : CC, n° 59-1 L, 27/11/1959, *Rec.* 67, cons. 2 (« la Régie autonome des Transports parisiens constitue une catégorie particulière d'établissement public sans équivalent sur le plan national » ; comp. n° 89-162 L, 05/11/1989, *Rec.* 100, cons. 5) ; CC, n° 79-107 L, 30/05/1979, *Rec.* 44, cons. 2.

En matière de « création de nouveaux ordres de juridiction », la notion d'« ordre » s'est également muée en celle de « catégorie » de juridictions à compétence spécifique, de ce qui ressort de : CC, n° 61-14 L, 18/07/1961, *Rec.* 38, cons. 2 ; confirm. n° 64-31 L, 21/12/1964, *Rec.* 43, cons. 2. La spécificité de la compétence peut se coupler à celle de la composition (CC, n° 2002-461 DC, 29/08/2002, *Rec.* 204, cons. 12).

⁵⁸ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, op. cit., n° 45, p. 791 [15^{ème} éd.] ; aussi : L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, 13^{ème} éd., Dalloz, 2010, pp. 801-805.

⁵⁹ F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 30^{ème} éd., 2007, p. 780.

normes les plus importantes) n'a pas résisté à la pratique »⁶⁰. Pourtant, le premier principe applicable dans le conflit de répartition des compétences normatives est celui qu'« il y a place dans les deux cas pour des règlements d'application des lois »⁶¹, en vertu même de l'article 37 de la Constitution comme il l'a été rappelé en amont. De fait, « cette imbrication de la compétence réglementaire et de la compétence législative devait rendre évidemment malaisée, sinon impossible la détermination du domaine réglementaire autonome »⁶². Au plus, une disposition relève du domaine du règlement lorsqu'elle « ne met en cause aucune des règles ni aucun des principes fondamentaux que l'article 34 de la Constitution a placés dans le domaine de la loi »⁶³. Le raisonnement gravite autour de l'idée de « blocs » de compétence. C'est comme cela qu'il semble falloir comprendre, par exemple, le jugement par lequel, « en vertu des articles 34 et 37 de la Constitution il appartient au pouvoir réglementaire de fixer les modalités de l'organisation d'un service public de l'Etat, sous réserve qu'il ne soit pas porté atteinte aux matières ou principes réservés au législateur »⁶⁴. Le pouvoir réglementaire se trouve en quelque sorte enserré entre ce que « la circonstance que la loi ait renvoyé au décret le soin de définir ses modalités ou ses conditions d'application n'a ni pour objet ni pour effet d'habiliter le pouvoir réglementaire à intervenir dans le domaine de la loi pour définir ces éléments »⁶⁵, et l'hypothèse prévoyant que « si le pouvoir réglementaire était compétent pour organiser une mesure (...), il ne pouvait lui-même en prévoir l'application tant que le législateur n'était pas intervenu préalablement (...) dans son champ de compétence »⁶⁶. C'est-à-dire que le champ réglementaire n'est distinct que dans ses modalités d'intervention, mais, « autonome en ce qu'il n'a pas besoin d'une loi l'habilitant pour intervenir, ce règlement n'est nullement assimilé à la loi quant à son statut »⁶⁷.

Pour les professeurs Constantinesco et Pierré-Caps, « cette jurisprudence tend à rapprocher la loi sous la Ve République de la conception qui prévalait sous la IVe, en reconstituant un bloc de compétence législative qui, quelles que soient les matières dans lesquelles le législateur intervient, n'exclut pas l'intervention du pouvoir réglementaire, sauf à respecter le propre domaine législatif au sens de la Constitution »⁶⁸. L'observation des

⁶⁰ D. TRUCHET, *Droit administratif*, op. cit., p. 175.

⁶¹ P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, 5^{ème} éd., Montchrestien, 2008, p. 70.

⁶² V. CONSTANTINESCO, S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 438.

⁶³ CC, n° 80-120 L, 30/12/1980, *Rec.* 78, cons. 6.

⁶⁴ CE, 17/12/1997, *Ordre des avocats à la cour de Paris*, n° 181611, *Rec.* 491.

⁶⁵ CE Sect., 18/07/2008, *Fédération de l'hospitalisation privée*, n° 300304, publié au *Lebon*.

⁶⁶ CE Sect., 31/10/2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 293785, publié au *Lebon*.

⁶⁷ P.-L. FRIER, J. PETIT, op. cit., p. 72.

⁶⁸ V. CONSTANTINESCO, S. PIERRE-CAPS, op. cit., p. 440.

conditions « consacrées par le droit positif français relativement à sa formation », et, pour reprendre Raymond Carré de Malberg, « spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel » concernant les degrés les plus élevés d'action normative ; cette observation amène une analyse en termes organiques, appréhendant que la loi est l'acte voté par le Parlement. Au niveau d'effets juridiques au moins *erga omnes*, il résulte des considérations précédemment développés que « la loi, qui n'est plus en France, la règle de droit la plus élevée, n'en reste pas moins le mode central d'édiction du droit. (...) Ce qui compte, plus encore que la tentative de restreindre le domaine de la loi, ce sont les pouvoirs que la Constitution de 1958 a conférés à l'exécutif dans le cours de la procédure législative pour contraindre les assemblées à adopter des textes conformes à la volonté du gouvernement⁶⁹. Mais ce pouvoir de l'exécutif, s'il limite la liberté des assemblées, ne fait que rendre plus apparente la nécessité de recourir à la loi pour gouverner »⁷⁰.

L'idée d'un « domaine de la loi », inscrite au sein même de la source constitutionnelle formelle, n'en figure pas moins que « le Droit vaut forcément hétéro-Référence permanente, fixation stable les limites du permis et de l'autorisé. Il est un ordre de contrainte sous ce rapport »⁷¹. Dès lors, en ce que « la définition de la fonction législative conserve nécessairement une composante domaniale », il est stipulé que « le domaine de la loi reste limité »⁷². Le sens inverse de cet « empirisme normatif »⁷³ ne ferait-il « point méconnaître que le pouvoir législatif et la loi sont précédés, dominés, limités, et en un mot conditionnés, par la Constitution, de qui l'on a dit souvent qu'elle est la loi qui crée le pouvoir législatif lui-même »⁷⁴ ?

⁶⁹ CC, n° 82-143 DC, 30/07/1982, *Rec.* 57, cons. 11 (« par les articles 34 et 37, alinéa 1er, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et *conférer au Gouvernement, par la mise en œuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2, et 41, le pouvoir d'en assurer la protection* contre d'éventuels empiètements de la loi ; que, dans ces conditions, les députés auteurs de la saisine ne sauraient se prévaloir de ce que le législateur est intervenu dans le domaine réglementaire pour soutenir que la disposition critiquée serait contraire à la Constitution ») ; même si, tempérament : CC, n° 2005-512 DC, 21/04/2005, *Rec.* 72, cons. 23 (le juge examine d'office, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*, que des dispositions de la loi contestée « ont, à l'évidence, le caractère réglementaire », ce qui ne les rend pas à proprement parler inconstitutionnelles au moment de la promulgation de la loi mais permet au pouvoir exécutif de pouvoir les modifier sans avoir à s'en référer au Conseil constitutionnel comme le prévoit l'article 37, alinéa 2 de la Constitution).

⁷⁰ D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, op. cit., p. 31 et p. 32.

⁷¹ D. de BECHILLON, « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation », *RRJ*, n° 1, 1994, p. 265.

⁷² D. de BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, op. cit., p. 72.

⁷³ O. PFERSMANN, « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », *Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg*, n° 1, 1997, p. 309 et s.

⁷⁴ A partir de : R. CARRÉ de MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Sirey, 1931, p. 103.

B) *L'implication inductive sur la connaissance juridique (discours sur le droit)*

En 1927, entre la parution de la *Contribution à la Théorie générale de l'Etat* (1920) et la rédaction de *La loi, expression de la volonté générale* (1931), Raymond Carré de Malberg publie un article assez polémique à la *Revue Politique et Parlementaire*. Prenant part aux débats doctrinaux de l'époque sur la possibilité ou non d'introduire en France le principe d'un contrôle de constitutionnalité des lois, le maître de Strasbourg semble rappeler à l'ensemble de ses collègues que « cette question se trouve expressément solutionnée par la Constitution de 1875, dans le texte même où sont réglés les rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir constituant »⁷⁵. Citant à l'appui de sa constatation l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875⁷⁶, il estime que le problème de la constitutionnalité des lois se ramène à « la question de l'étendue des pouvoirs législatifs qui appartiennent au Parlement au regard de la Constitution »⁷⁷.

Les premiers paragraphes de cet article sont très intéressants, parce qu'il révèle toute la complexité du personnage et de sa pensée. L'élément le plus important qui se dégage est sans conteste la posture du scientifique, et la séparation entre l'opinion politique et l'objectif de la science du droit⁷⁸. Le seul postulat valable pour le juriste relève d'une pensée positiviste, qui ne l'empêche pas de s'élever au niveau des principes, mais « d'après les données »⁷⁹ du droit positif. Paradoxalement, cette élévation et cette tentative de théorisation semblent être à la source de certaines tensions dans la pensée du maître strasbourgeois, parce que sa méthode font de lui, peut-être contre son gré, « le théoricien de la Troisième République » selon les termes de René Capitant, successeur de Carré de Malberg à la chaire de droit constitutionnel de la Faculté de Strasbourg, qui s'exprime en 1936 lors de « la séance solennelle de rentrée de

⁷⁵ R. CARRÉ de MALBERG, « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », *Revue Politique et Parlementaire*, tome 132, 1927, p. 339

⁷⁶ ... « relative à l'organisation des pouvoirs publics », dont l'article 8 stipulait que « les Chambres auront le droit, par délibération séparées prises dans chacune à la majorité absolue des voix, soit spontanément, soit sur la demande du président de la République, de déclarer qu'il y a lieu de réviser les lois constitutionnelles ».

⁷⁷ R. CARRÉ de MALBERG, *ibid.*, p. 339.

⁷⁸ Dans un autre article, paru en 1929, extrait de l'*Annuaire de l'Institut International de Droit public*, Carré de Malberg écrit par exemple, en citant Hans Kelsen : « "Dans la monarchie absolue, la distinction du degré de la Constitution et du degré des lois ne joue pratiquement aucun rôle... Le problème de la constitutionnalité des lois n'y a pas de sens." Ces paroles – extraites du rapport, si substantiel et attachant, de M. Hans Kelsen (*Revue du Droit public*, 1928, p. 202) – pourraient s'appliquer tout aussi bien, *mutatis mutandis*, à ce qu'il est permis d'appeler le parlementarisme absolu. Elles en disent long sur la façon dont se présente, dans l'état actuel du droit public français, la question de l'introduction d'un système de garantie de la constitutionnalité des lois », cf. « La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels », *Annuaire de l'Institut International de Droit public*, 1929, p. 144.

⁷⁹ cf. le titre de l'ouvrage majeur et fondateur de l'auteur : *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, 2 tomes, Sirey, 1920 et 1922.

l'Université de Strasbourg » sur l'œuvre du Maître récemment décédé (en 1935) : « la loi est, dans notre régime, comme elle l'était déjà pour Bodin, l'expression de la volonté gouvernante. Elle est, suivant l'article 6 de la Déclaration des droits, "l'expression de la volonté générale", c'est-à-dire de la volonté nationale souveraine. Ce qui caractérise la loi, c'est donc la valeur juridique, le degré qu'elle occupe dans la hiérarchie juridique et qui n'est autre que le degré le plus élevé. Elle est la règle suprême, devant laquelle doivent céder toutes les autres normes de droit. // Telle est la notion législative que Carré de Malberg a dégagée et qui correspond à la vérité de *notre constitution*. (...) C'est cette idée... qui a empêché que se développe en France... un pouvoir constituant supérieur au pouvoir législateur et réellement distinct de lui »⁸⁰.

En effet, pour illustrer les propos de René Capitant, Raymond Carré de Malberg réaffirme fermement dans l'article de 1927 que c'est dans les lois constitutionnelles de 1875 que se situe « la solution du problème relatif à la puissance législative du Parlement français »⁸¹, qui bénéficie cumulativement de la faculté de « provoquer facultativement la révision et [celle] de décider si elle est nécessaire », selon l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 précité, et qui fait de l'organe parlementaire le « maître des lois constitutionnelles aussi bien que des lois ordinaires »⁸², de sorte qu'il n'y a pas de différence de nature entre la loi ordinaire et la loi constitutionnelle, parce que ces deux catégories de loi et leur contenu relèvent de la même « puissance parlementaire »⁸³, ou puissance législative.

S'il faut retenir en premier lieu que l'œuvre de Raymond Carré de Malberg a été reçue comme celle du « théoricien de la Troisième République », l'analyse proposée dans le présent travail souhaiterait insister sur des aspects plutôt méthodologiques.

Un élément pourtant paraît intéressant à la lecture de Carré de Malberg : il semble être le théoricien presque forcé⁸⁴ du légicentrisme, principalement à cause de facteurs

⁸⁰ R. CAPITANT, « L'œuvre juridique de Raymond Carré de Malberg » (1936), in CAPITANT R., *Ecrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, éd. Panthéon – Assas, 2004, p. 264 et pp. 267-268.

⁸¹ R. CARRÉ de MALBERG, « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », op. cit., p. 346.

⁸² R. CARRÉ de MALBERG, *ibid.*, p. 347.

⁸³ « Les constituants de 1875 ont-ils clairement senti qu'en définitive, ils avaient livré désormais à la puissance parlementaire la distinction de ce qui n'est que législatif et de ce qui doit demeurer constitutionnel ? Rien que la sobriété de leur œuvre donnerait à penser qu'ils se rendaient bien compte du coup porté par eux à cette distinction » (R. CARRÉ de MALBERG, « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », p. 350).

⁸⁴ Nous nous permettons de citer un extrait assez long mais assez révélateur dans son expression de l'article de 1929 (note 76) paru dans l'*Annuaire de l'Institut International de Droit public* : « Bien loin donc de procéder par la méthode qui consiste à conférer au Parlement des pouvoirs législatifs contenus, au point de vue matériel, dans des bornes déterminées, ce qui eût engendré un système d'habilitation octroyée et limitée, [la Constitution de 1875] lui a reconnu, sous le nom de pouvoir législatif, une faculté générale et inconditionnée d'édicter par ses lois toutes règles, décisions ou mesures, dont il se croirait autorisé par l'attitude et les inclinations actuelles du Corps électoral à prendre l'initiative (...). En vérité, ce n'était point là un système d'octroi de pouvoirs, mais bien l'abandon à peu près général d'un pouvoir auquel la Constitution de 1875 renonçait pour elle-même. Et de

méthodologiques et par le fait qu'il n'y a pas de rupture épistémologique chez lui dans l'ensemble de ses écrits, bien qu'il ne publie la *Contribution* qu'en 1920 alors qu'elle a été écrite avant la Guerre⁸⁵, qui forment une œuvre dont on peut louer « l'unité »⁸⁶ (1) mais dont il est conscient des limites intrinsèques (2) quant aux possibilités de l'autonomisation d'une méta-positivité constitutionnelle au sein d'une théorie générale de l'Etat.

1. Unité : la question du lien entre le droit constitutionnel positif et la théorie de l'Etat

Pour « fonder une nouvelle théorie juridique de l'Etat », Michel Troper estime, sur le plan de l'histoire des idées, que « si la Théorie générale de l'Etat du XIXe et du XXe siècle a été incontestablement productrice d'Etat, elle se donnait aussi – et même avant tout – pour une théorie scientifique. Sous cet aspect, elle a échoué »⁸⁷.

Il faut relever à cet égard que les postulats méthodologiques ne sont pas évidents à rechercher dans l'œuvre de Carré de Malberg. Une note de bas de page au début de la *Contribution à la Théorie générale de l'Etat* explique tout de même que « l'idée générale que le juriste doit se faire de l'Etat dépend, non pas de conceptions rationnelles ou *a priori*, mais bien des données positives fournies par le droit public en vigueur. L'on ne peut définir juridiquement l'Etat, l'on ne peut reconnaître et déterminer sa nature et sa consistance

cet abandon il ne résultait pas non plus, entre pouvoir constituant et pouvoir législatif, un rapport de gradation ; mais il y avait bien plutôt nivellement et égalisation de la Constitution et des simples lois, c'est-à-dire en définitive tout le contraire d'une distinction entre les deux sortes de lois, puisque la Constitution de 1875 a cessé de jouer le rôle de loi fondamentale et supérieure qui domine et conditionne la législation courante.

Aujourd'hui, après plus d'un demi-siècle d'expérience, une réaction se produit contre la toute-puissance parlementaire, en particulier contre la liberté quasi indéfinie de législation laissée au Parlement par la Constitution de 1875. Et ce n'est plus seulement en Amérique que les promoteurs de cette réaction vont chercher leurs arguments en vue de restaurer chez nous la notion de Constitution par l'établissement d'un contrôle juridictionnel sur la constitutionnalité des lois. D'Europe même, les arguments leur sont fournis... par les Etats qui, comme l'Autriche, ont déjà consacré l'institution d'un tribunal constitutionnel (...).

Je me permets simplement d'observer que des Etats qui se refont un droit public foncièrement nouveau, n'ont pas, comme nous, à tenir compte d'un passé dont le point de départ remonte à 1789 » (cf. R. CARRÉ de MALBERG, « La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels », op. cit., pp. 158-160).

⁸⁵ Au moment où il publie son ouvrage, il écrit dans un long « avant-propos » que « de 1871 à 1914, le monde a dû vivre sous la menace grandissante de l'hégémonie allemande. Devant le danger d'agression ou d'asservissement, la tâche des Etats menacés a été, avant tout, une tâche de défense et de préservation nationales (...). Aujourd'hui, la menace allemande est dissipée. Les Etats qui ont soutenu la guerre de libération, ont combattu au nom des idées de liberté, de justice, du droit des peuples. Jamais peut-être ces idées n'ont paru plus hautes que dans la guerre qui vient de s'achever par leur triomphe. Demeure-t-il encore possible de fonder le droit public des temps nouveaux sur un principe de domination et de contrainte ? », R. CARRÉ de MALBERG, « Avant-propos », in *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t. 1, 1920, pp. V et VI.

⁸⁶ Voir par exemple sur un autre thème : F.-G. DROMARD, « Réflexions sur l'unité de l'œuvre de Carré de Malberg », *Droits*, n° 44, 2007, p. 187 et s.

⁸⁷ M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 8.

effectives, qu'après avoir pris connaissance et en tenant compte de ses institutions de droit public et de droit constitutionnel »⁸⁸.

En outre, René Capitant rappelle que Carré de Malberg est resté fidèle à une même vision de la science du droit tout au long de son œuvre et plus encore à une même vision de la mission du juriste ; « il ne céda jamais... à la tentation du droit naturel que connurent tant de ses contemporains. Il maintint toujours rigoureusement la distinction du droit et de la justice, et, tout en affirmant que la justice est supérieure au droit, il professa constamment que la mission du juriste est non de juger les lois mais plus simplement et modestement de les connaître et de les expliquer. Il n'y a de science que du réel »⁸⁹.

Carré de Malberg semble tout de même vouloir dialoguer avec les tenants de la doctrine du droit naturel, ou en tout cas ceux qui confère à la science du droit l'objet « de traiter concurremment ou alternativement de règles de droit, (...), des règles d'essence aussi irréductiblement différente que celles qui... tirent leur force obligatoire de la puissance de l'Etat »⁹⁰ ; et en particulier avec François Gény dans sa dernière publication. Ce texte publié dans les *Mélanges* en l'honneur de ce « maître éminent » n'est certes « pas du meilleur Carré de Malberg »⁹¹, mais constitue un témoignage intéressant de l'opinion de Carré de Malberg sur la « tâche » du juriste. « Cette tâche, qui consiste à rechercher, à préciser, à définir, à interpréter pour en déduire les conséquences, les éléments constitutifs de l'ordre régulateur créé et garanti par des moyens de puissance publique, est certes modeste, par comparaison avec celles que se proposent d'autres sciences tournées vers la connaissance d'un ordre préceptes indépendant des réglementations étatiques positives : elle est modeste dans son but ; elle l'est aussi dans ses procédés, qui sont ceux d'une technique et d'un juridisme, dans lesquels le formalisme tient une place prépondérante »⁹².

L'un des spécialistes de la pensée du maître de Strasbourg, le professeur Eric Maulin, attire l'attention sur le fait que « sa méthode et sa doctrine reposent [en fait] sur une conception particulière du droit ou de la réalité juridique », c'est-à-dire que « l'attention de l'auteur ne se porte pas seulement sur des normes juridiques, (...) sur des prescriptions émanant des organes étatiques compétents mais, plus généralement, sur des notions et principes constitutifs de ce qu'il appelle la "réalité juridique" »⁹³. La théorie de l'Etat, qui

⁸⁸ R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome 1, 1920, note 1, pp. 1-2.

⁸⁹ R. CAPITANT, « L'œuvre juridique de Raymond Carré de Malberg », op. cit., p. 261.

⁹⁰ R. CARRÉ de MALBERG, « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Sirey, 1935, p. 196.

⁹¹ E. MAULIN, *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, thèse (dact.), Paris II, 1997, p. 22.

⁹² R. CARRÉ de MALBERG, « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique », op. cit., p. 197.

⁹³ E. MAULIN, *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, op. cit., p. 22.

vient nécessairement couronner⁹⁴ la lecture du droit constitutionnel en vigueur⁹⁵ selon les propres termes de Carré de Malberg, ne vient pas répondre aux problèmes posés à la science du droit par le biais du seul droit positif (au sens normativiste du terme, soit les seules normes juridiques posées et/ou sanctionnées par des autorités habilitées à le faire au sein de l'ordre juridique que la science du droit se doit de décrire), mais plus globalement par l'ensemble « des données fournies par le droit existant ». L'objet de la science du droit est de mettre au jour ces « données ». Le discours malbergien porte « la conviction qu'il existe une "réalité juridique" qui n'est pas seulement composée de prescriptions juridiques mais encore de principes rationnels qui expliquent la signification et donc la portée des règles juridiques »⁹⁶. Il y a bel et bien une élévation au niveau des principes, de « constructions que les théoriciens de la science juridique édifient à l'aide des matériaux fournis par les règles du droit en vigueur » ; cependant, « de telles constructions ne constituent que des systématisations, qui ne peuvent fonder leur légitimité que sur leur conformité avec les règles préétablies, règles dont elles visent simplement à déterminer la signification profonde et à dégager les conséquences »⁹⁷.

Cette démarche est exprimée et expliquée dès les premières lignes de la *Théorie générale de l'Etat*, dans la célèbre idée selon laquelle « toute étude du droit public en général et du droit constitutionnel en particulier engage et présuppose la notion de l'Etat », c'est-à-dire que l'« on ne peut donc pas aborder l'étude du droit public ou de la Constitution de l'Etat sans être amené à se demander aussitôt quelle est l'idée qu'il convient de se faire de l'Etat lui-même »⁹⁸. Par exemple, quand Carré de Malberg aborde dans son deuxième grand ouvrage *La loi, expression de la volonté générale* (1931) les concepts de « loi » et de « pouvoir législatif », il part de l'article 1^{er} de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 qui énonce que « le pouvoir législatif s'exerce par deux Assemblées : la Chambre des députés et le Sénat ». Raymond Carré de Malberg exprime d'entrée la conviction que « la Constitution de 1875 n'a pas pu dire que le pouvoir législatif était réservé aux Chambres, sans qu'elle se soit implicitement attachée à un certain concept touchant le fondement de l'idée de loi ou touchant

⁹⁴ La citation est célèbre : « Toute étude du droit public en général et du droit constitutionnel en particulier engage et présuppose la notion de l'Etat » (*Contribution...*, tome 1, p. 1).

⁹⁵ La définition qu'en donne Carré de Malberg va presque de soi ; il s'agit de la « partie du droit public qui comprend les règles ou institutions dont l'ensemble forme dans chaque milieu étatique la Constitution de l'Etat. [Bien évidemment], on ne peut donc pas aborder l'étude du droit public ou de la Constitution de l'Etat sans être amené à se demander aussitôt quelle est l'idée qu'il convient de se faire de l'Etat lui-même » (*Contribution...*, tome 1, p. 1).

⁹⁶ E. MAULIN, op. cit., p. 23.

⁹⁷ R. CARRÉ de MALBERG, « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique », op. cit., p. 198.

⁹⁸ R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution...*, op. cit., t. 1, p. 1.

les conditions qui font que telle ou telle opération se rapportant à la législation est ou non un acte de puissance législative ». En réalité, l'article 1^{er} de la loi constitutionnelle de 1875 insère une « disposition » qui « contient... au sujet du pouvoir législatif, de multiples notions, dont la portée est considérable »⁹⁹.

La question sur le plan de l'épistémologie est formulée par Michel Troper : « comment est-il possible de découvrir des principes dans le droit positif » ? Pour ce faire, « il faut donc considérer que si les constituants de 1875 n'ont pas exprimé de principes¹⁰⁰, ceux-ci étaient néanmoins implicites. Ils font partie du droit en vigueur et il est possible de remonter à l'époque où ils ont été formulés, c'est-à-dire à la Révolution française. Ainsi, la "théorie générale de l'Etat d'après les données fournies par le droit positif français", n'est pas autre chose que l'ensemble des principes énoncés par la Révolution »^{101 102}.

2. Limite : la Théorie de l'Etat (le droit), l'Histoire et la « première Constitution de l'Etat » (les faits)

Dans une étude sur les rapports entre les notions de « Temps » et de « Constitution », le professeur Denis Baranger oppose dans la pensée positiviste entre les théories purement normatives (« normativistes ») qui sortent l'idée de « Constitution » de la temporalité en enfermant les principes constitutionnels dans la sphère du *Sollen*, le droit étant un ensemble

⁹⁹ R. CARRÉ de MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Sirey, 1931, réimpr. Economica, coll. « Classiques », 1984, pp. 1-2 et p. 2.

¹⁰⁰ A la « Constitution de 1875 » correspondent en réalité trois lois constitutionnelles portant sur « l'organisation des pouvoirs publics », « les rapports des pouvoirs publics » et « l'organisation du Sénat », mais il n'y a pas de texte unique introduit par un Préambule rappelant des principes fondateurs comme les « droits de l'homme » et les « principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration [des Droits de l'Homme et du Citoyen] de 1789 ».

¹⁰¹ M. TROPER, « Sur la théorie juridique de l'Etat », repr. in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 12.

¹⁰² Les principes de connaissance issus d'un paradigme herméneutique qui nous guide dans l'ensemble de ces travaux nous font rappeler le contexte dans lequel la théorie malbergienne est construite, celui d'une doctrine française écrite par un alsacien en vue de se positionner dans un champ « scientifique » dominé des écoles de pensée d'origine allemande qui a en quelque sorte fondé l'autonomie de la branche de savoir juridique dite « Théorie générale de l'Etat ». La théorie de Carré de Malberg est censée répondre à une sorte de pangermanisme, en défendant par exemple le modèle de l'Etat – Nation par rapport à la Constitution de l'Empire allemand telle qu'elle est mise en avant dans la « littérature » de Laband ou encore Jellinek visés en particulier par le Maître de Strasbourg. « Toutes ces théories qui séparent l'Etat et la nation, sont contredites par le principe même de la souveraineté nationale, tel qu'il a été fondé par la Révolution française. En proclamant que la souveraineté réside essentiellement dans la nation, la Révolution a en effet consacré implicitement, à la base du droit français, cette idée capitale que les pouvoirs et les droits dont l'Etat est le sujet, ne sont pas autre chose au fond que les droits et pouvoirs de la nation elle-même. Par conséquent, l'Etat n'est pas un sujet juridique se dressant en face de la nation et s'opposant à elle : mais, dès qu'il est admis que les pouvoirs de nature étatique appartiennent à la nation, il faut aussi admettre qu'il y a identité entre la nation et l'Etat, en ce sens que celui-ci ne peut être que la personnification de celle-là (*Contribution*, t. 1, p. 13). Voir sur ce point de « l'anti-germanisme » de la doctrine française du « tournant du siècle » (début XXe) : O. JOUANJAN, « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'Etat ? Point de vue français », *RUDH*, 2003, pp. 100-102.

de prescriptions ; et les constructions intellectuelles de « *Théorie générale de l'Etat* » comme celles de Carré de Malberg, revendiquant leur rattachement à une méthode positiviste, mais proposant tout de même « une histoire de la formation de la constitution, sous la forme d'une mise en scène successive les grands concepts, les uns engendrant les autres. Elles sont donc dépendantes d'une certaine temporalité qui est une histoire de la génération effective des concepts les uns par les autres. Ce faisant, du moment qu'elles sont encore normativistes – [plutôt « formalistes » pour employer un vocabulaire plus malbergien] –, elles s'obligent à donner deux définitions de la constitution, l'une dans le fait, l'autre dans le droit »¹⁰³.

Carré de Malberg met sur le même plan et semble se situer de façon indistincte sur le plan intellectuel entre la théorie de l'Etat, le droit public et le droit constitutionnel¹⁰⁴. Bien évidemment, l'étude des données du droit en vigueur va l'amener à constater que la loi est l'expression première de la puissance étatique ; cependant, il est amené à observer également que si la loi constitue l'expression de la fonction la plus puissante des organes de l'Etat, « il paraît incontestable que la force inhérente aux actes des diverses autorités étatiques tient à la qualité en vertu de laquelle elles interviennent. Or, cette qualité, elles en sont investies par la Constitution »¹⁰⁵. En effet, dans sa démarche, le maître de Strasbourg estime qu'« après avoir constaté l'unité de l'Etat, il convient d'en rechercher le fondement ».

Il ajoute un élément fondamental qui relève véritablement de son épistémologie même si celle-ci n'a été que très peu systématisée : « le juriste est tenu de se demander quel est le fondement juridique de l'Etat une fois constitué »¹⁰⁶. Nous nous situons là au cœur de la pensée de l'auteur quant aux rapports entre l'organisation sociale et le droit – « la notion de droit présuppose l'organisation sociale » – ; organisation sociale dans une forme étatique selon les données du droit positif (« nation », « territoire », « puissance ») sont les trois critères de la définition juridique de l'Etat selon Carré de Malberg), ce qui fait que ce « droit, en tant qu'institution humaine, (...) ne naissant que par la puissance de l'Etat une fois formé, ne peut s'appliquer à la formation même de l'Etat. La science juridique n'a donc point à rechercher le fondement de l'Etat : la naissance de l'Etat n'est pour elle qu'un simple fait, non susceptible de qualification juridique »¹⁰⁷.

¹⁰³ D. BARANGER, « Temps et constitution », *Droits*, n° 30, 2000, p. 61.

¹⁰⁴ Les premières lignes de la *Contribution* sont encore visées... Il écrit : « Quant au droit constitutionnel, c'est – ainsi que son nom l'indique – la partie du droit public qui comprend les règles ou institutions dont l'ensemble forme dans chaque milieu étatique la Constitution de l'Etat. On ne peut donc pas aborder *l'étude du droit public ou de la Constitution de l'Etat* sans être amené à se demander quelle est l'idée qu'il convient de se faire de l'Etat lui-même » (t. 1, p. 1).

¹⁰⁵ G. BURDEAU, « Raymond Carré de Malberg. Son œuvre, sa doctrine », *RDP*, n° 2, 1935, p. 367.

¹⁰⁶ R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution...*, op. cit., t. 1, p. 51.

¹⁰⁷ R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution...*, op. cit., t. 1, p. 61.

La science du droit a pour objet de dégager et décrire l'existence juridique du pouvoir étatique, par le biais d'actes attestant la puissance d'organes habilités par le droit à exercer ladite puissance. « Il ressort finalement que l'Etat doit avant tout son existence au fait qu'il possède une Constitution » et « il faut en déduire que la naissance de l'Etat coïncide avec l'établissement de sa première Constitution, écrite ou non, c'est-à-dire avec l'apparition qui pour la première fois a donné à la collectivité des organes assurant l'unité de sa volonté et faisant d'elle une personne étatique »¹⁰⁸.

La Constitution est donc « le statut de la nation » et plus précisément peut-être, « le statut organique de la collectivité nationale », c'est-à-dire que « de fait et en droit positif, tout pouvoir s'exerçant dans l'Etat prend sa source dans une dévolution faite par la Constitution »¹⁰⁹, et il en va de même pour le pouvoir constituant qui ne peut pas se situer en dehors du droit, même si finalement, « on aboutit à cette constatation inévitable que la Constitution primitive de l'Etat... procède (...) [d'une] volonté constituante, dont la volonté constituée de l'Etat n'est qu'un produit et un succédané ; volonté, dès lors, qui est la véritable volonté souveraine, parce qu'elle est la volonté primaire constituante »¹¹⁰.

Nous en revenons donc au positivisme de Carré de Malberg, que le professeur Baranger oppose à un normativisme strict dans son rapport à la temporalité des règles en vigueur, et à l'ambiguïté de Carré de Malberg sur certains points, par exemple le statut de la connaissance historique dans la pensée juridique ; car comme il l'écrit lui-même, « s'il n'est pas possible de contester l'existence de préceptes de morale ou de justice supérieurs aux lois positives, il est certain aussi que ces préceptes ne sauraient, par leur seule vertu [« transcendant »] constituer des règles de droit »¹¹¹.

Mais il a tout de même besoin de tels « préceptes » sur le plan argumentatif pour fonder sa Théorie de la « constitution en vigueur »¹¹² et dégager par exemple la notion juridique (« paisible, régulière, juridique en un mot ») de pouvoir constituant, en s'appuyant sur l'article 1^{er} du titre VII¹¹³ de la Constitution de 1791 et de généraliser alors sur l'idée que

¹⁰⁸ R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution...*, op. cit., t. 1, p. 65.

¹⁰⁹ R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution...*, op. cit., t. 2, pp. 483-484.

¹¹⁰ R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution...*, op. cit., t. 2, p. 485.

¹¹¹ R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution...*, op. cit., t. 2, p. 490.

¹¹² R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution...*, t. 2, p. 499 : « le droit constitutionnel présuppose toujours une Constitution en vigueur. Par droit constitutionnel il faut entendre, non pas un droit qui aurait pour objet de constituer l'Etat, mais un droit qui n'existe que dans l'Etat déjà constitué et pourvu d'organes réguliers ».

¹¹³ « L'Assemblée nationale constituante déclare que la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution ; et néanmoins, considérant qu'il est plus conforme à l'intérêt national d'user seulement, par les moyens pris dans la Constitution même, du droit d'en réformer les articles ».

« les Constitutions contemporaines prennent soin habituellement de prévoir et de régler leur propre révision »¹¹⁴.

Rappelons-nous la tâche du juriste : « elle est modeste dans son but ; elle l'est aussi dans ses procédés, qui sont ceux d'une technique et d'un juridisme, dans lesquels le formalisme tient une place prépondérante ». La lecture de l'œuvre de théorisation majeure de Carré de Malberg nous fait bien sentir tout son embarras quant à la notion de Constitution, obligé de la séparer entre le droit et le fait, sans envisager que les éléments de la connaissance dans la sphère juridique, et de la recherche du sens des éléments composant l'ordre juridique et qui peuvent servir à résoudre des problèmes juridiques, sont autre chose que le seul contenu des « lois constitutionnelles » pour ce qui concerne l'objet de connaissance constitutionnel.

Le fait est quand même que « Raymond Carré de Malberg veut (...) maintenir le lien consubstantiel entre la Constitution et l'entité politique à laquelle elle se rapporte »¹¹⁵. Enfermé dans cette optique intellectuelle, renforcé en cela par sa méthodologie, la Constitution se retrouve absorbée derrière la notion formelle de « loi », expression de la puissance d'un seul et même organe législatif en des formes différentes.

Le constat cité précédemment trouve un écho intéressant dans une contribution plus ancienne où Georges Burdeau a pu écrire que le Maître de Strasbourg apparaît, à la lecture de son œuvre, « comme le théoricien infaillible de la conception française de la démocratie représentative »¹¹⁶, autour du principe de la « souveraineté parlementaire » ; si bien que cette pensée « s'est même progressivement transformée... en un dogme incontestable, en un dogme indépassable. Il en résulte que c'est désormais son opinion qui fait autorité en matière constitutionnelle »¹¹⁷, dans l'exposé du « droit positif »¹¹⁸.

¹¹⁴ R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution...*, t. 2, p. 498. Et, en corollaire de ce mouvement de généralisation, il cherche à valider aussi ses propres théories par un retour aux faits historiques. En témoigne cet extrait curieux : « Ainsi, la notion juridique de pouvoir constituant implique elle-même la préexistence d'un certain ordre et d'une certaine organisation constitutionnels. C'est là un point qui a été instinctivement compris par la première Constituante de 1789. Bien que cette assemblée fût décidée, dès l'abord, à réorganiser la nation sur des bases entièrement nouvelles (...), elle ne prétendit nullement s'attribuer, de sa seule volonté et grâce à sa seule force politique, un pouvoir, dont elle aurait été juridiquement dénuée : mais, elle soutint... qu'elle avait reçu de [la nation] un mandat à cet effet. (...) En d'autres termes, bien loin de traiter la nation comme inorganisée, elle partait de l'idée que la nation possédait déjà une certaine organisation et, en ce sens, une Constitution : elle se posait juridiquement en organe régulier de la nation » (t. 2, pp. 500-501).

¹¹⁵ O. BEAUD, art. « Constitution et droit constitutionnel », in ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003

¹¹⁶ G. BURDEAU, « L'apport de Carré de Malberg à la théorie de la loi », in *Relation des Journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg 1861-1935*, Annales de la Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Strasbourg, vol. XV, Dalloz, 1961, p. 99.

¹¹⁷ O. BEAUD, « La souveraineté dans la "Contribution à la théorie générale de l'Etat" de Carré de Malberg », *RDP*, n° 5, 1994, p. 1251. Dans le même sens, cf. P. BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, PUF, 2001, p. 35 : « La présentation du légicentrisme français peut donc légitimement s'organiser autour de la pensée constitutionnelle de Carré de Malberg. Ce choix n'est pas arbitraire... ».

¹¹⁸ Voir l'analyse de : G. BURDEAU, « L'apport de Carré de Malberg à la théorie de la loi », op. cit., p. 99.

En déroulant le fil de cette positivité, l'Etat est un organe corporatif, doté d'un statut de personnalité juridique souveraine. Cette souveraineté s'exprime en termes de « puissance », car « la souveraineté, c'est le caractère suprême d'une puissance »¹¹⁹ et cette puissance est souveraine par son caractère national, et « il ne peut être question d'exercice de la souveraineté qu'autant que celle-ci est identifiée avec la puissance publique »¹²⁰. L'analyse de l'exercice de cette puissance va se réaliser par le biais de la notion juridique de « fonctions » mais il met en garde que « quelles que soient l'étendue et la variété des compétences étatiques, cette théorie répond à la question de savoir au moyen de quels actes l'Etat remplit les diverses attributions qu'il a pu s'assigner »¹²¹. Carré de Malberg propose une distinction, selon lui « fort ancienne », entre trois fonctions ou « modes d'exercice » de la puissance étatique : la fonction législative, la fonction administrative et la fonction juridictionnelle. Il observe que « les Constitutions font dépendre la qualification et l'efficacité juridique des divers actes étatiques d'une question de forme et d'organe. (...) [Par conséquent] tout acte en forme législative émanant du Corps législatif possède la force effective de loi, comme aussi en sens inverse la décision émanant d'une autorité administrative ou judiciaire n'aura jamais la vertu législative »¹²².

Le professeur Eric Maulin rappelle ainsi que « dès la *Contribution* puis, surtout, dans les ouvrages ultérieurs, l'organe législatif est caractérisé à raison de la fonction qu'il remplit : représenter ou produire la volonté nationale souveraine. L'organe législatif a vocation à représenter la volonté nationale »¹²³. Dans son dernier ouvrage, confrontant les données du droit constitutionnel français avec « les idées de Merkl et Kelsen touchant à la formation de l'ordre juridique »¹²⁴, Carré de Malberg revient à des considérations proches de celles de la *Contribution* en rappelant avec une méthode éprouvée que « la loi a été considérée d'emblée, dans le système de création du droit fondé en France après 1789, comme faite en vertu d'une puissance d'initiative qui ne se manifeste qu'en elle, et comme prenant, quant à ses effets, une valeur qui peut à son tour être qualifiée de souveraine. (...) Par l'assemblée représentative, c'est la volonté générale et souveraine qui prend corps et qui s'affirme »¹²⁵.

¹¹⁹ R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution...*, op. cit., t. 1, p. 139.

¹²⁰ R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution...*, op. cit., t. 1, p. 141.

¹²¹ R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution...*, op. cit., t. 1, p. 262.

¹²² R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution...*, op. cit., t. 1, p. 268.

¹²³ E. MAULIN, « Préface », in R. CARRÉ de MALBERG, *Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degré avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Sirey, 1933, rééd. Dalloz, 2007, p. 8.

¹²⁴ E. MAULIN, *ibid.*, p. 1.

¹²⁵ R. CARRÉ de MALBERG, *Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degré...*, op. cit., p. 32.

Le principe malbergien est connu : la loi est l'expression de la volonté générale ; plus que cela, elle est la volonté générale, parce qu'« il n'y a de volonté véritable que celle qui se meut librement, sans être conditionnée par une volonté supérieure »¹²⁶. Il semble qu'il faille revenir sur le deuxième volume de la *Contribution* où, tirant les conséquences de la « théorie des fonctions » de l'Etat, Carré de Malberg en vient à évoquer de prime abord « les organes de l'Etat » ou « agents d'exercice des diverses fonctions de puissance étatique »¹²⁷. Il ajoute : « si maintenant l'on se demande d'où les détenteurs du pouvoir, quels qu'ils soient, ... tirent leur qualité d'organes de l'Etat, (...) il faut répondre, au point de vue juridique, qu'ils tiennent ce titre et qu'ils ont reçu leur vocation de l'ordre juridique établi à cet égard dans chaque Etat. Or, cet ordre juridique se trouve contenu dans la Constitution »¹²⁸ qui est selon les propres termes du Maître de Strasbourg, une « loi supérieure, fixant et arrêtant [les] pouvoirs »¹²⁹ permettant aux organes d'exercer une puissance bénéficiant du caractère étatique et qui, en outre, « se réservera à elle-même, c'est-à-dire qu'elle réservera à un organe constituant spécial, certaines matières... auxquelles... les lois ordinaires ne pourront point toucher ». Il introduit par là une distinction fondatrice de la modernité de la notion de Constitution telle que l'entend un ordre juridique comme celui de la France, c'est-à-dire une norme écrite et rigide, faisant la séparation entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués. Du coup, « la question de savoir en qui la souveraineté a son siège primordial... revient à se demander en qui réside le pouvoir constituant »¹³⁰.

A la suite de Carré de Malberg, les données d'une interrogation sur les fondements de la normativité constitutionnelle semblent posées au sein d'un méta-discours ayant l'Etat-ordre juridique comme objet ; reste le problème de la résolution du « rapport entre le droit positif et un niveau métapositif de référence »¹³¹ suivant l'hypothèse du caractère fondamental de la norme constitutionnelle.

¹²⁶ R. CARRÉ de MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, op. cit., p. 19.

¹²⁷ R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution...*, op. cit., t. 2, p. 143.

¹²⁸ R. CARRÉ de MALBERG, *ibid.*, p. 144.

¹²⁹ R. CARRÉ de MALBERG, op. cit., t. 2, p. 138.

¹³⁰ R. CARRÉ de MALBERG, op. cit., t. 2, p. 147.

¹³¹ cf. O. LEPSIUS, « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'Etat ? Point de vue allemand : de la théorie de l'Etat à la théorie des formes de domination », *RUDH*, n° 1-2, 2003, p. 86.

§ 2 – La distinction entre la norme fondamentale et la Constitution

Au plan normatif, le positivisme tel que le pratique Raymond Carré de Malberg trouve un niveau d'aporie dans l'explication d'un principe de validité aujourd'hui plus couramment admis et faisant que « les normes du degré législatif procèdent ainsi de celles préalablement établies par la Constitution »¹³², et de la « question » corollaire impliquée par un tel principe, celle « de la garantie et du mode de garantie de la Constitution, c'est-à-dire de la régularité des degrés de l'ordre juridique qui lui sont immédiatement subordonnés »¹³³. Dans son œuvre tardive, nous avons pu constater que le Maître alsacien « entreprend de discuter et, dans une large mesure, de réfuter la théorie de Merkl et Kelsen », particulièrement en ce qu'une « proposition fondamentale de la théorie de la formation du droit par degrés (...) consiste à soutenir que le rapport de la loi à la Constitution est un rapport d'exécution au même titre que celui qui relie la loi à l'acte particulier »¹³⁴.

Lorsqu'il publie son ouvrage critique en 1933, Carré de Malberg ne peut que constater que « [la *Stufentheorie*] a déjà exercé une influence trop sensible sur une partie de la littérature juridique »¹³⁵ française. Cette influence devient décisive chez Charles Eisenmann qui voit sa thèse sur la *justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* publiée et préfacée par Hans Kelsen de façon quasi-simultanée avec la traduction d'un article de l'auteur autrichien à la *Revue du droit public* durant l'année 1928, où celui-ci souhaite y présenter un « système dont [il] a donné un exposé d'ensemble dans "Théorie générale de l'Etat" (*Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925) », mais également les « meilleurs moyens » de réaliser de façon pratique ledit système, « [s'appuyant] à cet égard sur les expériences qu'il a faites (...) en sa qualité de membre et rapporteur permanent de la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche »¹³⁶. Avant de développer, au milieu des années 1930, une « théorie pure du droit », soit un exposé se situant « à un niveau d'abstraction suffisant pour lui permettre d'englober toutes les situations »¹³⁷, où l'Etat sera l'ordre juridique « par excellence » mais pas le seul ordre juridique envisageable, Kelsen s'en tient en 1928 à une assimilation entre droit et Etat, et la conséquence est que la théorie de l'Etat est aussi une

¹³² R. CARRÉ de MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, op. cit., p. 103.

¹³³ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 204

¹³⁴ E. MAULIN, « Préface », in R. CARRÉ de MALBERG, *Confrontation...*, op. cit., p. 6.

¹³⁵ R. CARRÉ de MALBERG, *Confrontation...*, op. cit., p. 1.

¹³⁶ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », op. cit., pp. 197-198.

¹³⁷ L. FAVOREU, « La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle », publié en annexe de la réédition de la thèse de C. EISENMANN, op. cit., p. 371.

théorie du droit. Inversement et de façon corollaire, la théorie du droit permet une connaissance juridique de l'Etat, envisagée comme ensemble normatif, source de fonctions existant sur un mode spécifiquement juridique. Ces fonctions « consistent en actes juridiques. Ce sont ou des actes de création du droit, c'est-à-dire de normes juridiques, ou des actes d'exécution de droit créé, c'est-à-dire de normes juridiques posées »¹³⁸. Le principe d'organisation de l'ordre juridique en découle : « chaque degré de l'ordre juridique constitue donc ensemble et une production de droit vis-à-vis du degré inférieur et une reproduction du droit vis-à-vis du degré supérieur »¹³⁹. Le système fonctionne selon un principe hiérarchique, et en tant que tel, celui-ci doit trouver un fondement ultime dans un principe de base et fondateur. Au sein de l'Etat, ce fondement se trouve dans la notion de « Constitution ».

Charles Eisenmann part également de ce constat en vue « de mener à bien l'œuvre de décapage du droit public français »¹⁴⁰, notamment par le biais de la proposition d'un « domaine de la justice constitutionnelle » qu'implique « la suprématie de la Constitution (...) dans l'Etat », ce qui « lui confère tout naturellement la qualité de mètre suprême de la régularité juridique »¹⁴¹. En replaçant le développement de l'ouvrage dans son contexte, le disciple kelsénien a conscience sur ce point que « vont précisément surgir les conflits et les divergences d'opinions (...) d'une importance décisive, car leur solution a pour enjeu les définitions premières, bien plus, la méthode et la conception mêmes de la science du droit »¹⁴². Ce type de construction, en ce que la définition d'un objet de discours trouve sa solution dans le rapport épistémologique du discours avec son objet, rappelle que la « théorie pure » se révèle dans la perception d'un « système pur du droit », soit une pensée juridique d'ordre général suivant laquelle une « métathéorie du droit a une influence sur la manière de décrire l'ordre juridique et sa structure »¹⁴³. Ainsi, la question de la garantie juridictionnelle de la Constitution « présuppose, pour être résolue, une notion claire de la Constitution. Seule la théorie (...) de la structure hiérarchique (*Stufenbau*) de l'ordre juridique est en mesure de la fournir. Il n'est même pas exagéré d'affirmer que seule elle permet de saisir le sens immanent de cette notion fondamentale de "Constitution" »¹⁴⁴. La fondamentalité relève d'une logique juridique (A) et procède d'une connaissance de type déductif, « par opposition à la Constitution au sens du droit positif », soit une réalité de contenu (B).

¹³⁸ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », op. cit., p. 198.

¹³⁹ H. KELSEN, *ibid.*, p. 200.

¹⁴⁰ M. TROPER, « Charles Eisenmann », in *Encyclopædia Universalis* (accès sur base électronique).

¹⁴¹ C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, pp. 12-13.

¹⁴² C. EISENMANN, op. cit., p. 2.

¹⁴³ M. TROPER, « Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen », in P. BOURETZ (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Esprit, 1991, p. 125.

¹⁴⁴ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », op. cit., p. 204.

A) Une construction logique

Entre Hans Kelsen et l'un des initiateurs principaux de la diffusion de ses écrits en France, Charles Eisenmann, l'accord intellectuel semble constant quant au caractère systématique de la science du droit, qui laisse apparaître alors que la Constitution ne s'envisage, en tant qu'objet de connaissance juridique, que dans le cadre de rapports de validité entre normes juridiques, soit des rapports de création et d'application envisagés au sein d'un système dynamique de production normative.

La thèse du professeur français sur la justice constitutionnelle reste une illustration d'un cadre épistémologique d'inspiration kelsénienne (1) ; constat qui ne rend sans doute pas compte de la complexité de leurs œuvres respectives, et pour laquelle il faudrait mettre en évidence de véritables « schismes » de la part de l'auteur français avec son maître autrichien, notamment dans l'application du paradigme de la pureté¹⁴⁵. En réalité, dès son ouvrage initial, si l'œuvre d'Eisenmann ne semble pas se référer au concept de norme fondamentale et au caractère transcendantal de l'expérience juridique¹⁴⁶, il n'en reste pas moins que le discours porte sur la structure méta-positive de la « hiérarchisation » et partant, la recherche de l'« ultime degré à l'édifice du droit interne (...) subordonnant la légalité ordinaire, et ainsi, indirectement, toutes les règles infra-légales, à la légalité constitutionnelle »¹⁴⁷. Tout autre registre ne ferait qu'« embrumer les idées juridiques ». La logique juridique s'impose comme celle des fondements normatifs de la réalité positive appréhendée (2), que ceux-ci soit désignés par la notion de « Constitution », ou le syntagme de « lois constitutionnelles »¹⁴⁸.

1. Une épistémologie d'inspiration kelsénienne

« De quelque façon qu'on définisse la Constitution, toujours c'est le fondement de l'Etat, la base de l'ordre juridique que l'on prétend à saisir. Ce qu'on entend avant tout et toujours par Constitution – et la notion coïncide à cet égard avec celle de forme de l'Etat, c'est un principe où s'exprime juridiquement l'équilibre des forces politiques au moment

¹⁴⁵ Sur ce point, voir : G. TIMSIT, « Science juridique et science politique selon Charles Eisenmann », in P. AMSELEK (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica – PUAM, 1986, p. 15 et s.

¹⁴⁶ cf. C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, op. cit., p. 86 (« le rôle proprement scientifique du juriste se borne, comme celui de tout savant, à une analyse et à une systématisation objectives et désintéressés – c'est-à-dire dans un esprit et avec des vues purement théoriques – d'une réalité donnée, existant en dehors de lui, qui s'impose à lui, dont il ne dispose pas davantage que le physicien de la nature »).

¹⁴⁷ C. EISENMANN, op. cit., p. 22.

¹⁴⁸ C. EISENMANN, op. cit., pp. 7-8.

considéré, c'est la norme qui règle l'élaboration des lois, des normes générales en exécution desquelles s'exerce l'activité des organes étatiques »¹⁴⁹.

Il s'agit là d'une idée récurrente dans l'œuvre de Kelsen, celle d'une distinction entre un sens rétréci de l'idée de Constitution et un « sens large », « ... qui est en jeu lorsque les Constitutions modernes contiennent, non seulement des règles sur les organes et la procédure de la législation, mais encore un catalogue de droits fondamentaux des individus ou libertés individuelles »¹⁵⁰. Cette distinction sert à mettre en valeur le sens strict, le seul nécessaire sur le plan méthodologique à la connaissance normative de l'ordre juridique dans sa structure hiérarchique. Dans sa *Théorie générale du droit et de l'Etat*, rédigée en 1945 aux Etats-Unis, il écrit encore que « la constitution de l'Etat, définie d'ordinaire comme la "norme fondamentale" de l'Etat, est le fondement de l'ordre juridique étatique. Le concept de constitution tel que l'entend la théorie du droit ne correspond pas exactement, il est vrai, au concept politique. Le premier désigne la constitution au sens matériel et comprend les normes qui règlent les normes qui règlent la procédure législative. Selon la théorie politique, ce concept englobe également les normes qui régissent la création et la compétence des organes exécutifs et judiciaires les plus élevés dans la hiérarchie »¹⁵¹. Il s'agit là de bien séparer la sphère de la science du droit et de toute autre considération qui relèverait de la politique juridique. Ces éléments se retrouvent dans la *Théorie pure du droit*.

Il y aurait là, selon nous, une formidable illustration du normativisme kelsénien, et de la proposition (énoncé descriptif) selon laquelle si le droit est un ensemble hiérarchisé (statique et surtout dynamique) de normes, la réponse au problème du fondement de la validité de ces diverses normes au sein de l'ordre juridique « ne peut consister qu'à la rapporter à la norme fondamentale de cet ordre juridique, autrement dit : elle réside dans l'assertion que cette norme a été créée conformément à la norme fondamentale »¹⁵².

La suite est complexe et nécessite d'abord de se rappeler que si l'ambition théorique de Kelsen se situe au niveau d'un projet épistémologique et sur la formation d'un discours « pur » sur le plan scientifique dans l'appréhension de l'objet « droit », le personnage n'est pas totalement étranger à des préoccupations de politique juridique, et son œuvre théorique s'apparente aussi à la systématisation d'une expérience unique à son époque et à laquelle il a participé. Mais son épistémologie lui impose de séparer de façon assez stricte les deux

¹⁴⁹ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution... », op. cit., p. 204.

¹⁵⁰ H. KELSEN, *ibid.*, p. 205.

¹⁵¹ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat* suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, trad. B. LAROCHE et V. FAURE, Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997, p. 308.

¹⁵² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} édition (1960), trad. C. EISENMANN, rééd. Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », 1999, p. 199.

sphères. Du coup, la connaissance dite « juridique » ne peut se situer dans le domaine des faits, la science devant construire son objet en une expérience « logique-transcendantale », ne pouvant se contenter de décrire une expérience de droit positif à un moment x donné, mais pouvant toutefois aider à le faire une fois établie.

Le lecteur comprend mieux pourquoi le Maître de Vienne établit, sur un plan systématique, que « la norme fondamentale opère institution de l'élément fondamental des opérations de création de droit ; et en ce sens, on peut la désigner en parlant par opposition à la Constitution au sens du droit positif de Constitution au sens de la logique juridique. Elle est le point de départ d'une procédure... de création positive du droit »¹⁵³.

Ramenée dans la sphère étatique, cette « opposition » implique une distinction entre le sens matériel, qui relève de la « logique juridique », et un sens formel qui renvoie à une notion de « constitution positive », ou « moderne », soit « un document qualifié de Constitution, qui – en tant que Constitution écrite – contient non seulement des normes qui règlent la création des normes juridiques générales, c'est-à-dire la législation ; mais également des normes qui se rapportent à d'autres objets politiquement importants, et, en outre, des dispositions aux termes desquelles les normes contenues dans ce document ne peuvent pas être abrogées ou modifiées de la même façon que les lois ordinaires, mais seulement par une procédure particulière, à des conditions de difficulté accrue. Ces dispositions représentent la forme constitutionnelle [qui] (...) sert en première ligne à stabiliser les normes que l'on a appelées la Constitution matérielle »¹⁵⁴.

L'idée d'« ordre » (dans son sens strict : « relation intelligible entre une pluralité de termes »¹⁵⁵), ou bien encore de « système » (« ensemble possédant une structure constituant un tout organique »¹⁵⁶), implique dans une pensée normativiste celle d'un « cadre formel et procédural »¹⁵⁷, image vague de quelque chose de fermé dans tous les cas qui fonctionne de façon « logique »¹⁵⁸ pour être « efficace ». Dans la méthodologie kelsénienne, cette efficacité passe par une sorte de simplicité apparente : « un ordre juridique est, essentiellement, un ensemble de normes qui prescrit aux organes de cet ordre d'appliquer des sanctions »¹⁵⁹.

¹⁵³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 198.

¹⁵⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 225.

¹⁵⁵ Voir : J. REY-DEBOVE, A. REY (dir.), *Le Nouveau Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, 1993.

¹⁵⁶ *Le Nouveau Petit Robert, ibid.*

¹⁵⁷ Voir : J. A. CARTY, « Ordre », in ARNAUD A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} édition, LGDJ, 1993, p. 416.

¹⁵⁸ Voir : G. TIMSIT, in ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy – PUF, coll. « Quadriga », 2003, p. 1462 et p. 1463

¹⁵⁹ C. LEBEN, « Ordre juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1114.

Cette sanction est un problème formel de « régularité », car le problème de la norme est étranger à la question éventuelle du contenu de cette même norme. Par exemple, pour Kelsen, « le catalogue de droits et libertés fondamentaux qui forme un contenu typique des Constitutions modernes n'est pour l'essentiel rien d'autre qu'une tentative pour prévenir l'établissement de [lois¹⁶⁰ qui seraient contraires à cet ensemble de principes guidant leur propre contenu] », qui n'est « efficace » que « si est instituée la possibilité de les attaquer et d'obtenir leur annulation »¹⁶¹ en la forme de « lois » où elles ont été promulguées ; d'où la conclusion très connue selon laquelle « l'inconstitutionnalité dite matérielle est en dernière analyse une inconstitutionnalité formelle, en ce sens qu'une loi dont le contenu est en contradiction avec les prescriptions de la Constitution cesserait d'être inconstitutionnelle si elle était votée comme loi constitutionnelle. Il ne peut donc jamais s'agir que de savoir si c'est la forme légale ou la forme constitutionnelle qui doit être observée »¹⁶². La « forme constitutionnelle » apparaît donc bien comme le seul aspect de la notion de Constitution valable dans le champ de la connaissance juridique selon Hans Kelsen. Le reste, comme la présence d'un catalogue et la proclamation de droits fondamentaux ramènent à une explication de « raisons politiques ». Le débat académique est connu : la science juridique n'est pas une science de faits, où les rapports d'existence empirique sont régis par la causalité. La science juridique ne peut être une science politique.

2. L'indistinction normative entre la Constitution et les lois constitutionnelles

Le travail d'Eisenmann sur la justice constitutionnelle semble être tombé dans l'oubli jusqu'à ce que « l'école d'Aix-en-Provence » ne l'exhume afin de trouver un fondement théorique au développement de la justice constitutionnelle en France, dans un pays où la doctrine dominante reste empreinte de légicentrisme. Pour le doyen Favoreu, ce travail est d'autant plus intéressant qu'il fait preuve d'un normativisme quasi pur et qui de ce fait également, tient une place vraiment à part dans l'œuvre du maître parisien. Le doyen Favoreu en a conscience : « l'exposé magistral que Charles Eisenmann a fait, en une centaine de pages, de la théorie générale de la justice constitutionnelle a pratiquement été oublié (...). L'explication tient peut-être au fait que Charles Eisenmann ne croit pas à la nécessité d'un

¹⁶⁰ Il n'y a qu'à se remémorer par exemple les termes de la plupart des articles de la Déclaration française des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

¹⁶¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 226.

¹⁶² H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution... », op. cit., p. 206.

contrôle de constitutionnalité des lois sous la III^e et IV^e République, et ne croit pas aux chances de développement d'une justice constitutionnelle sous la Ve République »¹⁶³. D'ailleurs, il n'est sans doute pas inutile de relever que cet exposé abstrait est une sorte de long prélude à la présentation systématique – la « justice constitutionnelle » – d'un cas particulier, l'Autriche, et la présence au sein de cet Etat d'une institution encore *ad hoc* à l'époque : la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche.

Dans cette optique méthodologique, la justice constitutionnelle ne peut être, rappelons-le, que « cette sorte de justice ou mieux de juridiction qui porte sur les lois constitutionnelles », ou dans un langage « souvent utilisé », sur la Constitution, mais ce dernier vocable doit être employé avec réserves rappelons-le, car il serait destiné à « embrumer les idées juridiques » ; c'est d'ailleurs cette idée qui a introduit notre réflexion sur le positivisme juridique.

Comme Carré de Malberg, les travaux d'Eisenmann portent des principes de conduite caractérisant la « tâche du juriste »¹⁶⁴. La présentation souvent faite de Charles Eisenmann est celle d'un disciple de Hans Kelsen, et il est vrai que sa thèse publiée en 1928 constitue sans doute le travail le plus kelsénien qu'il ait réalisé. Mais sur le plan épistémologique, les différences sont déjà notables et l'écart ne fera que grandir mais nous y reviendrons.

La charge en tout cas est explicite contre les doctrines de Maurice Hauriou, Léon Duguit ou François Gény, parce qu'en suivant ces préceptes, le juriste essaye de « tracer la limite entre le bien et le mal, le juste et l'injuste, le raisonnable et l'excessif »¹⁶⁵. Eisenmann est kelsénien en ce qu'il est positiviste d'inspiration germanique, soucieux de distinguer et de fonder la spécificité du savoir juridique. « Le positivisme juridique consiste essentiellement en la distinction radicale et rigoureuse de la science juridique d'une part et des sciences politique, sociale et morale de l'autre, ou (...) de la technique juridique et de la politique juridique »¹⁶⁶.

Pour arriver au résultat de cette séparation entre ces catégories de discours, l'auteur propose l'hypothèse, pour la construction et la réalisation d'une science du droit constitutionnel, de deux « définitions juridiques » des lois constitutionnelles ou de la Constitution qu'il prend comme notions synonymes. « Est. (...) matériellement constitutionnelle toute règle relative à la législation [« c'est-à-dire sur la création des normes

¹⁶³ L. FAVOREU, « La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle », publié en annexe de la réédition de la thèse de C. EISENMANN, op. cit., pp. 368-369.

¹⁶⁴ cf. *supra*.

¹⁶⁵ C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, op. cit., p. 84.

¹⁶⁶ C. EISENMANN, *ibid.*, p. 88.

juridiques générale]»; est au contraire formellement constitutionnelle toute disposition soumise aux formes de la législation constitutionnelle »¹⁶⁷. Il ressort tout de même que la Constitution est avant tout une forme. En effet, « toute règle de droit, quel qu'en soit l'objet, pourra en principe être "constitutionnalisée" en la forme »¹⁶⁸. Mais il est en réalité possible de dégager une conception formelle de la Constitution dans la thèse de Charles Eisenmann, dans deux sens différents ; sur un plan strictement formel que l'on vient de décrire, mais finalement aussi sur un plan matériel, la Constitution étant d'abord un corps de règles de procédures, c'est-à-dire « les règles sur la création des normes juridiques suprêmes d'un Etat (...), les règles de procédure législative ou de procédure constituante (...) [qui] sont en quelque sorte le noyau permanent... de la Constitution »¹⁶⁹. Par là, « il ressort que la Constitution forme le degré suprême ou, du point de vue dynamique, la source, le principe de l'ordre étatique tout entier : on ne trouve, dans la sphère du droit interne, rien "au-dessus" des règles constitutionnelles »¹⁷⁰. Comment l'auteur a-t-il pu formuler de telles hypothèses ?

Il faut partir de ce que dit l'auteur sur la démonstration précédente qui ne serait qu'une « simple condensation des résultats auxquels conduirait l'analyse directe de tout système de droit positif »¹⁷¹. C'est ici qu'il faut revenir au travail du juriste et à l'attitude positiviste qui est inhérente à cette posture intellectuelle. « La doctrine du positivisme juridique ou théorie pure du droit estime... que, comme tout autre, la science du droit est pure connaissance, que le rôle proprement scientifique du juriste se borne, comme celui de tout savant, à une analyse et à une systématisation désintéressées (...) d'une réalité donnée, existant en dehors de lui, qui s'impose à lui, dont il ne dispose pas davantage que le physicien de la nature »¹⁷². Charles Eisenmann assimile donc la « théorie pure du droit » au « positivisme juridique », et non au normativisme : « ce qui est normatif, c'est le droit (...). La science du droit... n'est pas une science normative, mais une science de normes »¹⁷³.

¹⁶⁷ C. EISENMANN, *ibid.*, p. 5 [et p. 3].

¹⁶⁸ EISENMANN, p. 5.

¹⁶⁹ EISENMANN, p. 7.

¹⁷⁰ EISENMANN, p. 9.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 9.

¹⁷² EISENMANN, p. 86.

¹⁷³ EISENMANN, p. 91.

B) La connaissance d'un objet « droit positif » sans contenu

Appliqué au domaine juridique, le positivisme admettrait l'idée que la science du droit, pour être une science, doit être une science de faits, ou portant sur une certaine factualité spécifiquement juridique ; en tout cas, portant sur une réalité observable par le scientifique, existant « en dehors de lui [et] qui s'impose à lui » et sur laquelle il n'a pas de prise.

Eisenmann semble avoir nourri tout au long de ses divers écrits systématiques sur le droit un dialogue épistémologique critique avec Kelsen, bien loin de l'image « de "disciple" de Kelsen » associée de façon hâtive à cette partie de l'œuvre d'Eisenmann et qui explique pourquoi le champ de la communauté des juristes connaît plus le professeur de droit administratif que le théoricien et le constitutionnaliste récemment redécouvert¹⁷⁴. « Certes, il a été le principal introducteur de l'œuvre kelsénienne par ses traductions (...) et ses propres recherches s'appuyaient souvent sur les hypothèses ou découvertes de Kelsen dont il partage beaucoup de points communs : son aversion à l'égard du jusnaturalisme... et sa défense toujours passionnée du positivisme juridique..., son "criticisme" qui emprunte beaucoup à la critique des idéologies qui obscurcissent le sens du droit positif »¹⁷⁵, qui lui fait d'ailleurs préférer rappelons-le l'expression de « lois constitutionnelles » à la notion de « Constitution ».

Eisenmann est kelsénien, en ce qu'il distingue la connaissance juridique de la connaissance des valeurs que peuvent véhiculer les règles de droit. Mais sa pensée théorique s'avère en réalité complexe et curieuse sur bien des points. Finalement, le positivisme de Charles Eisenmann est directement hérité de celui de Carré de Malberg en ce que « la pureté de la science n'exige pas de la science qu'elle ampute les réalités de leur réalité. Elle doit au contraire les prendre en considération dans tous leurs aspects. La théorie pure du droit n'exclut donc nullement que le juriste puisse être, du même mouvement et parce que précisément il est juriste, politiste également »¹⁷⁶. Il va sans doute plus loin sur ce point de la conjonction entre le droit constitutionnel et la science politique que le Maître de Strasbourg.

Répetons-le, Charles Eisenmann est kelsénien, mais plaide pour « un système kelsénien [qui ne soit] pas du tout, comme ses adversaires le lui ont souvent imputé et reproché, un "ir-réalisme", [qui ne soit] pas du tout ignorance systématique et volontaire de la

¹⁷⁴ Et la publication de : Charles EISENMANN, *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, réunis par C. LEBEN, Panthéon – Assas, 2002.

¹⁷⁵ O. BEAUD, « A propos des Ecrits de théorie du droit de Charles Eisenmann », *Droits*, n° 36, 2002, p. 191.

¹⁷⁶ G. TIMSIT, « Science juridique et science politique selon Charles Eisenmann », *op. cit.*, p. 19.

réalité : s'il est un normativisme, c'est un normativisme positiviste »¹⁷⁷. Olivier Beaud croit déceler « une bien plus grande ouverture intellectuelle [chez Eisenmann] que chez Kelsen, tendu très tôt vers le but de construire une théorie, et préoccupé ensuite par l'idée de la verrouiller. Rien de tel chez le juriste français »¹⁷⁸. Dans sa thèse par exemple, Eisenmann sépare strictement « l'étude juridique » et « l'étude politique, morale ou sociologique des règles de droit »¹⁷⁹ qu'il considère toutefois comme une réalité du domaine des faits. Cependant, si le positivisme juridique « pose en effet comme règle suprême de la science du droit la soumission à la réalité juridique, il n'en exclut nullement la critique ultérieure du point de vue politique ou moral ». Simplement, le juriste doit avoir à l'esprit « la distinction fondamentale entre jugements de valeur et jugements de réalité, appréciations et constatations, et, en conséquence, que [ses éventuels points de vue critiques] n'affectent jamais une réalité qu'il n'a pas faite et ne peut donc défaire »¹⁸⁰.

Le problème fondamental pour le maître parisien semble être que les « valeurs » sont à la base de la « réalité », et fondent même les comportements que le juriste va systématiser au sein de cette « réalité donnée ». Eisenmann n'est pas jusnaturaliste, sur le plan de la connaissance des valeurs au sein de la science du droit : « je crois que rien n'autorise, jusqu'à nouvel ordre, à affirmer que l'on ait démontré ni que l'on puisse démontrer, la bonté absolue de telles ou telles règles, de telle solution aux problèmes de législation »¹⁸¹. Mais, surtout, Eisenmann n'est pas universaliste quant à la définition de l'objet de la science du droit : « je [n'accepte] pas la proposition que norme juridique implique en soi positivité ; c'est seulement à l'idée de norme juridique valable dans une société donnée que ce caractère de positivité est inhérent »¹⁸². Ainsi, un constitutionnaliste normativiste estime qu'« il lui [appartient seulement] – à lui comme à tout juriste – de répondre (...) à des interrogations de ce type : que doit-il se passer, ou que peut-il se passer, sous l'empire d'un système de règles donné ? »¹⁸³. Le « pur » normativiste défendrait l'idée, dans un débat académique sur le droit constitutionnel, que ce savoir « aurait pour objectif suprême et unique la connaissance et la théorie des réglementations politiques établies *pro futuro* par les législateurs, en bref : la

¹⁷⁷ C. EISENMANN, « Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen », *Actes du Colloque de Strasbourg*, 1956, p. 70.

¹⁷⁸ O. BEAUD, « A propos des Ecrits de théorie du droit de Charles Eisenmann », op. cit., p. 191.

¹⁷⁹ C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, op. cit., p. 88.

¹⁸⁰ C. EISENMANN, *ibid.*, p. 90 et 91.

¹⁸¹ C. EISENMANN, « Le juriste et le droit naturel » (1959), in *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, op. cit., pp. 142-143.

¹⁸² C. EISENMANN, « Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen », op. cit., p. 71.

¹⁸³ C. EISENMANN, « Droit constitutionnel et science politique », *Revue Internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, t. VII, 1957, p. 74.

connaissance des Chartes constitutionnelles, qu'en conséquence [ne doit pas se préoccuper] de savoir si elles trouvent application »¹⁸⁴.

Eisenmann porte dans son œuvre la volonté de prouver la scientificité d'un discours spécifique, celui de la connaissance juridique. Mais Eisenmann semble reprocher à Kelsen, « exerçant sans scrupule cette liberté de pensée que le Maître reconnaît sans réserves à ceux qui se considèrent comme ses disciples très obligés »¹⁸⁵, le fait de refuser d'envisager le droit comme une science humaine. Kelsen base sa construction sur une stricte distinction épistémologique entre le *Sein* et le *Sollen*, et en ne faisant exister la connaissance juridique que dans le domaine du « devoir-être » et la relation entre deux « faits juridiques » (normes) seulement dans un "mode d'existence spécifique", celui de la validité. Ceci « signifie que "quelque chose (= ce que la norme prescrit – ou permet !) doit être fait ou ne doit pas être fait". En n'ajoutant pas : ... par quelqu'un, ou : par des hommes, Hans Kelsen tend à faire de cette validité quelque chose d'absolu »¹⁸⁶.

Il est curieux de constater que les critiques d'Eisenmann sur ce point sont formulés dans des termes presque similaires à ceux du danois Alf Ross qui a en partie remis en cause les préceptes kelséniens sur la conception du savoir juridique. Ross et Kelsen « sont aujourd'hui considérés comme les représentants et les chefs de file de ces deux tendances majeures du positivisme juridique contemporain, le normativisme et le réalisme. Il existe pourtant entre eux, par delà quelques traits communs¹⁸⁷, des différences et même des oppositions si graves et si importantes qu'elles ont pu paraître justifier aux yeux de chacun des intéressés une remise en cause de l'appartenance de l'autre à une conception commune de la science du droit »¹⁸⁸.

Sur le terrain de l'épistémologie, la critique de Ross prend des accents assez radicaux (voire provocateurs). Comparant la construction théorique de Kelsen à une « théorie réaliste¹⁸⁹ », Ross constate que « la validité, au sens normatif, n'a aucune fonction de

¹⁸⁴ C. EISENMANN, « Droit constitutionnel et science politique », *ibid.*, p. 78.

¹⁸⁵ C. EISENMANN, « Sur la théorie kelsénienne du domaine de validité des normes juridiques » (1964), in *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, op. cit., p. 407.

¹⁸⁶ C. EISENMANN, « Sur la théorie kelsénienne du domaine de validité des normes juridiques », *ibid.*, p. 412.

¹⁸⁷ Ross avait commencé sa thèse sous la direction de Kelsen. Les deux hommes ne pourront pas mener leur collaboration à son terme. Voir : E. MILLARD, « Présentation », in *Droit et société*, n° 50, 2002, « Une théorie empiriste du droit est-elle possible ? Lectures d'Alf Ross », p. 14.

¹⁸⁸ M. TROPER, « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et société*, n° 50, 2002, p. 44. Voir aussi, pour une critique sur l'écart entre l'empirisme postulé de la méthode rossienne et la conception supposée des systèmes juridiques sur laquelle repose le discours de « description du droit en vigueur » : R. GUASTINI, « Alf Ross : pour une théorie du droit et de la science juridique », in P. AMSELEK, *Théorie du droit et science*, op. cit., pp. 260-264.

¹⁸⁹ En italique dans le texte, cf. A. ROSS, « Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit », in A. ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, présenté par E. MILLARD, Bruylant – LGDJ, 2004, p. 23.

description et d'explication de la réalité. Sa fonction est de renforcer l'ordre juridique en proclamant que les obligations juridiques de cet ordre ne sont pas simplement des obligations juridiques, mais des devoirs moraux¹⁹⁰ ; ce qui fait de Kelsen un « quasi-positiviste », véhiculant dans son programme épistémologique des « [vestiges] de la philosophie jusnaturaliste » !

Eisenmann semblerait faire le même type de constat en soulignant que le caractère « absolu » de la notion de validité qui fonde la spécificité de l'objet « droit » dans sa qualité normative « porte à se représenter les normes, ou en tout cas les propositions de droit qui en sont la traduction, comme on le fait vulgairement des lois naturelles : énonçant des vérités sur les phénomènes et leurs relations, elles planent au-dessus d'eux, d'une existence indépendante des hommes, indifférentes à eux »¹⁹¹. Il faut tout de même relever rapidement qu'Eisenmann et Ross n'auront aucun lien intellectuel (ni personnel, ni de lecture) ; au contraire, certains estiment qu'en faisant le constat d'« un assez fort désintérêt dans notre pays pour les travaux du juriste danois » jusqu'à une période récente, « il faudrait... s'interroger sur le rôle de Charles Eisenmann qui, en œuvrant salutairement à la connaissance nécessaire de Hans Kelsen, a vraisemblablement contribué à occulter, dans un contexte peu favorable à la théorie du droit – le monde des juristes des années 1950 et 1960 –, un de ses principaux critiques »¹⁹². D'ailleurs, Ross fustige autant les quasi-positivistes que « les théories sociologiques ou quasi-réalistes du droit qui veulent déterminer le droit, en s'en tenant à sa réalité sociale »¹⁹³.

Sans dire bien évidemment que l'œuvre d'Eisenmann relève de cette deuxième catégorie et surtout, sans adhérer complètement à la vision rossienne, celle-ci permet néanmoins de relever que l'empirisme qui semble être présent dans les réflexions de Charles Eisenmann sert à réunir en fait les savoirs issus du droit constitutionnel et de la science politique, le tout réuni dans un projet d'« ultra-théorie » qui s'apparente en fait à une forme de « pan juridisme ». « La science politique ne peut, ne doit se concevoir sans la science juridique – science des normes relatives à l'organisation et l'activité du pouvoir. La science politique est aussi une science juridique. La connaissance des faits juridiques est indispensable à la connaissance des phénomènes politiques »¹⁹⁴.

¹⁹⁰ A. ROSS, « La validité et le conflit entre le positivisme juridique et le droit naturel », in *Introduction à l'empirisme juridique*, op. cit., p. 162.

¹⁹¹ C. EISENMANN, « Sur la théorie kelsénienne du domaine de validité des normes juridiques », in *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, op. cit., p. 412.

¹⁹² E. MILLARD, « Présentation », in *Droit et société*, n° 50, 2002, « Une théorie empiriste du droit est-elle possible ? Lectures d'Alf Ross », p. 13.

¹⁹³ A. ROSS, « Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit », op. cit., p. 24.

¹⁹⁴ G. TIMSIT, « Science juridique et science politique selon Charles Eisenmann », op. cit., p. 21.

Eisenmann semble s'engager dès lors sur un terrain risqué pour la science du droit. Il estime en effet que « la constitution de l'armature intellectuelle des Sciences du droit, des concepts-cadres est essentiellement affaire de la "Science normative". Mais quand il s'agit de comprendre un ordre juridique concret... le point de vue "extra-normatif" est indispensable »¹⁹⁵. Pourquoi considérer cela ? Ceci est une question de savoirs. « Le Droit constitutionnel et la Science politique ont, en commun, un objectif ou plutôt une série d'objectifs et d'objets : l'un et l'autre veulent connaître et exposer le système de gouvernement réel des Etats, leurs institutions politiques telles qu'elles sont. (...) Sur un plan de théorie générale, constitutionnalistes et *political scientists* s'attaquent pareillement au problème de la classification des systèmes de gouvernement, ou de tel de leurs éléments constitutifs (...); les uns comme les autres s'occupent de cette élaboration de ce types »¹⁹⁶. Dans cette perspective, « le droit positif – c'est-à-dire essentiellement les Constitutions ou les traités internationaux, selon les cas – apporte au juriste toute une série de réglementations, de systèmes d'organisation politique ou gouvernementale (...) et c'est lui juriste, à lui seul, qu'il appartient et incombe de mettre l'ordre intelligible, l'ordre de la connaissance, dans cette masse de matériaux de constituer un système... de classes ou catégories de types ayant chacun sa caractéristique, sa définition constitutive d'un concept, et de qualifier et répartir sur cette base les collectivités publiques concrètes, historiques »¹⁹⁷.

Cette conception de la science du droit – qui va d'ailleurs tomber dans l'oubli – « aboutit [à une forme d'« impérialisme » juridique] dont on doit admirer les ambitions. Mais dont on peut mettre en doute le réalisme »¹⁹⁸... Or, l'un des objectifs de la méthodologie eisenmanienne est justement de faire en sorte que le « système kelsénien » ne soit pas « du tout... un "ir-réalisme" »¹⁹⁹. Kelsen se heurte à un problème majeur concernant la pureté de son objet et de la connaissance scientifique qui en résulte : « la détermination des normes d'espèce sur la base d'un certain état des règles générales comporte une part de liberté pour celui qui en est chargé ; et ceci suffit à rendre cette tâche comparable à celle de la législation, dont elle n'apparaît plus séparée que par des différences de degré »²⁰⁰.

¹⁹⁵ C. EISENMANN, « Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen », op. cit., p. 72.

¹⁹⁶ C. EISENMANN, « Droit constitutionnel et science politique », op. cit., p. 81.

¹⁹⁷ C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique » (1966), in *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, op. cit., p. 298.

¹⁹⁸ G. TIMSIT, op. cit., p. 23.

¹⁹⁹ C. EISENMANN, « Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen », op. cit., p. 70.

²⁰⁰ C. EISENMANN, « Sur l'objet et la méthode des sciences politiques », in *La science politique contemporaine. Contribution à la recherche, la méthode et l'enseignement*, UNESCO, 1950, p. 134.

C'est pour cela semble-t-il que, dans l'esprit d'Eisenmann, la science du droit doit être une science de réalité, science humaine sans aucun doute, jusqu'à devenir une science sociale ? Eisenmann n'est bien évidemment pas allé jusqu'à ce type de conclusions. Il a néanmoins assumé une part de dogmatisme dans son approche de la science du droit, pensant « la discipline du droit constitutionnel dans un rapport intrinsèque avec la théorie de l'Etat, la science politique et l'histoire des idées politiques »²⁰¹.

²⁰¹ O. BEAUD, « A propos des Ecrits de théorie du droit de Charles Eisenmann », op. cit., pp. 194-195.

II. La distinction entre la Constitution et les lois constitutionnelles, objet d'une théorie herméneutique du discours étatique

La proposition de distinction entre la Constitution et les lois constitutionnelles consiste en un objet de discours sur le droit, en tant que construction herméneutique, se donnant pour objet de répondre à une nécessité constatée de montrer et d'appuyer, dans une sphère discursive de théorie juridique, une réelle spécificité de la norme constitutionnelle supposée applicable dans l'ordre juridique, et par là même, la spécificité du raisonnement de type contentieux qui peut se tenir sur cette base normative.

L'acte de volonté s'exprimant par cette distinction voudrait être validé au rang de proposition pour la suggestion de « projet [visant] à unir de nouveau le droit constitutionnel au "politique" et à l'Etat. L'appel à une *Théorie de la Constitution*²⁰² vise à combler le fossé creusé par le positivisme juridique entre le droit constitutionnel et la théorie générale de l'Etat »²⁰³. Cette herméneutique constitutionnelle s'impose comme indissociable d'une « conception »²⁰⁴ de « l'office et du rôle » censé être assigné « au juriste et à la science du droit », selon un modèle épistémologique large devant rester en mesure de *décrire* le droit constitutionnel dans l'*explication* de la nature politique de sa concrétisation, notamment par le biais de la *compréhension* des manifestations décisionnelles d'un pouvoir donné.

Il s'agit donc, en partie, d'une contribution à une querelle sur « la tâche du chercheur » en droit public. L'hypothèse de la réalisation de la supériorité normative de la Constitution par la mise en œuvre d'un principe de justice constitutionnelle de type kelsénien relève d'une dogmatique. Cependant, « la norme n'est pas le seul objet de la science du droit comme l'estime Kelsen, mais aussi *l'acte de volonté* dont cette norme est la signification. Par conséquent, l'objet de la science constitutionnelle n'est pas seulement la norme constitutionnelle mais aussi l'acte constituant qui a été évincé de la vision positiviste de la Constitution »²⁰⁵.

La Constitution « est ainsi le concept doctrinal qui permet de penser le droit positif », dans une posture *externe modérée*, selon une logique épistémologique inspirée du modèle hartien²⁰⁶, c'est-à-dire suivant une connaissance de l'objet « tout à la fois en dehors du droit

²⁰² En italique dans le texte. Il faut dire que cette citation est extraite de la préface à la traduction française de l'ouvrage éponyme de C. SCHMITT.

²⁰³ O. BEAUD, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », in C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, trad. L. DEROCHE, PUF, 1993, p. 75.

²⁰⁴ cf. O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 21.

²⁰⁵ W. SABETE, « Quelle théorie de la science juridique ? », op. cit., p. 1294.

²⁰⁶ F. OST, M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., pp. 465-466.

positif et dedans »²⁰⁷. En effet, le concept de Constitution fait l'objet d'une « proclamation solennelle » au sein des sources constitutionnelles formelles. Les termes de l'article 5 du texte fondamental, pour l'ordre constitutionnel en vigueur, dit de la « Constitution du 4 octobre 1958 » renvoient au « respect de la Constitution » auquel doit normalement « veiller » le Président de la République dans l'exercice de sa fonction ; de même que le Conseil constitutionnel « se prononce sur [la] conformité [des lois] à la Constitution » en vertu des articles 61 et 61-1²⁰⁸ du texte de 1958 modifié.

Comme a pu le souligner le professeur Jean-Marie Denquin, si « les constituants ont choisi de faire figurer ces termes dans le texte de 1958 », « les conséquences de l'adoption de [ces formules] demeuraient, faute de précédent, indéterminées »²⁰⁹. De ce point de vue, il apparaît de façon indéniable que la juridiction constitutionnelle s'est imposée, « au regard de l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution »²¹⁰, comme un procédé de concrétisation juridique de ce principe du « respect de la Constitution »²¹¹. Plus précisément, « la régulation²¹² en question présente sans doute un caractère plus juridique que l'*arbitrage* politique confié au chef de l'Etat, mais elle paraît se référer au même univers mental et à la même notion de Constitution »²¹³. Le développement du discours réside dans des façons d'interpréter un contenu supposé, suivant la construction d'un type constitutionnel de discours déterminé par la fonction attachée à ce contenu, « dans l'orientation qu'il faut donner à l'interprétation en fonction d'un concept de la constitution ou, plus exactement, d'une théorie de la constitution qui permette de fournir des points de vue directeurs obligatoires et de fonder des structures dogmatiques gouvernant l'interprétation »²¹⁴. Pour le juriste publiciste ayant la concrétisation de la norme constitutionnelle pour objet, la distinction entre la Constitution et les lois constitutionnelles est conçue comme une structure pré-compréhensive, nécessairement développée en tant que doctrine constitutionnelle (§ 1), au fondement du sens du pouvoir de droit constitutionnel (§ 2) au sein de l'Etat.

²⁰⁷ L. HEUSCHLING, *Etat de droit. Rechtsstaat. Rule of Law*, Dalloz, 2002, p. 16.

²⁰⁸ cf. CC, n° 2010-3 QPC, 28/05/2010, *Union des familles en Europe*, publ. *JO*, 29/05/2010, p. 9730, à l'issue de laquelle il est décidé que « le troisième alinéa de l'article L. 211-3 du code de l'action sociale et des familles est conforme à la Constitution », bien que le sens de l'habilitation définie par l'article 61-1 du texte constitutionnel est celui d'une « atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ».

²⁰⁹ J.-M. DENQUIN, « Sur le "respect de la Constitution" », in D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Les 50 ans de la Constitution. 1958 – 2008*, op. cit., pp. 115-116.

²¹⁰ CC, n° 92-313 DC, 23/09/1992, *Rec.* 94, cons. 2.

²¹¹ CC, n° 85-197 DC, 23/08/1985, *Rec.* 70, cons. 27.

²¹² cf. CC, n° 62-20 DC, 06/11/1962, *Rec.* 27, cons. 2 : « il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un *organe régulateur* de l'activité des pouvoirs publics... ».

²¹³ J.-M. DENQUIN, op. cit., p. 117.

²¹⁴ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Les méthodes d'interprétation de la Constitution : un bilan critique », in *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, trad. O. JOUANJAN, Bruylant – LGDJ, 2000, p. 247.

§ 1 – Une construction en termes de doctrine constitutionnelle

Sur la normativité du principe constitutionnel, il apparaît que le discours qui « ne se borne pas à la description des normes mais [qui] s'étend à saisir aussi leur contenu et leur intensité normative »²¹⁵ n'est pas dominant dans le champ de la science juridique institué autour du droit constitutionnel envisagé comme discipline autonome de savoir. Toutefois, si la science du droit construit son objet, à l'instar du professeur Olivier Beaud, « il nous semble (...) [qu'une] éthique de neutralité scientifique est contraire au métier de juriste publiciste qui est appelé – à un moment donné ou à un autre, et qu'il le veuille ou non – à défendre une cause politico-juridique »²¹⁶. Le postulat herméneutique dans la lecture systémique de l'objet, que nous appellerons travail théorique, amène à penser que cette construction revêt irrémédiablement une part prescriptive. Si le droit positif constitue l'objet d'étude de la science du droit, en tant qu'objet d'ordre interprétatif, celui-ci s'impose comme objet relatif par nature (un *Sollen*) qui induit un « relativisme constructiviste » au *métalangage* à vocation scientifique le prenant justement pour objet, et pour reprendre une terminologie de science sociale weberienne. L'objet de la théorie est la compréhension d'un système existant pour une connaissance empirique au regard d'une logique construite par l'observateur, qui n'exclut pas le relevé de certaines incohérences. Il pourrait être rétorqué que l'invalidité positive de certaines hypothèses affecte nécessairement le modèle dans son ensemble. Mais si la part *interprétative-constructive* conduit à la critique de certaines solutions de droit positif et à soulever leur caractère inconciliable avec une structure théorique, la validation ou l'invalidation de celle-ci ne peut s'apprécier que dans le champ auquel elle s'adresse : celui de la science du droit et de l'interprétation non authentique de l'ordre juridique dont elle souhaite contribuer également à la construction intellectuelle.

En d'autres termes, bien que la science du droit soit distincte de son objet, elle ne peut être totalement en dehors de considérations de droit positif. « Il convient même d'aller plus loin et d'admettre que l'observateur est obligé lui aussi de prendre en compte le langage des acteurs du droit »²¹⁷. Néanmoins, le caractère idéal du *métadiscours* fait que le débat scientifique peut avoir lieu, conception(-s) contre conception(-s). Le risque alors est que la confrontation puisse revêtir un tour polémique. En matière constitutionnelle, le discours contemporain « [n'entendant] pas couper le cordon ombilical qui relie le droit constitutionnel

²¹⁵ W. SABETE, « Quelle théorie de la science juridique ? », op. cit., p. 1294.

²¹⁶ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 21.

²¹⁷ O. BEAUD, op. cit., p. 22.

et la politique »²¹⁸ semble avoir recours à la re-découverte de la théorie du droit d'un auteur aussi sulfureux, sur un plan politique justement, comme Carl Schmitt (A). Pourtant, sur la normativité de l'idée constitutionnelle, une distinction entre la Constitution et les lois constitutionnelles ressort bien de sa *Théorie de la Constitution* (B).

A) La théorie schmittienne du droit

1. La science du droit et son contexte : le « problème Schmitt »²¹⁹

L'interrogation est un peu exagérée mais révèle une inquiétude réelle. La référence à venir à la *Théorie de la Constitution* est une reprise volontaire du titre de l'ouvrage de Carl Schmitt, paru en 1928²²⁰ mais traduit pour la première fois en français dans le début des années 1990. A l'époque où le professeur Olivier Beaud a réalisé ses travaux de thèse et écrit la « Préface » de la traduction de l'œuvre de Schmitt, le monde intellectuel et scientifique en était encore à la redécouverte d'un auteur discuté selon les propres termes de son traducteur. L'engagement au sein du régime nazi était connu. Comme dans beaucoup de cas, les interrogations étaient légitimes, l'époque étant particulièrement troublée. Engagement ? Oui. Contestation ? Apparemment, non. Activisme au sein du régime ? De plus en plus de certitudes. Mais après la traduction d'autres ouvrages²²¹ et d'articles²²² écrits après l'avènement du régime, le doute n'est désormais plus permis. Oui, Carl Schmitt était un auteur nazi, un théoricien du nazisme. Un intérêt renouvelé sur son parcours lèvera les incertitudes sur son niveau d'engagement qu'il aura tenté lui-même de minimiser après la fin de la Seconde Guerre mondiale²²³ jusqu'à sa mort en 1985. L'utilisation de ses écrits pose alors de nombreuses questions²²⁴, même si le scientifique doit normalement se garder de jugements de valeurs, il ne peut bien évidemment le faire que jusqu'à un certain point²²⁵...

²¹⁸ F. SAINT-BONNET, « La double genèse de la justice constitutionnelle en France », *RDP*, n° 3, 2007, p. 754.

²¹⁹ C'est la revue *Droits* (n° 38, 2003) qui a consacré un dossier au « problème Schmitt » dans lequel on peut trouver une analyse poussée du professeur Stéphane Rials (p. 183 et s.) sur un ouvrage cité *infra* (note 221) qui a relancé le débat sur le degré d'implication de Schmitt dans le régime nazi. Les conclusions sont accablantes.

²²⁰ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Duncker et Humblot, 1928.

²²¹ Le plus polémique : C. SCHMITT, *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec d'un symbole politique*, Seuil, coll. « L'ordre philosophique », 2002 (*Der Leviathan in des Staatslehre des Thomas Hobbes : Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, Hanseatische Verlagsanstalt, 1938).

²²² cf. revue *Cités*, n° 14, 2003 : « Le Führer protège le droit » (1934) et « La science allemande du droit dans la lutte contre l'esprit juif » (1936).

²²³ Il faut noter la parution d'un ouvrage : J.-W. MÜLLER, *Carl Schmitt : un esprit dangereux (A dangerous mind : Carl Schmitt in post-war European thought)*, Armand Colin, 2007.

²²⁴ Voir le n° 131 de la revue *Le débat* paru en 2004. « Dès lors que l'on n'ignore plus rien de l'antisémitisme de Schmitt, quelle attitude adopter à l'égard des grands textes qui lui ont valu d'être considéré par de nombreux commentateurs comme un authentique théoricien ? », s'interroge par exemple C. COLLIOT-THELENE avant de

Mais la jeunesse de l'esprit rime bien souvent avec son impertinence. Le philosophe Jean-François Kervégan interpelle cette pensée immature quand il écrit que « les écrits de Schmitt ne sont pas "convenables" : non pas en raison des choix détestables qui furent les siens, mais parce qu'ils ne partagent pas les présupposés, rarement clarifiés, plus rarement encore justifiés, du discours politique [et juridique] dominant »²²⁶. Il est vrai que son étude stipulative et systématique sur le concept de constitution est quasiment unique en son genre dans la littérature juridico-politique.

La voie possible d'une telle référence réside selon nous dans des postulats herméneutiques que nous avons essayé de définir comme références méthodologiques²²⁷, en particulier ceux tirés de la philosophie des sciences sociales de Paul Ricœur. Dans cette optique, « la distanciation est un passage obligé... s'agissant de l'interprétation des textes. (...) Le texte acquiert une triple autonomie, par rapport à l'intention de l'auteur, à l'égard de la situation culturelle et sociale de production du texte, par rapport aux premiers destinataires. Autrement dit, il appartient au texte « de se décontextualiser, tant au point de vue sociologique que psychologique, et de pouvoir se recontextualiser autrement »²²⁸, et ce, grâce à l'acte de lecture »²²⁹.

démontrer tout de même l'utilité des écrits de Carl Schmitt dans le champ de la philosophie politique (cf. « Carl Schmitt à l'index ? », *Le débat*, n° 131, 2004, p. 129). Voir aussi : G. DUSO, « Pourquoi Carl Schmitt ? », *Le débat*, n° 131, p. 138 (avec quelques mots du même débat en Italie et sur les milieux intellectuels dans lesquels l'œuvre de Schmitt a refait surface) ; sur le même thème et sur une contribution portant sur la France en partie, cf. P. RAYNAUD, « Que faire de Carl Schmitt ? », p. 160 et s., avec des remarques semblables à celle de G. DUSO sur la résurgence contemporaine de Schmitt à gauche des échiquiers politiques, surtout à l'extrême gauche dans une recherche de critique globale du libéralisme.

²²⁵ Dans un ouvrage dirigé par Paul AMSELEK, *Théorie du droit et science* (PUF, coll. « Léviathan », 1994), Michel TROPER et Danièle LOCHAK exposaient leurs divergences sur ce point. Dans le volume cité, le débat portait exactement sur l'attitude de la doctrine sous le régime de Vichy, notamment au moment de l'entrée en vigueur des lois sur le statut des Juifs. Si Mme LOCHAK évoque « une neutralité impossible » (p. 293), Michel TROPER préfère quant à lui une distinction kelsénienne entre la science du droit proprement dite et une autre discipline, la dogmatique juridique (cf. p. 317 et s. ; la distinction repose sur « une différence d'objet : les propositions de la science du droit décrivent des normes en vigueur, la dogmatique des normes applicables »). Mais qu'il nous soit permis de ne pas être kelsénien sur ce point, surtout quand le grand maître autrichien écrit que « chaque droit positif peut être considérée juste d'un certain point de vue politique et, en même temps, d'un autre point de vue tout autant politique, être jugé injuste. Mais ce ne peut être le cas de la science du droit qui, comme toute science véritable, n'évalue pas son objet, ne le justifie ni ne le désapprouve de manière émotionnelle mais qui, au contraire, l'explique rationnellement » (H. KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », trad. COPPENS, *Droit et Société*, n° 22, 1992, p. 560). Certes, mais l'argument est un peu facile et permet de justifier finalement beaucoup de choses. Pour en revenir à nos travaux, nous assumerons que la réflexion sur la justice constitutionnelle s'inscrit dans le cadre plus global d'un certain type de démocratie, régime politique particulier. On parle d'Etat de droit, de « démocratie constitutionnelle », mais en tout cas de l'encadrement de sociétés qui reconnaissent un certain nombre de « valeurs particulières » (voir : D. ROUSSEAU, « L'Etat de droit est-il un Etat de valeurs particulières ? », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 885).

²²⁶ J.-F. KERVEGAN, « Questions sur Carl Schmitt », *Le débat*, n° 131, 2004, p. 159.

²²⁷ cf. Chap. introductif, II.

²²⁸ P. RICŒUR, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique, II*, Seuil, coll. « Esprit », 1986, p. 366.

²²⁹ J. MICHEL, *Paul Ricœur. Une philosophie de l'agir humain*, Éd. du Cerf, coll. « Passages », 2006, p. 270.

En quoi Carl Schmitt peut-il être un point de référence important ? Nous pensons qu'il s'agit essentiellement d'un conflit d'écoles que nous avons déjà pu apercevoir dans les lignes précédentes. Pour résumer, il faut reconnaître que les positivistes, qu'ils soient normativistes ou réalistes, ont une référence : la « théorie pure » de Hans Kelsen. L'œuvre du professeur Michel Troper en est finalement la meilleure illustration et la théorie réaliste de l'interprétation qu'il porte se veut plus l'achèvement et une défense²³⁰ de la pureté du modèle kelsénien qu'autre chose. Toute sa littérature fourmille d'exemples, mais le plus intéressant est sans conteste sa critique de la réception de Kelsen dans la doctrine constitutionnaliste française dominante. Il semble regretter vivement que l'on puisse faire usage de l'œuvre de Kelsen afin « de montrer la légitimité du contrôle de constitutionnalité ». Michel Troper relève fort justement ensuite qu'« il y a d'ailleurs dans cet usage quelque chose d'étrange. L'ambition de la *Théorie pure du droit* est de fonder une science du droit, dont toute trace d'idéologie serait éliminée (...) ; le fait même de poser la question de la légitimité est absolument incompatible avec la *Werfreiheit* »²³¹. Le problème est que l'ambiguïté provient de Hans Kelsen lui-même, quand dans la somme de ses écrits, il est possible de rattacher un moyen (le contrôle de constitutionnalité) à une fin (la hiérarchie des normes et la supériorité de la Constitution) dans des considérations sur la démocratie²³². Le professeur Troper serait-il défenseur du modèle scientifique positiviste kelsénien dans la sphère de la connaissance de l'objet « droit » contre Hans Kelsen lui-même²³³ ?

L'objet de ces lignes n'est pas de répondre à cette question, mais nous pouvons déjà avoir l'intuition d'un conflit épistémologique possible et latent sur un certain nombre de problèmes théoriques fondamentaux (le droit, l'Etat, la démocratie...). Des travaux aussi

²³⁰ En témoignage sa défense de Kelsen contre les critiques virulentes présentes dans les écrits de l'un des tenants de l'école réaliste scandinave, Alf Ross ; cf. M. TROPER, « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et Société*, n° 50, 2002, part. pp. 46-53.

²³¹ M. TROPER, « Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français », in C. MIGUEL HERRERA (dir.), *L'actualité de Kelsen en France*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 32.

²³² Cf. H. KELSEN, *La démocratie. Sa nature sa valeur (1932)*, réimpr. Dalloz, 2004, pp. 83-84. Sans aucun rapport avec le développement du droit administratif dans la jurisprudence du Conseil d'Etat en France à la même époque, mais plutôt dans la lignée intellectuelle de Max Weber et son idéal-type de légitimité légale-rationnelle du pouvoir dans les sociétés développées, Kelsen considère que « l'idée de légalité, bien qu'elle conduise à limiter la sphère d'application du principe démocratique, doit cependant être maintenue pour la réalisation de la démocratie [et] on doit demander pour la démocratie toutes les institutions qui garantissent la légalité de l'exécution (...). Mais ce ne sont pas seulement les normes individuelles posées par les actes administratifs, ce sont encore les normes générales des règlements et plus particulièrement des lois qui peuvent et doivent être soumises à un contrôle juridictionnel, portant... pour les secondes sur leur conformité à la Constitution. Ce contrôle incombe à la justice constitutionnelle. Et cette fonction a d'autant plus d'importance dans une démocratie que le respect de la Constitution dans la procédure législative constitue un intérêt éminent de la minorité ».

²³³ Sur l'ensemble des rapports entre les théories de Kelsen et Troper, voir : C. LEBEN, « Troper et Kelsen », *Droits*, n° 37, 2003, p. 14 et s.

divers sur un plan paradigmatique que ceux des professeurs Olivier Beaud et Olivier Cayla semblent pouvoir se rejoindre dans ces considérations de théorie générale du droit. Au niveau disciplinaire au moins, leurs thèses respectives prennent pour même objet le droit constitutionnel et relève finalement d'un même conflit au sein du champ de la science du droit. Le professeur Cayla explique ainsi « qu'en tentant de mener une analyse de l'acte de langage souverain, c'est au cœur de la théorie "moderne" de l'Etat, et de son concept central de souveraineté politico-juridique, qu'on est confronté. (...) Toutefois, en abordant la notion d'acte de souveraineté, il ne s'agira nullement de parvenir à des résultats foncièrement divergents de ceux dégagés par O. Beaud, mais au contraire de répondre, par un biais pragmatique différent »²³⁴ à un problème théorique imposant de déconstruire « les notions élémentaires du droit constitutionnel des Etats démocratiques contemporains ». Mais, finalisé de la sorte, ce type d'entreprise se trouve vite face à l'écueil de devoir « s'émanciper (...) de la figure tutélaire de Kelsen »²³⁵.

Nous en arrivons irrémédiablement à la question de la science du droit elle-même, particulièrement dans le domaine du droit constitutionnel concernant l'application de la norme constitutionnelle. Rappelons-nous les considérations du professeur Dominique Rousseau sur la structure du « champ constitutionnel » et la concurrence entre les « institutionnalistes » et les « nouveaux constitutionnalistes » dans les années 1980, ces derniers étant « c'est-à-dire ceux qui enseignent, étudient et font étudier la jurisprudence constitutionnelle, la constitutionnalisation du droit et les droits fondamentaux »²³⁶. Pour Olivier Cayla, ce mouvement est synonyme de victoire du paradigme kelsénien (normativiste) selon lequel « il n'y a de science du droit que s'il y a un objet "droit" à décrire, et il n'y a de droit que si la Constitution "est" du droit, et pas du simple fait, c'est-à-dire une "norme" »²³⁷. Le constat est sévère : « ce qu'il s'agit d'obtenir, c'est un objet "droit" suffisamment distingué de tous les autres objets du monde, selon des critères neutres et impartiaux, autant dire "scientifiques", susceptible d'être décrit dans le texte des manuels ou oralement dans les amphithéâtres, afin de communiquer aux étudiants des facultés de droit qui puisse être, rigoureusement, celui de l'exclusive connaissance »²³⁸.

²³⁴ O. CAYLA, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, thèse (dact., 2 vol.), Paris II, 1992, p. XXII et p. XXIII.

²³⁵ O. CAYLA, *ibid.*, p. XIII.

²³⁶ D. ROUSSEAU (dir.), *Le droit dérobé*, Montchrestien, 2007, p. 2.

²³⁷ O. CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans. 27-28 octobre 1999. Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999, p. 107.

²³⁸ O. CAYLA, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, op. cit., p. XVI ; pour un développement encore plus détaillé : Id., « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », pp. 107-123. Comp. : M. TROPER, « Kelsen et l'idéologie des

L'interrogation qui s'impose à ce niveau de réflexion est la suivante : qui en face de Kelsen ? La question mérite une reformulation. Si l'ensemble de la communauté des juristes semble à peu près en accord sur la posture positiviste (nous ne décrivons pas un quelconque droit imaginaire), peut-on envisager un autre paradigme quant à la conception de la science du droit duquel les réalistes comme Michel Troper n'ont pas voulu se sortir malgré une conception particulière de l'objet normatif ? Mais où se situe la limite à un tel mouvement ?

C'est à ce moment qu'apparaît le nom de Carl Schmitt. Le professeur Olivier Beaud répond aux interrogations précédentes dans un article très personnel sur son rapport à l'œuvre de Schmitt. Il explique que « le premier intérêt d'étudier Schmitt porte à [son] avis sur sa contribution à la réflexion sur le droit lui-même » et reconnaît avoir lu « son œuvre comme une sorte d'*antidote à la pensée de Kelsen*²³⁹ »²⁴⁰, lui qui procède dans sa thèse à « une analyse dogmatique de la souveraineté, menée à partir de l'histoire et de la théorie constitutionnelles »²⁴¹. Le problème majeur rappelons-le est que cette théorie constitutionnelle n'existe pas pour ainsi dire dans la sphère doctrinale publiciste française.

Sans verser dans l'anti-positivisme, la référence à Schmitt rappelle un postulat fondamental, qui découle d'ailleurs de tous les autres postulats que nous avons essayé de décrire afin de mener le mieux possible ces travaux : celui de l'impureté²⁴² de l'objet de la construction théorique dans le champ de la science du droit. Un théologien allemand, Jacob Taubes, l'un des plus fins connaisseurs de la pensée de Schmitt, résumait en termes simples l'épistémologie schmittienne : « Schmitt s'est battu contre une chose : la théorie pure du droit. La pure théorie juridique était en effet, celle sans aucun égard pour l'histoire réelle. Kelsen en est pour ainsi dire le symbole de base »²⁴³. La mise en garde est la suivante : « défendre une théorie du droit pur, c'est tomber victime du positivisme absolu, c'est-à-dire être obligé d'obéir à tout ordre étatique »²⁴⁴. Bien évidemment, la contextualisation de la connaissance postulée dans ces travaux nous rend sensible à ce type de considérations, mais que peut

constitutionnalistes français », op. cit., pp. 30-31. Nous pensons qu'Olivier Cayla vise particulièrement « l'école d'Aix-en-Provence » sous l'influence (« l'ombre tutélaire » pour reprendre ses propres termes) du Doyen Louis Favoreu. Il est utile de se référer au Manuel de Droit constitutionnel fondé par cette école. (cf. L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, 13^{ème} édition, Dalloz, coll. « Précis », 2010, la « Préface » de l'éminent Doyen et les développements de J.-L. MESTRE sur « l'évolution et la mutation du droit constitutionnel au XXe siècle, aux pp. 20-27).

²³⁹ En italique dans le texte... comme un aveu malheureux.

²⁴⁰ O. BEAUD, « Carl Schmitt, juriste nazi ou qui fut nazi. Tentative de réexamen critique », *Droits*, n° 40, 2004, p. 215.

²⁴¹ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 201.

²⁴² cf. L. HABIË, « L'impur objet de la science du droit », *Droits*, n° 11, 1990, p. 93.

²⁴³ J. TAUBES, *En divergent accord. A propos de Carl Schmitt*, Rivages, 2003, p. 90.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 92.

apporter Schmitt dont l'œuvre s'apparente à un support théorique à des valeurs contre lesquelles se sont développés les ordres juridiques constitutionnels européens (pour faire court) ? L'intérêt se situe dans la posture théorique que la lecture de cette œuvre implique dans l'appréhension de l'objet « Constitution », et la séparation entre une notion politique (la « Constitution » proprement dite) et une notion juridique (les « lois constitutionnelles »). Le positivisme dominant a quelque peu effacé cette distinction du langage juridique, employant les deux expressions de façon indistincte.

2. La posture épistémologique : une théorie de l'existence politique

Dans une revue de théorie juridique, le philosophe Nicolas Tertulian pose une interrogation brutale à la recherche en science du droit : « La pensée de Schmitt est-elle indispensable à la démocratie ? »²⁴⁵

Convaincu que l'interrogation juridique ne peut faire fi de l'interrogation sur le plan des valeurs, il est clair que le nom de Carl Schmitt est véritablement effrayant. La re-découverte de cet auteur est relativement récente en France, sous l'influence d'auteurs comme Olivier Beaud, Olivier Jouanjan, ou le philosophe Jean-François Kervégan. Elle semble correspondre avec la mort de l'auteur en 1985. Cette re-découverte, d'abord teintée d'un intérêt certain afin d'alimenter l'interrogation épistémologique dans la doctrine juridique française dominée par les canons du positivisme kelsénien, se traduit aujourd'hui par un rejet total, une mise « à l'index »²⁴⁶ de cet auteur dans le champ scientifique français, comme s'il fallait se laver d'une ignorance, d'un égarement qui aurait conduit certains intellectuels à la tentation de se laisser séduire par des postulats aux fondements d'une idéologie abjecte.

Il faut souligner un point qui pourrait peut-être expliquer certaines choses : dans sa préface à la traduction française de la *Théorie de la Constitution*, Olivier Beaud rappelle un

²⁴⁵ Cf. revue *Droits*, n° 40, 2004, p. 189. Ce type de questionnement renvoie au fait que l'interrogation philosophique revêt bien souvent un caractère quelque peu « brutal » pour tout champ de savoir scientifique, avec en l'espèce une idée toujours dérangeante pour quelqu'un qui s'interroge sur les assises de sa sphère de connaissance, et de son autonomie en tant que science... L'idée de droit est-elle consubstantielle à celle de « démocratie » ? L'idéal démocratique subordonne-t-il le contenu et la description des concepts juridiques ? Plus que jamais, il nous semble que la connaissance juridique ne peut se passer d'un effort de contextualisation des conditions de construction dudit champ de savoir, et qu'une certaine idée de droit est liée à l'émergence et à la consolidation de certains principes rattachés à un concept démocratique de l'exercice du pouvoir étatique ; mais de là à dire que cet idéal démocratique lie le caractère juridique de certains mécanismes destinés à réguler la société et devenant par là même du « droit », il y a peut-être là la clé de ce qui sépare les questionnements sur le droit et le politique. « La pensée de Schmitt est-elle indispensable à la démocratie » ? Sans doute pas, mais quand bien même le constat d'une stricte réponse négative à ce premier problème épistémologique, la réponse pour ce qui concerne le droit ne lui est pas soumise.

²⁴⁶ Voir : C. COLLIOT-THELENE, « Carl Schmitt à l'index ? », *Le Débat*, n° 131, 2004, p. 128 et s.

élément étonnant sur les rapports apparemment plus que distants entre Carl Schmitt et la pensée juridique française. En fait, ces relations ne fonctionnaient que dans un seul sens. Carl Schmitt est indéniablement francophile sur le plan culturel, lui qui pourtant ressentit comme une humiliation envers l'Allemagne la signature du Traité de Versailles en 1919. « Pourtant aucun autre constitutionnaliste étranger ne connaissait aussi bien la doctrine juridique française (...) [Et] pour s'en tenir au droit constitutionnel, il faut noter son admiration pour Maurice Hauriou qu'il considérait... comme le seul juriste contemporain avec lequel il était en accord de pensée »²⁴⁷. Pour M. Beaud, cette connivence intellectuelle (du moins pour l'auteur allemand) proviendrait de leur « commun catholicisme » affiché. C'est sur ce point qu'il est possible d'avancer que « l'œuvre constitutionnelle de Maurice Hauriou a en tout cas marqué celle de Schmitt qui s'en est probablement inspirée tout en la déformant, en la purgeant de toute dose de libéralisme »²⁴⁸ ; Schmitt, comme Hauriou, souhaite intégrer la question de la légitimité dans la sphère de la théorie du droit, rejetée par le positivisme dominant, car consubstantiel d'une certaine forme de cognitivisme éthique. Pourtant, pour certains auteurs minoritaires, « la légitimité n'est pourtant pas étrangère au droit dans la mesure où toute étude du pouvoir politique ne peut en faire l'économie. Au sens strict, la légitimité désigne en effet le droit du pouvoir à commander et à imposer sa volonté »²⁴⁹. Pour Maurice Hauriou, l'objet « essentiel » de sa théorie de l'institution « est de démontrer que la fondation des institutions présente un caractère juridique et qu'à ce point de vue les fondements de la durée juridique sont eux-mêmes juridiques »²⁵⁰. L'institutionnalisme de Schmitt peut donc être étudié avec prudence, conservateur et teinté de décisionnisme, mais simplement juste « révélateur de la part démoniaque de [« l'histoire de la pensée politique moderne »] : le nationalisme »²⁵¹.

²⁴⁷ O. BEAUD, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », Préf., in C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, trad L. DEROCHÉ, PUF, coll. « Léviathan », 1993, pp. 7-8.

²⁴⁸ O. BEAUD, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », op. cit., p. 8. La note de bas de page correspondant à cette citation mérite aussi d'être citée. Qu'il nous soit excusé les citations nombreuses du seul Olivier Beaud mais force est de reconnaître qu'il est véritablement, avec Olivier Jouanjan notamment, le spécialiste en France de la doctrine constitutionnelle allemande de la République de Weimar. Sur les rapports Hauriou / Schmitt, il écrit sur le point renvoyé dans cette note qu'« en gros, Schmitt radicalise à peu près toutes les idées d'Hauriou dans un sens autoritaire, antilibéral. Il y a du décisionnisme chez Hauriou, mais toujours tempéré par le recours au juge. La différence majeure porte à la fois sur leur culture politique et sur leur catholicisme, thomisme dans un cas et augustinisme dans le second. Hauriou s'intéresse toujours à la valeur pratique du droit, Schmitt est beaucoup plus doctrinaire » (*Ibid.*, note 10, p. 8).

²⁴⁹ J.-M. FEVRIER, « Sur l'idée de légitimité », *RRJ*, n° 1, 2002, p. 368.

²⁵⁰ M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », in *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bloud & Gay, 1933, p. 96.

²⁵¹ C. COLLIOT-THELENE, « Carl Schmitt à l'index ? », op. cit., p. 137.

Il est plus clairement établi aujourd'hui, suite à de nouvelles traductions d'ouvrages et publications d'articles inédits en français que Carl Schmitt est un auteur nazi et antisémite. Enfin, il semble quand même que Schmitt apparaît plus viscéralement antisémite que nazi, « pangermaniste » plus qu'exterminateur (au sens physique du terme) ; en témoigne peut-être sa mise à l'écart de la sphère officielle (insistons sur cet adjectif) du régime vers 1936. Mais il apparaît clair aussi que sa connivence passée (et à venir sur le plan intellectuel) lui a assuré une protection certaine suite à son exclusion du parti nazi puisqu'il garde sa chaire à l'Université de Berlin, acquise avec l'arrivée du nouveau régime. Non seulement il est affublé par ses détracteurs du titre de « *Kronjurist* » du III^{ème} Reich naissant²⁵², mais son œuvre constitue un fondement théorique, d'une part à la prise de pouvoir « démocratique » par un seul « Führer » (guide), mais également à l'organisation et à l'assise de l'ensemble de ce pouvoir autour dudit chef, par une manipulation habile et orientée des concepts juridiques communs à l'ensemble de la pensée juridique allemande de cette époque, appuyée par un conservatisme théologique qui lie l'histoire au « destin » politique du peuple allemand, corps politique « concret » qui a besoin d'exister en tant qu'entité unique sur le plan politique.

La théorie du droit schmittienne (et de l'Etat, car Schmitt a d'abord pour ambition de se faire une place dans le champ universitaire allemand marquée dans le prolongement du 19^{ème} siècle par la tradition de la *Staatslehre*) s'égaré en réalité vers une philosophie existentialiste du politique, et un asservissement de la « norme » aux décisions les plus fondamentales du corps politique. Or, comme le souligne Denis Trierweiler, « pour l'existentialisme politique, tout ce qui relève de la règle, de la norme, reste embourbé dans la quotidienneté. Voilà pourquoi la politique, c'est le destin »²⁵³.

Le dépassement du normativisme honni par Schmitt passe par une réflexion sur une capacité de décision, afin de conjurer la part déterministe liée à l'idée de « destin » décrite par Denis Trierweiler, qui revêt alors son sens premier d'une « puissance qui, selon certaines croyances, fixerait de façon irrévocable, le cours des événements », selon la définition d'un grand dictionnaire. Voici donc l'essence du politique et cette idée de Schmitt que « tout ordre (*Ordnung*) repose sur une décision, et même le concept d'ordre juridique (...) repose, à l'instar de tout ordre, sur une décision et non sur une norme »²⁵⁴. Avant de tendre vers un

²⁵² Voir, par exemple : Y.-C. ZARKA, « Carl Schmitt, l'ennemi substantiel et la législation nazie », *Droits*, n° 40, 2004, p. 173 et s. (« en particulier [sur les] lois de Nuremberg du 15 septembre 1935, concernant la citoyenneté allemande et la protection du sang allemand »).

²⁵³ D. TRIERWEILER, « Remarques sur la discrimination ami/ennemi et sur le *jus publicum* européen », *Droits*, n° 40, 2004, p. 203.

²⁵⁴ C. SCHMITT, *Théologie politique* [I, 1922], trad. J.-L. SCHLEGEL, Gallimard, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », 1988, p. 20.

institutionnalisme afin de lier son projet à la question déterminante de l'histoire et du temps long comme facteur légitimant, il apparaît chez Schmitt une forme de politisme radical : la théorie du droit repose sur un élément politique ; et ainsi pourrait être réglée la question du fondement du droit, ne reposant pas sur une fiction métaphysique produite par lui-même, et c'est bien évidemment la *Grundnorm* kelsénienne qui est visée ici. Pour Schmitt en effet, il semble que « la thèse normativiste de l'autofondation de l'ordre... juridique revient à éluder le geste qui, à ses yeux, ne saurait être réduit au rang d'un simple schème formel ou au statut de "préalable externe" »²⁵⁵ au champ de la connaissance dont l'objet est le juridique. Le juridique est même soumis à cet élément politique, bien que le politique puisse admettre un encadrement par le droit, « comme dans la pratique constitutionnelle de l'Etat de droit, entre différentes instances qui se tempèrent et s'équilibrent mutuellement »²⁵⁶. Mais le politique est d'une nature différente, il est lié à la question de la souveraineté selon Schmitt, et celle-ci ne peut se révéler que dans une « sphère extrême », ou un « cas limite » et rappelons-nous la définition célèbre : « est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle »²⁵⁷.

« Le rapport de la politique et du droit » ne peut être « lisible [que] dans les situations d'exception et dans l'impossibilité de neutraliser les situations d'exception, plus généralement la dimension d'exception des processus politiques qui instituent le droit, le "conservent" ou le mettent à l'épreuve »²⁵⁸. En réalité, la pensée de Schmitt sur la nature humaine relève d'une anthropologie pessimiste.

Revenons alors au vocable de « destin » dans l'analyse et la tentative de caractérisation de l'élément politique au fondement de la théorie de l'Etat schmittienne. Il résume en fait à merveille selon nous à la fois la dimension théologique de la pensée de Schmitt sur l'Etat, critiquant avec vigueur la sécularisation²⁵⁹ de concepts religieux liés à la

²⁵⁵ J.-F. KERVEGAN, « La critique schmittienne du normativisme kelsénien », in C.-M. HERRERA (dir.), *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, L'Harmattan, 1995, p. 241.

²⁵⁶ C. SCHMITT, *Théologie politique* [I, 1922], op. cit., p. 17.

²⁵⁷ C. SCHMITT, *Ibid.*, p. 15.

²⁵⁸ E. BALIBAR, « Schmitt : une lecture "conservatrice" de Hobbes ? », *Droits*, n° 38, 2003, p. 151.

²⁵⁹ Cf. C. SCHMITT, *Théologie politique* [I, 1922], op. cit., p. 46 : « Tous les concepts prénants de la théorie moderne de l'Etat sont des concepts théologiques sécularisés. Et c'est vrai non seulement de leur développement historique, parce qu'ils ont été transféré de la théologie à la théorie de l'Etat – du fait, par exemple, que le Dieu tout-puissant est devenu le législateur omnipotent », en vertu des préceptes du « rationalisme de l'*Aufklärung* [Philosophie des Lumières] » dont l'influence peut se mesurer durant « les XVIIe et XVIIIe siècles (...) jusqu'à la Révolution française » (p. 57) ; pour une analyse de « l'analogie "constructive" entre théologie et droit », cf. G. MARRAMAIO, « Pouvoir et puissance. A propos de Carl Schmitt », in C.-M. HERRERA (dir.), *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, op. cit., p. 70.

Pour Schmitt, « l'idée de l'Etat de droit moderne s'impose avec le déisme, avec une théologie et une métaphysique qui rejettent le miracle hors du monde et récusent la rupture des lois de la nature » (*Théologie politique*, p. 46). Il est intéressant de relire dans cette optique avec attention le Préambule et certains articles de

véritable nature du pouvoir dans les sociétés libérales ou « [Etats] de droit bourgeois », mais également son aveuglement faisant prévaloir une profonde conviction de la finalité de l'« esprit allemand » sur un autre type d'esprit qualifié d'« ennemi ». Le « destin » a besoin alors d'un autre sens pour mieux comprendre l'objet de la construction de l'« unité politique » du « peuple allemand » dans la philosophie politique de Carl Schmitt. Le « destin » ne relève plus alors du déterminisme religieux ou mythologique, mais il prend un sens décisionniste de maîtrise de sa propre existence. Il est intéressant de pouvoir avoir conscience de ce que l'on n'est pas. Schmitt exprime alors toute la dimension pessimiste de sa vision de la nature humaine. Le constat est connu et il s'inspire probablement du misanthropisme fondamental d'auteurs tels que Hobbes ou Machiavel²⁶⁰ : l'homme n'est pas bon à l'état de nature mais pour survivre, il a besoin tout de même de s'associer avec d'autres semblables au sein d'une société politique pour former un être collectif : un « peuple ». Le fondement de la société politique, c'est donc l'unité qui nécessite « un principe d'identification qui [ait] valeur de critère ». « La distinction spécifique du politique, à laquelle peuvent se ramener les actes et les mobiles politiques, c'est la discrimination de l'ami et de l'ennemi. (...) Le sens de cette

la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qui naviguent au milieu de cette relative ambiguïté dans la consécration des « droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme », notamment dans l'idée que les « actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, [puissent] être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique ». Dans l'idée de Schmitt, il serait possible d'analyser la mise en place de ce nouveau pouvoir, en rupture avec l'ordre établi qui s'apparente à une suspension des « lois fondamentales du Royaume » en utilisant une expression de Jean Bodin, par l'imposition d'une croyance immuable dans les conditions de réalisation du « maintien de la Constitution » et par là, du « bonheur de tous », les éventuelles « distinctions sociales ne [pouvant] être fondées que sur l'utilité commune » (article 1^{er}), d'où une relative méfiance du « peuple » de la part des bourgeois menant la Révolution, et une plus grande confiance dans un être abstrait, la « Nation », qui surtout est un concept juridique dont le contenu est maîtrisé par ceux-là même qui l'ont inventé et qui vont pouvoir le modifier parce qu'ils auraient la qualité pour représenter l'Être que ce concept personnifie. Dès lors, « Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément » (article 3). Il n'y a plus de place que pour la raison collective du « Corps législatif » (article 2 du titre III de la Constitution de 1791) de la Nation, composée par « délégation » (même texte) des pouvoirs des assemblées primaires de « citoyens actifs » (art. 2, section II, chap. 1^{er} du Titre III du texte de 1791). Il y aurait là l'origine de la sécularisation propre aux sociétés libérales, dans l'émergence de ce principe de représentation de quelque chose d'abstrait, au contraire de l'incarnation d'un corps concret. Comme l'observe l'un des premiers traducteurs de Schmitt en France, « inéluctablement s'installe le libéralisme qui ronge, affaiblit, dépolitise, relativise les tensions politiques. En un certain sens, les démocraties libérales signifient tout simplement la fin du politique. L'œuvre entière de Schmitt dramatise les enjeux de cette question, dans des formulations souvent lapidaires, parfois obscures, souvent stimulantes » (J.-L. SCHLEGEL, article « Carl Schmitt », in *Encyclopædia Universalis*, source Internet).

Au-delà de Carl Schmitt, c'est l'idée même de démocratie représentative qui est en cause, et cette réflexion est lancée depuis près d'une vingtaine d'années dans le champ de la science politique en France, sous l'impulsion des travaux de Pierre Rosanvallon ; et cette mise en cause concerne bien évidemment l'objet premier de notre étude, l'émergence du pouvoir du juge constitutionnel et la question de son insertion dans une théorie de l'Etat de droit dont le principe de pouvoir repose sur un paradigme démocratique de représentation du « peuple ». La conclusion sera sans doute de l'ordre d'un relativisme démocratique. Ce constat permet d'appréhender aussi les raisons (pas toutes) de la relative séduction que peut avoir dans certains milieux de pensée la « contre-révolution » schmittienne.

²⁶⁰ « Chez lui, l'humanité n'est pas devenue synonyme de sentimentalité » ; voir : C. SCHMITT, « Machiavel », in C. SCHMITT, *Machiavel – Clausewitz. Droit et politique face aux défis de l'histoire*, Krisis, 2007, p. 35 et s.

distinction... est d'exprimer le degré extrême d'union et de désunion, d'association et de dissociation »²⁶¹ de l'entité politique.

Prédomine alors un principe d'uniformité au fondement de toute la construction politique de Schmitt, et en premier lieu sur l'existence concrète du « peuple allemand » et de son pouvoir, de nature anti-républicaine. « L'exclusion de l'hétérogène est un corollaire naturel de la doctrine schmittienne et on peut y déceler à juste titre les germes de sa future adhésion au principe nazi de l'*Artgleichheit* (de l'homogénéité raciale) »²⁶².

C'est en effet la tendance actuelle dans l'interprétation de l'œuvre de Schmitt, prise désormais comme un tout quant à sa relation au nazisme. « Ce n'est [effectivement] pas par hasard que Schmitt est devenu si profondément nazi »²⁶³ et pour Stéphane Rials, « il n'est plus possible de lire Schmitt – tout Schmitt et non point les "textes nazis" de Schmitt – autrement que mit *brennender Sorge* – et, je le redis, pitié car il est bien laid d'être laid »²⁶⁴, allant jusqu'à « lancer un affectueux appel à ceux que la réflexion juridique critique de Schmitt a pu retenir un temps, de bien veiller à ne pas compromettre leur légitime refus du conformisme (...), leur si raisonnable aspiration à la radicalité de la pensée (...) avec le noir combat d'un homme sans doute brillant mais exagérément mauvais, dépourvu... de cette beauté qu'il est tentant de dire morale »²⁶⁵.

Le problème majeur réside dans le fait que la lecture de Schmitt s'inscrit dans un débat fondamental : celui de l'objet de la théorie du droit et de l'Etat de droit constitutionnel, ou

²⁶¹ C. SCHMITT, *La notion de politique. Théorie du partisan* [1932], trad. M.-L. STEINHAUSER, Flammarion, coll. « Champs », 1992, p. 64. C'est peut-être cela le plus effrayant : la simplicité et la généralité du propos, qui semble mener à l'évidence de la substantialité de l'ennemi chez Schmitt, car si la distinction ami/ennemi « permet... de comprendre le politique dans sa teneur la plus essentielle, concrète et existentielle (...), dans ce couple ami/ennemi, c'est surtout sur l'ennemi que Schmitt insiste le plus » (Y.-C. ZARKA, op. cit., p. 178) et dont il s'attache à donner la définition tout au long de son essai sur *La notion de politique*. La figure du juif s'impose vite comme sous-entendue derrière les divers détours employés dans le livre selon Denis TRIERWEILER car « la théologie politique de Carl Schmitt est un résidu de sa foi en un christianisme pur et absolu, autoritaire et unique, elle est le produit dégénéré de tout monisme en tant qu'unité ultime : un dualisme » et dès lors, la distinction politique entre l'ami et l'ennemi s'inscrit dans le débat « théologique extrêmement complexe » sur le peuple élu, et la question de la légitimité de la nouvelle alliance et l'émergence du Nouveau Testament. « Pour Carl Schmitt, le judaïsme représente une mise en question de sa christologie autoritaire, mise en question du pouvoir absolu qu'il pense voir dans le dogme de l'infailibilité » (D. TRIERWEILER, op. cit., p. 201 et 202).

²⁶² N. TERTULIAN, « La pensée de Schmitt est-elle indispensable à la démocratie ? », op. cit., p. 191. Ceci apparaîtra effectivement de façon éclatante dans l'ouvrage *Etat, mouvement, peuple* qui paraît à la fin de l'année 1933, juste après l'arrivée du parti national-socialiste au pouvoir et la nomination de Hitler au poste de chancelier. Voir : C. SCHMITT, *Etat, mouvement, peuple. L'organisation triadique de l'unité politique*, trad. A. PILLEUL, Kimé, 1997, notamment : p. 48 et s. (« Le principe de guidance et l'identité raciale : concepts fondamentaux du droit national-socialiste ») et pp. 74-75 le « commentaire » indispensable d'A. PILLEUL sur ce chapitre.

²⁶³ Y.-C. ZARKA, « Carl Schmitt, l'ennemi substantiel et la législation nazie », op. cit., p. 174.

²⁶⁴ S. RIALS, « Le chrétien Schmitt et le juif Jésus », *Droits*, n° 40, 2004, p. 172.

²⁶⁵ S. RIALS, « Hobbes en chemise brune. Sur un livre de Carl Schmitt et le problème Schmitt », *Droits*, n° 38, 2003, p. 242.

bien encore des données acceptables dans une théorie constitutionnelle qui prétend rester potentiellement une science à l'envers de certains axiomes dominants. Dans ce débat, Schmitt est devenu lui-même le cas « extrême » ou « limite ». Mais Olivier Beaud se fait fort de rappeler quand même que la « différence de perception sur la nature et l'objet même du droit constitutionnel déborde... le cas du seul Schmitt qui [reste tout de même] emblématique d'une certaine manière de faire du droit constitutionnel, (...) à penser ainsi le droit constitutionnel comme un droit politique, irréductible à une lecture purement contentieuse », c'est-à-dire vouloir par exemple « "saisir" entièrement la "politique" par [le] "droit" et de faire de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, l'instrument [par excellence] de cette saisie »²⁶⁶, comme la doctrine dominante semble le faire depuis les années 1980-1990, bien qu'elle soit elle-même partagée sur le plan épistémologique et méthodologique sur l'étendue du caractère interprétatif de la connaissance juridique s'il est aussi facile de résumer par exemple la césure entre l'école d'Aix-en-Provence et celle de Dominique Rousseau à Montpellier. Nous devons bien reconnaître que nos postulats nous rapprochent du paradigme discursif du professeur Rousseau, même si l'influence d'auteurs comme Jürgen Habermas permet certes de s'interroger sur la forme du régime politique (démocratique plus précisément) produit par l'existence d'une sphère de justice constitutionnelle ; interrogation fondamentale, mais qui ne semble pas s'intéresser au caractère constitutionnel de cette sphère de production de sens de certaines normes spécifiques. Pour de mauvaises raisons et pour des objectifs indéfendables, il faut bien avouer que seul Carl Schmitt a voulu produire un discours sur la notion de « Constitution » et sa nature politique, au fondement de la production de moyens et techniques juridiques, inscrits dans des lois constitutionnelles, en vue de la réalisation de certains objectifs et le respect de certains principes.

²⁶⁶ O. BEAUD, « Carl Schmitt, juriste nazi ou juriste qui fut nazi. Tentative de réexamen critique », *Droits*, n° 40, 2004, p. 217.

B) Une herméneutique de la Théorie de la Constitution

L'objet à appréhender selon des principes herméneutiques pour nos travaux dans la somme des écrits de Carl Schmitt est l'ouvrage *Théorie de la Constitution*, paru en 1928 et traduit en France en 1993 dans un volume préfacé par Olivier Beaud, préface dont il admet le caractère inadéquat relevé par Stéphane Rials étant parti « de l'hypothèse selon laquelle n'ayant pas été nazi avant 1933, Carl Schmitt n'avait pu se rallier au régime que par opportunisme, et non par conviction profonde et intime. (...) Rappelons l'argument en deux mots : un auteur conservateur, voire réactionnaire, essaie de s'accommoder d'un régime, la République de Weimar, qu'il déteste »²⁶⁷.

La simple lecture du plan de l'ouvrage paraît confirmer, au-delà de toute minimisation d'opinions indéfendables déjà profondes chez l'auteur, l'idée que le Schmitt rédigeant sa *Théorie de la Constitution* propose en quelque sorte un manuel critique de droit constitutionnel weimarien, même si la « constitution de Weimar » n'apparaît en tant que telle dans les intitulés de l'ouvrage que dans le dernier tiers²⁶⁸ de celui-ci. Le procès en naïveté fait par certains aujourd'hui à des auteurs aussi éminents et insoupçonnables dans leur démarche qu'Olivier Beaud paraît fortement exagéré. Il n'est pas faux d'écrire de façon analytique qu'en 1928, l'ambition première de Schmitt est de vouloir « rompre avec sa relative marginalité [dans le monde universitaire allemand sous la République de Weimar] et obtenir une consécration professionnelle auprès de ses collègues juristes »²⁶⁹, voire se poser « comme le chef de file [d'un] renouveau doctrinal »²⁷⁰ en train d'émerger dans le monde germanique au sens large, critique de positivisme de Kelsen inspiré dans ses origines par Georg Jellinek, et amorcé par des auteurs comme (Heinrich Triepel et surtout) Rudolf Smend.

Le reste de l'ouvrage *Théorie de la Constitution* évoque plutôt la « constitution moderne » d'un « Etat de droit bourgeois »²⁷¹, ce qui confirme sans trop pousser l'investigation – et s'il était nécessaire de le confirmer – que la philosophie politique schmittienne relève d'un esprit clairement anti-Lumières qui peut constituer une clé pour « démontrer, à l'inverse de la légende schmittienne, qu'il n'a pas voulu vraiment sauver Weimar, mais seulement favoriser l'émergence d'une "contre-constitution allemande" qui est

²⁶⁷ O. BEAUD, « Carl Schmitt, juriste nazi ou juriste qui fut nazi. Tentative de réexamen critique », op. cit., p. 210.

²⁶⁸ Chap. 27, p. 489 et s. de l'édition française (PUF, coll. « Léviathan », 1993).

²⁶⁹ O. BEAUD, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », Préface in C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, PUF, coll. « Léviathan », 1993, p. 15.

²⁷⁰ O. BEAUD, *ibid.*, p. 22.

²⁷¹ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, PUF, coll. « Léviathan », 1993, p. 263 et s.

le synonyme d'un régime autoritaire »²⁷², et d'une vision particulière de la démocratie, qui s'exprime d'ailleurs habilement de façon épars²⁷³ dans cet imposant volume.

Prenons par exemple le cas de l'analyse des critères permettant d'établir la « légitimité d'une constitution »²⁷⁴, elle-même critère absolu de l'« existence politique » de ladite constitution. C'est notamment ici que la théorie schmittienne du droit, même dans sa tentative de légitimation institutionnaliste, conserve indéniablement un paradigme décisionniste. En d'autres termes, la théorie du droit de Schmitt n'est pas une théorie de la norme mais une théorie du « pouvoir » et de « l'autorité », et plus particulièrement en théorie constitutionnelle, de « l'autorité du pouvoir constituant »²⁷⁵, autrement dit le souverain (pouvoir « un et indivisible »²⁷⁶). Il en ressort visiblement une réelle fascination de l'auteur pour les événements, ou les moments constituants, parce que la décision constituante est la seule réelle décision politique par nature, dans ce qu'il y a de plus profond dans l'essence du « politique » au dessus de tout. La chose est connue dans l'œuvre de Schmitt : si « l'Etat, phénomène historique, [est] un mode d'existence (un état) spécifique d'un peuple, celui qui fait loi aux moments décisifs », il n'en reste pas moins que, selon la citation bien connue de l'auteur : « le concept d'Etat présuppose le concept de politique »²⁷⁷ ; et il faut bien évidemment faire le lien entre cette assertion avec une précédente liaison évoquée entre la souveraineté et la situation exceptionnelle. Ainsi, « il ne peut exister de méthode réglementée à laquelle l'exercice du

²⁷² O. BEAUD, « Carl Schmitt, juriste nazi ou juriste qui fut nazi. Tentative de réexamen critique », op. cit., pp. 210-211. Voir aussi : O. BEAUD, *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, Descartes & Cie, 1997, pp. 75-96 et la conclusion suivante : « une bonne partie des éléments utilisés par Schmitt dans les œuvres de cette période [dite de la « crise de Weimar »] y compris 1932 procèdent de travaux élaborés lors de l'époque de stabilité de la République : la critique de la Constitution comme une décision univoque, l'idée de l'homogénéité substantielle ou la défense de l'acclamation comme mode véritable d'expression de la volonté populaire. Ils ne constituent donc pas une réaction à la crise, mais ils répondent à une attitude antirépublicaine de départ » (cit. J. ESTEVEZ-ARAUJO, p. 239). Pour une analyse républicaine « habermassienne », cf. N. TERTULIAN, « La pensée de Schmitt est-elle indispensable à la démocratie ? », op. cit., p. 191.

²⁷³ C'est-à-dire une démocratie basée sur la notion de « peuple », sensible dans l'ensemble de l'œuvre schmittienne, soit l'« unité politiquement capable d'agir dans son *identité* consciente avec lui-même » (*Théorie de la Constitution*, op. cit., pp. 197-198). Voir aussi : p. 219 : « La forme naturelle de la manifestation directe de la volonté d'un peuple est le cri d'approbation, (...) l'*acclamation* » [en italique dans le texte], contre l'ordre individuel bourgeois qui a fait émerger la procédure du vote individuel secret, « méthodes... problématiques justement du point de vue d'une véritable démocratie » (p. 228). Pour Schmitt, « le peuple n'apparaît que dans la vie publique (...). Et c'est même la présence du peuple qui crée la vie publique. Seul le peuple présent, physiquement rassemblé, est peuple et constitue la vie publique » (p. 382).

²⁷⁴ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 225 et s.

²⁷⁵ C. SCHMITT, op. cit., p. 225.

²⁷⁶ C. SCHMITT, *Ibid.*, p. 213.

²⁷⁷ C. SCHMITT, *La notion de politique*, op. cit., p. 57.

pouvoir constituant serait tenu »²⁷⁸ ; il s'agit d'une « volonté directe [qui] se place avant et au-dessus de toute procédure fixée par des lois constitutionnelles »²⁷⁹.

La pensée de Schmitt laisse transparaître une forme de paradoxe, qui devient presque malsain avec un regard actuel et la connaissance de la suite du parcours de l'auteur. En effet, Carl Schmitt cherche à trouver les fondements de l'unité et l'existence politique d'une société politique, fondée sur un critère dominant et douteux d'identité, au travers de la notion de « Constitution », mais qui semble ne pouvoir exister *in fine* que par le fait exceptionnel et la capacité de *mouvement*²⁸⁰ de l'entité politique pour maintenir son unité contre « l'ennemi », en témoigne le chapitre qui clôt la partie purement théorique de l'ouvrage sur la *Verfassungslehre* – le plus long – et qui porte sur un sous-ensemble de « notions à déduire de la notion de constitution »²⁸¹, et sont ainsi envisagés : l'« anéantissement de la constitution », l'« abrogation », la « révision », la « dérogation » et la « suspension de la constitution », autant de terme qui renvoie dès leur sens littéral à des événements sortant d'un cadre normal, et à des références historiques assez troubles, comme la « suspension »²⁸² de la Constitution du 24 juin 1793. Pour le professeur Stéphane Rials, il y aurait là l'un des traits malsains de la pensée schmittienne quant à la situation d'exception, le cas « limite ». La fascination pour l'impulsion politique l'emmène sur un terrain où « il n'y a que de l'exception (...), de la transgression – ça l'excite »²⁸³...

Sans aller aussi loin dans l'affect schmittien, il est intéressant quand même de relever tout l'intérêt de Schmitt pour la période révolutionnaire française, qui, bien qu'ayant consacré les principes libéraux de l'Etat de droit et de l'ordre « bourgeois » en France, n'en constitue pas moins une suite d'évènements qui témoigne d'une forme de « grandeur politique » dans laquelle « l'idée de l'unité politique du peuple français ne cessa jamais d'être le point de vue décisif. (...) Mais ce fait laissa aussi incontestable le caractère relatif de toutes les lois constitutionnelles. La constitution n'était pas un pacte entre le prince et le peuple, ni même entre telle ou telle organisation d'ordres, mais une décision politique prise par la nation une et indivisible qui détermine son propre destin politique »²⁸⁴.

²⁷⁸ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 218.

²⁷⁹ C. SCHMITT, *Ibid.*, p. 220.

²⁸⁰ Le terme est sensible, car il renvoie au titre de l'un des ouvrages les plus accablants de la période dite « nazie » de l'œuvre de Schmitt que nous avons cité précédemment, cf. note 395.

²⁸¹ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 237 et s.

²⁸² Voir : O. JOUANJAN, « La suspension de la Constitution de 1793 », *Droits*, n° 17, 1993, p. 125 et s.

²⁸³ S. RIALS, « Hobbes en chemise brune. Sur un livre de Carl Schmitt et le problème Schmitt », op. cit., p. 227.

²⁸⁴ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 183 et 184.

La longue citation précédente nous permet de revenir à l'objet herméneutique que nous voudrions faire sortir de la conception schmittienne : la distinction entre la Constitution et les lois constitutionnelles. Il est à relever tout de même chez Schmitt que cette conception constitutionnelle, assez précisément exposée dans la *Théorie de la Constitution*, se révèle « incertaine »²⁸⁵ dans le cadre plus global de l'ensemble de la philosophie politique de l'auteur, rappelant par là que « Schmitt est un auteur délicat à manier (...) [car] il se situe le plus souvent sur des registres qui sont loin de se limiter à "décrire" le droit positif ou même seulement à l'expliquer, mais semble toujours chercher à construire son propos, ses concepts, ses thèses dans les profondeurs du droit et de la politique, une sorte de "philosophie constitutionnelle" largement entendue »²⁸⁶. Mais il semble que ce soit aussi cette posture que les critiques de la conception purement positiviste de la constitution reprennent à leur compte, avec cette idée toujours sous-jacente, par exemple dans les écrits d'Olivier Beaud, que la connaissance juridique, en droit public et plus particulièrement en matière de théorie constitutionnelle, revêt une part dogmatique, à l'image de ce qu'est finalement le postulat positiviste : un dogme, une doctrine dominante²⁸⁷.

Il apparaît difficile pour le constitutionnaliste – juriste – de s'extraire d'une forme d'axiologie politique à la base de sa construction théorique et par là, de sa connaissance qui se veut scientifique ; quand bien même ce principe politique se serait transformé en un principe juridique établi en droit positif, en France par exemple par le biais de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, selon lequel la « Constitution » trouve sa place « au sommet de l'ordre juridique [étatique] »²⁸⁸. La consécration de ce principe juridique pourrait être lue comme le corollaire à un autre principe conditionnel issu de l'article 16 de la Déclaration des

²⁸⁵ Voir : A. LE DIVELLE, « Le gardien de la constitution de Carl Schmitt. Eléments sur les paradoxes d'une "théorie" constitutionnelle douteuse », in O. BEAUD, P. PASQUINO (dir.), *La controverse sur « le gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Panthéon – Assas, 2007, p. 58 et part. pp. 59-60.

²⁸⁶ A. LE DIVELLE, op. cit., p. 34.

²⁸⁷ Nous pouvons nous remémorer dans cette optique l'article d'Olivier BEAUD dans le numéro spécial de la revue *Droits* (n° 37, 2003) consacré à la pensée de Michel TROPER et sa conception de la « séparation des pouvoirs », objet sur lequel l'éminent auteur a fait sa thèse, dans laquelle « on peut lire Montesquieu à travers le prisme de Kelsen ». Mais, selon O. BEAUD, « il y a plusieurs façons de comprendre la séparation des pouvoirs » et dans l'article, il essaie de le faire « à travers le prisme de Maurice Hauriou qui serait sans doute qualifié par Michel Troper d'« auteur jusnaturaliste ». Olivier BEAUD explique alors quelque chose de fondamental, élément toujours au moins sous-jacent à nos propres travaux : « ... il ne nous paraît pas possible de réfuter une interprétation doctrinale en la qualifiant de "pseudo-scientifique" par rapport à une autre qui le serait vraiment. Car, et nous permettrons de rappeler ce que nous écrivions dans la recension du volume de [M. TROPER] intitulé *Pour une théorie juridique de l'Etat* : "Qui décide ce qui est scientifique, et ce qui ne l'est pas ? (...) Si c'est la science qui détermine l'objet juridique, le risque est que ce soit l'auteur de la connaissance qui décide très discrétionnairement de ce qui est scientifique et ce qui ne l'est pas" » (in « Michel Troper et la séparation des pouvoirs », *Droits*, n° 37, 2003, p. 171).

²⁸⁸ Voir : CC, n° 2004-505 DC, 19/11/2004, *Rec.* 173, cons. 10.

Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 qui énonce que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ». La supériorité de la norme constitutionnelle apparaîtrait donc comme une condition de réalisation d'une idée substantielle, antérieure sur le plan historique, servant éventuellement de référence dans le droit positif à l'affirmation d'autres principes de valeur constitutionnelle qui peuvent découler de la « séparation des pouvoirs » ou de la « garantie des droits ».

Ainsi, pour certains auteurs, « il est évident [que cette réalisation de principes observable en droit positif découle] d'une conception politique (ou subjective) de la Constitution, selon laquelle seuls les pays qui respectent les libertés des citoyens ont une Constitution »²⁸⁹. Ce type d'interrogations, qui peuvent amener à proposer un constat comme celui cité précédemment, renvoie au problème de « répondre à la question capitale gisant au principe du constitutionnalisme »²⁹⁰, celle de la définition de la notion de « Constitution » en s'attachant à « [tenir compte] de la "fonction" d'une Constitution et de ce qu'elle est censée accomplir »²⁹¹. L'intérêt herméneutique de la *Théorie de la Constitution* de Carl Schmitt se situe indéniablement ici, mais il s'agit bien évidemment de la dépasser tant l'interprétation de celle-ci a été galvaudée par son propre auteur et plus précisément, par le type de régimes politiques auquel son auteur a été amené à participer par les idées qu'elle sous-tendait et dont il est avéré qu'elle aurait pu en être le fondement théorique (et pire, scientifique).

Rappelons que, pour appréhender au mieux l'essence du politique et du pouvoir souverain dans l'Etat, Schmitt s'appuie sur la distinction entre la constitution et les lois constitutionnelles. De quel(s) postulat(s) provient cette distinction dans la pensée de l'auteur, sachant que celui-ci est et cherche d'abord une légitimation en tant que « juriste » ?

Sur le plan épistémologique, l'une des analyses de référence de la pensée juridique de Carl Schmitt reste celle du philosophe Jean-François Kervégan qui insiste sur un facteur personnel. Plus qu'une opposition d'école, la théorie du droit schmittienne s'oppose à un seul adversaire : Kelsen qui, en 1928, n'a pas encore imposé son paradigme normativiste dans le champ de la science du droit (parce qu'en réalité, il ne l'a pas encore complètement formalisé ; la 1^{ère} édition de la *Théorie pure du droit* ne paraissant qu'en 1934). La mécanique schmittienne s'avérant assez basique dans son schéma de fonctionnement, il paraît aisé

²⁸⁹ N. LE MONG, « Contribution à la théorie de la constitution souveraine par le peuple », *RDP*, n° 4, 1971, p. 930.

²⁹⁰ O. BEAUD, « Constitution et constitutionnalisme », in P. RAYNAUD, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., p. 141.

²⁹¹ C. FRIEDRICH, *La démocratie constitutionnelle*, PUF, coll. « Bibliothèque de la science politique », 1958, p. 66.

d'écrire – sans faire de mauvais jeux de mots – que ce dernier pouvait être considéré comme son « ennemi ». Mais du point de vue du problème de la sphère de connaissance juridique, cette opposition constructiviste se ramène en réalité à des formes comparables de « métaphysique de la positivité »²⁹² ; ce qui rappelle au passage que la sphère du droit n'est pas par nature une sphère de réalité physique, mais une artificialisation du monde réel, derrière des concepts, en vue de réguler d'une certaine façon les rapports verticaux et horizontaux entre les diverses composantes de la société, ou sujets de l'ordre juridique. Pour Jean-François Kervégan en effet, « cela conduit à soupçonner que la décision joue chez Schmitt un rôle comparable à celui de la *Grundnorm* dans la théorie pure du droit : l'un et l'autre visent à garantir la consistance et la complétude de l'ordre juridique »²⁹³.

Même s'il va s'en écarter dans les travaux de la période de collaboration active et « concrète » avec le régime nazi, la *Théorie de la Constitution* de 1928 gravite encore autour du postulat de « trouver le fondement juridique ultime de toute validité et de toute valeur juridique dans un acte de volonté (...) qui, en tant que décision, crée le "droit" en général »²⁹⁴. L'ambition épistémologique de Schmitt est de ramener la connaissance juridique dans la sphère de l'Être (du *Sein*), « plutôt que d'orienter de plus en plus la question de la validité de la norme valide vers un "métajuridique" impalpable »²⁹⁵. Le problème évident est que le décisionnisme de Schmitt nous emmène quant à lui vers un « métajuridique » dangereux. Reprenant les analyses de Jean-François Kervégan, il y a lieu de « se demander (...) si la position décisionniste ne consiste pas à substituer à un dualisme, celui de l'être et du devoir-être, de la normativité et de la causalité, un autre dualisme, celui de l'être et du non-être, de l'ordre et du chaos, qui [s'avère] tout aussi lourd de présupposés »²⁹⁶.

En effet, chez Schmitt, le paradigme décisionniste est employé pour remonter jusqu'à la frontière entre le droit et le politique et plus encore, de démonter le caractère supérieur du politique sur le droit par le biais d'un « rapport fondamental, car fondateur »²⁹⁷ ; ce qui intéresse Schmitt, c'est la souveraineté qui s'avère dans la pensée de l'auteur comme synonyme du « commencement absolu (...) [qui] jaillit d'un néant normatif et d'un désordre concret »²⁹⁸. La théorie constitutionnelle de Schmitt est une théorie de l'ordre et de l'autorité. Le fondement du droit, c'est l'exception. Schmitt estime donc que « pour le juriste de type

²⁹² J.-F. KERVEGAN, *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*, PUF, coll. « Quadrige », réimpr. 2005, p. 31 et s.

²⁹³ J.-F. KERVEGAN, « La critique schmittienne du normativisme kelsénien », op. cit., p. 235.

²⁹⁴ C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique* [1934], PUF, coll. « Droit, Ethique, Société », 1995, p. 81.

²⁹⁵ C. SCHMITT, *Ibid.*, p. 91.

²⁹⁶ J.-F. KERVEGAN, « La critique schmittienne du normativisme kelsénien », op. cit., p. 241.

²⁹⁷ J.-F. KERVEGAN, *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*, op. cit., p. 25.

²⁹⁸ C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique* [1934], op. cit., p. 83.

décisionniste, ce n'est pas le commandement en tant que commandement, mais l'autorité ou la souveraineté d'une *décision*²⁹⁹ ultime, donnée avec le commandement, qui constitue la source de tout "droit", c'est-à-dire de toutes les normes et de tous les ordres qui en découlent »³⁰⁰.

L'ambition affichée par l'emploi d'un postulat décisionniste est d'établir une « notion positive de constitution »³⁰¹, mais alors que la métaphysique normativiste tend à l'auto-fondation du droit par lui-même par le biais d'une hypothèse « logico-transcendantale », la *Grundnorm*, la métaphysique décisionniste ramène le juridique dans le domaine du fait, la science du droit devant penser son objet constitutionnel en une expérience simplement « transcendantale » par le biais d'une « décision unique [portant sur] la globalité de l'unité politique du point de vue de sa forme particulière d'existence »³⁰². Pour revenir sur un plan épistémologique, il paraît intéressant de considérer que « si le décisionnisme est une pensée "positive" (...), c'est donc en un tout autre sens que le positivisme juridique : il prétend se situer non pas en dehors, mais au-delà de l'interrogation qu'engendre la rationalité philosophique »³⁰³ ; est exprimé par là tout le poids que peut revêtir la décision dans la théorie de la Constitution de Schmitt, et plus largement la soumission de la juridicité supposée de l'ordre constitutionnel à un élément décisionnel. C'est dans cette optique que se situe la distinction entre la Constitution proprement dite et les lois constitutionnelles chez Schmitt. Ces dernières « n'ont de validité que sur le fondement de la constitution et présupposent une constitution. Toute loi en tant que régulation normative – donc aussi la loi constitutionnelle – a besoin en dernier ressort pour être valide d'une décision politique antécédente »³⁰⁴, la Constitution en l'occurrence.

La notion de « Constitution » est donc liée au fait politique, mais elle peut renvoyer à une réalité juridique car, « à l'instar de tout ordre »³⁰⁵, la réalité de l'ordre juridique se ramène en fait à « l'irréductible réalité du politique »³⁰⁶. Pour Schmitt en effet, « le mot de "constitution" doit être restreint (...) à [une] unité politique »³⁰⁷. Le problème majeur et insurmontable (sur le plan épistémologique et éthique) réside dans le fait que l'« unité politique » de Schmitt gravite irrémédiablement autour de l'idée de « peuple », qui supprime peu à peu le concept d'Etat « comme unité politique capable d'agir dans son identité

²⁹⁹ En italique dans le texte.

³⁰⁰ C. SCHMITT, *Ibid.*, p. 81.

³⁰¹ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 151 et s.

³⁰² C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, p. 152.

³⁰³ J.-F. KERVEGAN, *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*, op. cit.

³⁰⁴ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, p. 153.

³⁰⁵ C. SCHMITT, *Théologie politique* [I, 1922], op. cit., p. 20.

³⁰⁶ Du titre de l'ouvrage de J. HUMMEL, *Carl Schmitt. L'irréductible réalité du politique*, Michalon, 2005.

³⁰⁷ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, p. 131.

consciente avec lui-même »³⁰⁸, et il apparaît assez difficile sur ce point de ne pas relever une certaine continuité dans les écrits de Carl Schmitt, de la *Théologie politique* à l'abject manifeste nazi *Etat, mouvement, peuple* de 1933. Rappelons-nous avec Georges Burdeau que « dans la doctrine allemande nationale-socialiste si la nation intéresse les théoriciens du droit ce n'est pas en tant qu'élément d'une construction juridique de l'Etat, c'est en tant qu'unité porteuse de l'idéologie et de la race »³⁰⁹. Jean-François Kervégan rappelle également dans cette perspective, sur le plan épistémologique, que ce glissement dangereux s'explique en ce que « le décisionnisme [de Schmitt] récuse le principe d'une rationalité qui pourrait constituer l'horizon de sens de la théorie juridique »³¹⁰. *Le cadre rationnel d'une possible théorie de la Constitution semble devoir être celui d'une théorie juridique de l'Etat, captant le « peuple » dans un horizon de concepts juridiques artificiels, a priori potentiellement maîtrisés par la raison humaine.*

§ 2 – Une distinction fondamentale d'une théorie matérielle de l'Etat de droit constitutionnel

L'existentialisme politique qu'exprime le paradigme schmittien doit trouver une forme de dépassement dans la substitution du concept d'Etat à celui de peuple comme référence à l'unité politique relevant du discours de droit et / ou science constitutionnels. En d'autres termes, l'identité politique dont il est question, en tant que norme positive³¹¹, si elle doit être établie comme constitutionnelle, ne saurait être que celle de la société étatique qui, elle-même, si elle est nécessairement assise sur un « substrat humain »³¹² communément reconnu comme condition de son existence, doit être considérée comme constituée dans cette existence politique par « le mouvement qui vise à mettre en œuvre un idéal [A] par les moyens propres du droit constitutionnel »³¹³ (B).

³⁰⁸ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, pp. 197-198.

³⁰⁹ G. BURDEAU, *Traité de science politique. Tome II : L'Etat*, 3^{ème} édition, 1980, n. 106, p. 131.

³¹⁰ Voir: J.-F. KERVEGAN, *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*, op. cit., pp. 39-48.

³¹¹ cf. CC, n° 2006-540 DC, 27/07/2006, *Rec.* 88, cons. 19.

³¹² V. CONSTANTINESCO, S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 324 ; mais il faut postuler que le « peuple » visé « est l'institution juridique par l'Etat de sa base humaine » (cit. F. BORELLA, « Nationalité et citoyenneté en droit français », in D. COLAS (dir.), *L'Etat de droit*, PUF, 1987, pp. 29-30)

³¹³ J.-M. DENQUIN, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, n° 1, 2008, source : www.juspoliticum.com/Jean-Marie-Denquin-Situation.html.

A) *La Constitution*

Dans la distinction entre la Constitution et les lois constitutionnelles, la notion de Constitution doit servir à décrire les fondements de l'unité politique d'un Etat ; c'est-à-dire en quelque sorte que la Constitution peut désigner un (ou plusieurs) texte(s), dans un sens linguistique d'acte de langage communicationnel pouvant être une donnée dans le cadre d'une connaissance herméneutique comme l'est le savoir juridique, acte politique de droit (1) à la source du caractère spécifique (étatique) de certaines sociétés humaines dans lesquelles la régulation « légitime » des rapports verticaux et horizontaux entre les divers acteurs (pouvoirs publics et sujets de droit) se réalise par le biais de l'outil « droit ». Lier sur le plan théorique la Constitution et l'Etat, établir même une corrélation sur le plan intellectuel entre le concept d'Etat et la notion de « Constitution », relève forcément de l'établissement d'une hypothèse à la fois relative et compréhensive, forcément artificielle. Il ne faut pas oublier³¹⁴ que l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme du 26 août 1789 ne lie pas la « constitution » à l'Etat, manifeste de l'idée constitutionnaliste s'il en est, mais à une idée plus universelle de « société » humaine. Mais le sens et l'étymologie des mots se forment aussi par le temps et l'Histoire et il est clair que nous touchons sur cette question à un problème de sémantique (2) qui s'est particulièrement exprimé à propos du sens constitutionnel d'actes de politique internationale qui ont touché à la fois la sphère politique et les milieux intellectuels, et particulièrement la doctrine juridique.

1. Une décision politique de droit

Dans les traits de la normativité constitutionnelle, le principe de supériorité lié à « la place de la Constitution *au sommet* de l'ordre juridique »³¹⁵ étatique est porteur de principes substantiels quant à l'idée de pouvoir et d'objectifs à atteindre par des voies conçues comme légitimes, notamment pour que les tenants de compétences décisionnelles concrétisent la « République » selon l'idée de l'exercice d'un pouvoir « indivisible, laïque, démocratique et

³¹⁴ Voir l'opinion de D. ROUSSEAU, in H. GAUDIN, D. ROUSSEAU, « Le droit constitutionnel européen en débat », *RDP*, n° 3, 2008, pp. 728-729. Cette argumentation a aussi été présentée dans un colloque qui avait eu lieu le 8 juin 2007 dans les locaux de l'Université de Lille 2 et qui portait sur « l'influence du droit communautaire sur le droit constitutionnel ». L'intervention du Professeur Rousseau s'intitulait : « Peut-on parler d'un "droit constitutionnel européen" » ? (à ce jour, les actes de ce colloque ne sont toujours pas publiés). Voir aussi, du même auteur, sans la référence à l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « Pour une constitution européenne », *Le Débat*, n° 108, 2000, p. 55.

³¹⁵ cf. CC, n° 2007-560 DC, 20/12/2007, *Rec.* 459, cons. 8.

social » en vertu des termes figurant formellement à l'article 1^{er} de la « Constitution du 4 octobre 1958 ».

Suivant cette optique, certains auteurs sont amenés à relever que, « parmi [des] dispositions constitutionnelles, certains énoncés se caractérisent moins par leur portée juridique que par l'idéologie qu'ils véhiculent. Le drapeau tricolore traduit l'héritage historique que la Ve République perpétue. *La Marseillaise* renvoie à un chant qui symbolise la République et qui révèle l'esprit républicain des institutions françaises »³¹⁶.

Il se démarquerait là, pour l'existence de la société politique supposée constituée par le droit constitutionnel, une catégorie de « grands principes », ou bien encore selon le professeur Pierré-Caps, un « ordre de valeurs ». L'auteur insiste sur ce que la notion de « valeurs » « figure explicitement dans un nombre croissant de textes constitutionnels récents », même si ce n'est pas le cas en France, « cette problématique n'est pas pour autant ignorée du constitutionnalisme français »³¹⁷, renvoyant à une « conception du droit constitutionnel [qui] s'est trouvée enrichie par le droit constitutionnel civique ou du citoyen (...) ce que le doyen Maurice Hauriou appelait la "Constitution sociale" »³¹⁸.

A l'instar de la pensée constitutionnelle du doyen Hauriou, il faudrait postuler que, pour appréhender la Constitution comme forme d'existence juridico-politique, « la quête d'un critère de démarcation entre la sphère des idées, des jugements de valeur et la sphère du droit comme on la retrouve dans la construction kelsénienne (...) est absente »³¹⁹. En l'exprimant autrement, il ressort des écrits correspondants de l'éminent auteur que « la signification intrinsèque de la constitution est souvent délaissée au profit de l'analyse de son contenu », en même temps qu'une « analyse du statut constitutionnel est indissociable du présupposé que constitue sa foi dans le droit naturel et dans un idéal de justice »³²⁰.

La mise en exergue et l'élévation d'un contenu, le cas échéant juridique, au rang « d'idéal » qualifient-elles le discours dans le champ de la science du droit de celui d'un « ardent jusnaturaliste classique »³²¹ ? Le jusnaturalisme du maître toulousain est développé

³¹⁶ P. BLACHER, *Droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Hachette, 2007, p. 10. Sur ce thème : F. BURDEAU, « Les symboles de la République », *Pouvoirs*, n° 100, 2002, pp. 87-94.

³¹⁷ S. PIERRE-CAPS, « La constitution comme ordre de valeurs », in *La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri-Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 283.

³¹⁸ V. CONSTANTINESCO, S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 326.

³¹⁹ M. DOAT, « Quelques remarques sur la méthodologie d'Hauriou : entre droit et faits », *RRJ*, n° 2, 2002, p. 614.

³²⁰ M. FATH-KURDJIAN, *La pensée constitutionnelle du doyen Maurice Hauriou et la 5^{ème} République*, thèse (dact.), Nancy II, 2001, p. 444.

³²¹ O. BEAUD, « Hauriou et le droit naturel », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit*, n° 6, 1988, p. 123.

dans l'idée selon laquelle « il n'y a pas de pouvoir qui puisse pratiquement se maintenir longtemps par la contrainte pure et se passer de l'obéissance volontaire des sujets. Tout pouvoir qui veut durer est donc obligé de créer un ordre des choses et un droit positif qui ne s'écartent pas du droit naturel au point de pousser ses sujets à la révolte »³²².

Le lecteur pourra y déceler l'un des traits principaux de la pensée jusnaturaliste, marquée par le dualisme³²³. Il existerait en effet deux sphères de droit hiérarchisées, le droit naturel et le droit positif, le second ne se voyant reconnaître son existence que par sa conformité sur le plan des valeurs au premier³²⁴. Le corollaire intellectuel à ce principe est l'un des axiomes positivistes marqué par « le refus du cognitivisme éthique », c'est-à-dire « de la thèse selon laquelle il existerait des valeurs objectives connaissables »³²⁵. Pour le professeur Eric Millard, ce « cognitivisme éthique relevant de la philosophie métaphysique » constitue « la version la plus extrême » du jusnaturalisme qui relève plus « dans sa version plus modérée [d']une prise de position éthique ou politique sur des valeurs (en ce sens notamment la philosophie du libéralisme politique ou des droits de l'homme, dans ses variantes naturalistes) davantage qu'une théorie »³²⁶. La part jusnaturaliste du discours semblerait alors faire écho au postulat du professeur Beaud sur la condition du « juriste publiciste » dont la réflexion s'inscrit dans une théorie de l'Etat, et qui par là même participe presque de façon nécessaire « à l'élaboration d'une doctrine de l'Etat »³²⁷. L'intérêt pour la posture hauriousienne résiderait alors en ce que le maître de Toulouse « conteste, dans toute son œuvre, la séparation du droit et de la morale »^{328 329}, et son corollaire positiviste, le principe

³²² M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, Sirey, 1929, réimpr. CNRS, 1965, p. 16.

³²³ cf. M. TROPER, *La philosophie du droit*, op.cit., p. 16.

³²⁴ La question se pose en effet quand il est possible de lire dans l'œuvre du grand maître les définitions qu'il propose des objets de l'outil « droit » au sein de la société. Ainsi, le droit est « un ordre social de redressement de la société » (M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^{ème} édition, Larose et Ténin, 1916, p. XXVI). Dans l'esprit de M. Hauriou, O. Beaud rappelle que le droit est conçu comme ayant un objet « identique à la morale, mais il dispose de la contrainte externe dont elle est dépourvue » (« Hauriou et le droit naturel », art. cit., p. 124). Le droit est, selon l'expression bien connue du doyen Hauriou, « la conformité à un ordre des choses idéal ou du moins idéalisé » (*Principes de droit public*, op. cit., p. 8).

³²⁵ M. TROPER, *Ibid.*, p. 19.

³²⁶ E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006, p. 40.

³²⁷ Cf. *supra* ; O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 21.

³²⁸ N'allait-il pas jusqu'à écrire qu'il convenait de le « cataloguer comme un positiviste comtiste devenu positiviste catholique, c'est-à-dire comme un positiviste qui va jusqu'à utiliser le contenu social, moral et juridique du dogme catholique » ! (cf. M. HAURIOU, *Principes de droit public*, op. cit., p. XXIV, cit. in A. DE LAUBADERE, « Le Doyen Maurice Hauriou et Léon Duguit », ext. *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence : Journées Hauriou, Toulouse, mars 1968*, Pédone, 1969, p. 211 ; voir aussi : *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 29).

³²⁹ La citation est longue mais elle nous servira dans les développements suivants. Michel TROPER écrit sur le rapport entre le droit et la morale que « c'est à juste titre qu'on caractérise la théorie positiviste du droit par la thèse de la séparation du droit et de la morale. Cependant, outre sa dimension méthodologique (la *Wertfreiheit*), cette thèse comporte en réalité deux aspects différents. Elle signifie d'abord qu'il convient de définir le concept de droit de telle manière qu'il ne comprenne aucun élément moral. Il ne peut être défini que par l'autorité de

de neutralité éthique. (...) Il rejette, [en d'autres termes], la distinction entre le droit positif et son contenu »³³⁰. Il en ressort presque une préoccupation liée à une conception herméneutique de la théorisation juridique en tant que discours d'ordre historique et historiquement situé.

L'analyse épistémologique de la construction métajuridique du doyen Hauriou semble permettre l'émergence d'une conception assez précise de la notion de Constitution si le sujet connaissant ne rejette pas *a priori* « le syncrétisme méthodologique et la globalisation de l'objet »³³¹ constitutionnel dans sa dimension juridique, soit « une conception du droit mais d'un droit qui n'est pas pur qui se serait construit sur des concepts strictement juridiques. Au contraire, pour Hauriou, le droit reste toujours le résultat d'un dialogue entre la société et le droit, entre l'objectif et le subjectif, entre l'idéalisme et le matérialisme »³³².

Ainsi, la constitution est une « forme juridique » et fait partie de la catégorie de celles « employées pour l'organisation de l'Etat *en vue de la liberté* ». Conformément au principe d'historicité des phénomènes juridico-politiques, les formes juridiques de l'organisation étatiques sont logiquement appréhendées « dans l'ordre historique de leur apparition : 1° les institutions coutumières, qui sont de tous les temps ; 2° le règne de la loi, dont la valeur constitutionnelle a été particulièrement sentie en Angleterre, à une époque difficile à préciser, mais antérieure à la fin du XVIIIe siècle ; 3° les constitutions nationales, qui font leur apparition à la fin du XVIIIe siècle, avec le principe de la souveraineté nationale, d'abord en Amérique, au moment de l'indépendance, puis en France, en 1789, et qui se propagent dans le monde à partir de cette date »³³³. La compréhension de l'émergence de ces systèmes juridiques nécessite, selon le doyen Hauriou, de réfuter « les systèmes objectivistes qui poursuivent la double entreprise de ruiner la doctrine classique d'un pouvoir commandant, créateur de droit, et de lui substituer celle d'un ordre juridique s'établissant de lui-même, sans le secours d'aucun commandement de pouvoir »³³⁴.

celui qui l'énonce ou par son efficacité. Le concept de droit est ainsi moralement neutre en ce sens que la question de savoir si une norme ou un ordre normatif est du droit, dépend de critères dont la nature est amoral » (M. TROPER, « Positivism juridique », in P. RAYNAUD, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3^{ème} édition, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 578).

³³⁰ O. BEAUD, « Hauriou et le droit naturel », op. cit., p. 123.

³³¹ G. VEDEL, « Le Doyen Maurice Hauriou et la Science politique », in *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence : Journées Hauriou, Toulouse, mars 1968*, Pédone, 1969, p. 97 : « Il s'agit de deux attitudes traditionnelles chez ces juristes, qui ont été parmi les fondateurs de la science politique. Ils partent du phénomène juridique, mais ils se refusent à y voir une pure normativité. Ils acceptent les faits sociaux dont les règles de droit sont la traduction ou le reflet, mais aussi et par réaction, les facteurs. Ils se trouvent ainsi devant une réalité à la fois de type normatif et de type factuel. Mais alors ils se refusent à une méthode "pure" qui, pour eux, serait nécessairement une méthode incomplète. Le droit est un ensemble normatif, bien évidemment, mais il est aussi un fait social ».

³³² M. DOAT, « Quelques remarques sur la méthodologie d'Hauriou : entre droit et faits », op. cit., p. 616.

³³³ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 215.

³³⁴ M. HAURIOU, op. cit., p. 22.

Nous en arrivons donc à la composante décisionnelle de la Constitution qui en est l'élément politique irréductible. Pour le philosophe Bruno Bernardi, « que la politique soit par excellence le lieu de la décision, cela paraît évident : le pouvoir politique, de quelque manière qu'on le considère, ne consiste-t-il pas précisément en un pouvoir de décider »³³⁵ ?

Si la Constitution est une décision, nul doute qu'elle soit une décision politique. Plus encore, elle s'impose comme *la* décision politique *par excellence*. « La Constitution, pacte social fondateur et donc norme suprême de la société, s'impose à tous, pouvoirs politiques et citoyens. Mais elle ne prend pas en compte et ne reconnaît pas constitutionnellement, donc juridiquement, aucune structure sociale non politique »³³⁶. Le raisonnement gravite ici autour d'une logique circulaire³³⁷, parce que la « structure » devient politique justement par l'établissement possible de son caractère constitutionnel.

Il y a donc un lien particulièrement serré entre la nature politique de la décision et son objet. En premier lieu, « *sous la décision, le commandement* » ; « politique sera alors cette décision qui a valeur exécutoire : par là il faut entendre qu'elle est une volonté qui vaut pour d'autres volontés et de ce fait est effective »³³⁸. La décision en question doit être appréhendée en termes de *puissance publique*. Sauf que « depuis le début du XXe siècle, la doctrine a cessé de traiter la notion de puissance publique comme une notion relevant de la théorie de l'Etat. Usant de ce terme dans un sens très restreint, propre au contentieux administratif, elle le transforme inmanquablement en une notion purement technique et instrumentale »³³⁹ alors qu'elle devrait être vue comme une caractéristique essentielle d'un « commandement unilatéral imputé à l'Etat »³⁴⁰. Cependant, « à elle seule, la puissance de domination ou de commandement ne spécifie pas l'Etat puisque tout autre pouvoir public ou privé³⁴¹ est capable d'imposer unilatéralement des normes à des sujets »³⁴².

En second lieu, l'acte de « Constitution », en tant qu'« expression juridique » suprême du politique, ne peut se résumer à un seul principe formel. Une voie de compréhension semble pouvoir résider dans l'idée de « mobile politique ». Celle-ci a traditionnellement été retenue

³³⁵ B. BERNARDI, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, Vrin, 2003, p. 7.

³³⁶ F. BORELLA, « Réflexions sur la question constitutionnelle aujourd'hui », *Civitas Europa*, n° 5, 2000, p. 11.

³³⁷ Voir aussi : B. BERNARDI, op. cit., p. 8.

³³⁸ B. BERNARDI, *ibid.*, p. 10.

³³⁹ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 12.

³⁴⁰ O. BEAUD, *ibid.*, p. 18 ; sur ce point, du même auteur, cf. « La souveraineté dans la "Contribution à la théorie générale de l'Etat" de Carré de Malberg », *RDP*, n° 5, 1994, spéc. pp. 1258-1264.

³⁴¹ On se référera sur ce thème à : X. DUPRÉ de BOULOIS, *Le pouvoir de décision unilatérale : étude de droit comparé interne*, LGDJ, 2006 (tiré de : *La puissance privée : contribution à l'étude du pouvoir de décision unilatérale*, thèse (dact.), Paris II, 2000).

³⁴² O. BEAUD, « La souveraineté dans la "Contribution à la théorie générale de l'Etat" de Carré de Malberg », op. cit., pp. 1259-1260.

par la doctrine administrativiste française pour désigner une « théorie » jurisprudentielle destinée à désigner un « critère des actes de gouvernement »³⁴³ devant la juridiction administrative, « c'est-à-dire des actes échappant à tout contrôle contentieux », tel que ledit critère lié à la « charge de sens "politique" »³⁴⁴ de l'acte pouvait s'apprécier avant la survenance de la jurisprudence *Prince Napoléon*³⁴⁵.

Le recours à un critère finaliste pour qualifier un discours de droit constitutionnel permet de renvoyer à un niveau de décision « autour d'un ensemble de valeurs morales et politiques qui, par son importance éminente, doit être à la fois très protégé des atteintes de toute sorte, et (...) jouer un rôle prédominant dans la détermination ou la correction des comportements individuels et collectifs »³⁴⁶. Traitant de la « Constitution » au sein de *l'essence du politique*, le sociologue et philosophe Julien Freund était amené à tempérer, sur un plan phénoménologique, « bien que la constitution soit formellement une codification de caractère juridique, sa signification politique reste déterminante. Cela veut dire qu'elle ne vaut pas par elle-même, par sa perfection ou par sa logique juridique intrinsèque, mais par ses relations avec la constitution [politique] »³⁴⁷. Dans la pensée d'un ordre constitutionnel en vigueur, cette dernière peut subsister en tant que fondement de validation normative d'ordre finaliste signifié par la structure de « respect » parce qu'il relèverait de « l'évidence » que « l'acte constituant implique l'obligation de respecter le texte constitué »³⁴⁸. A la suite notamment du professeur Borella, il s'agit de considérer que « l'organisation du pouvoir, les droits des citoyens, la suprématie de la constitution ne sont que des moyens par rapport à la fin du droit constitutionnel »³⁴⁹. Le discours sur la normativité constitutionnelle est en quête d'une « idée de droit qui donne au Pouvoir sa signification réelle »³⁵⁰ et de « le situer dans le cours d'une évolution historique, laquelle permet de comprendre () la dialectique du pouvoir et du droit »³⁵¹. La clôture de sens du langage constitutionnel nécessite le postulat d'une « conception du pouvoir propre au droit constitutionnel »³⁵².

³⁴³ cf. *GAJA*, 17^{ème} éd., op. cit., n° 3, p. 17.

³⁴⁴ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 24.

³⁴⁵ CE, 19/02/1875, *Rec.* 155 (*GAJA*, op. cit., n° 3).

³⁴⁶ D. BARANGER, « Quand et pourquoi peut-on raisonner en terme de conflit constitutionnel ? », in J. HUMMEL (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, PUR, 2010, p. 167.

³⁴⁷ J. FREUND, *L'essence du politique* [1965], rééd. Dalloz, 2004, p. 353.

³⁴⁸ J.-M. DENQUIN, « Sur le "respect de la Constitution" », op. cit., p. 113.

³⁴⁹ F. BORELLA, « Le droit constitutionnel et la théorie générale du droit », *Civitas Europa*, n° 6, 2001, p. 14.

³⁵⁰ G. BURDEAU, *Traité de science politique. Tome IV*, op. cit., p. 101.

³⁵¹ S. PIERRE-CAPS, « L'esprit des constitutions », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, op. cit., p. 384.

³⁵² cf. D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, op. cit., p. 7.

2. La Constitution et l'unité sémantique du discours étatique

Effectivement, la mesure de cette conception précédemment évoquée a trouvé un écho lors d'un débat ayant concerné en son temps la ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe (TECE) qui avait été signé à Rome le 29 octobre 2004 et par sa dénomination même, comportait un certain nombre d'interrogations sur le caractère constitutionnel dudit traité. L'interrogation portait en fait sur la possibilité intrinsèque d'un traité à pouvoir être un acte de nature constitutionnelle³⁵³, sur un plan juridique et politique. Certains auteurs ont pu justement relever que « la question de la nature du texte est, pour beaucoup, le préalable à celle de la nature de l'Union. Selon que le texte est considéré comme un traité ou une constitution, la nature de l'Union peut se modifier. En clair, si le texte a la nature d'un traité, l'Union ne saurait être étatique, pas plus qu'elle ne saurait être fédérale. Si, en revanche, le texte a la nature d'une constitution, l'Union a une nature soit étatique soit (...) fédérale. Telle est l'alternative classique »³⁵⁴. La critique du sens de l'expression composant le titre du Traité en débat à l'époque en vue de sa ratification par référendum en France peut provenir à la fois de ceux qui apparaissent comme favorables à l'évolution de la construction communautaire, mais qui estiment que le contenu de Traité ne va pas assez loin dans l'évolution de l'Union vers une forme super – étatique et pour qui le vocabulaire étatiste permet de décrire et de faire référence à un certain degré d'intégration quant à l'exercice de certaines compétences souveraines. Ce camp est souvent qualifié de « fédéraliste », raccourci englobant les tenants de la construction d'un Etat européen, ou d'une Fédération d'Etats sans réflexion systématique sur la nature de ladite Fédération. Mais le vocable constitutionnel peut aussi être agité par principe par ceux qui souhaitent défendre la seule dimension étatique du terme, au-delà de toute opinion de fond sur l'Union européenne en elle-même. En sens purement inverse d'ailleurs, un troisième type de critiques peut être lié plutôt à la défense du caractère spécifique de la construction de l'Union européenne, et de défendre une certaine identité institutionnelle face au « mirage d'un modèle étatique »³⁵⁵.

³⁵³ Sur ce point, éventuellement cf. O. DUBOS, « Une constitution européenne, des constitutions nationales », *REDP*, n° 3, 2003, pp. 985-987.

³⁵⁴ J.-P. FELDMAN, « Un traité peut-il établir une constitution ? Sur et au-delà de la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 du Conseil constitutionnel », *Politeia*, n° 8, 2005, p. 167.

³⁵⁵ L. S. ROSSI, « "Constitutionnalisation" de l'Union européenne et des droits fondamentaux », *RTDE*, n° 1-2, 2002, p. 28. L'auteur estime aussi qu'« il est certes facile d'affirmer que la Constitution européenne est à l'Union ce que les constitutions nationales sont aux Etats membres, cependant ce n'est qu'en saisissant la profonde différence qui existe entre l'ordre juridique de l'Union et celle d'un Etat souverain que l'on parviendra également à en déduire la fonction diverse que revêtirait une Constitution européenne face aux constitutions nationales ».

Une chose paraît certaine dans cette discussion : « ce débat n'aurait pas lieu si le projet de [TECE] n'empruntait pas la route de la Constitution et s'il n'empiétait pas sur la platebande constitutionnelle »³⁵⁶. Mais au fond, quel pouvait être l'objectif de cet emprunt ? Il y avait un évident objectif d'unité, même dans la « diversité » comme pouvait le rappeler la devise choisie de l'Union. Le principal écueil était bien évidemment de forger un langage commun difficile à établir bien évidemment. Comme l'observe le professeur David Szymczak, la question politique de l'unité pourrait se faire par le droit, par l'eupéanisation d'un certain niveau de vocabulaire : « sans aller jusqu'à soutenir que la régulation juridique ait vocation à constituer l'alpha et l'oméga d'un "patrimoine commun" aux Etats européens, ne peut-on admettre (...) que le droit public – en ce qu'il touche au premier chef à l'organisation de l'Etat ainsi qu'aux rapports entre la puissance publique et les particuliers – puisse faire office de révélateur (...) assez objectif, d'une évolution heurtée mais néanmoins continue vers l'unification de l'Europe »³⁵⁷ ?

Il n'empêche, l'idée de « traité établissant une Constitution », ou celle de « traité constitutionnel » établissait sur le plan lexical un « monstre juridique »³⁵⁸, plus pour la sphère du discours sur le droit³⁵⁹ que pour celle du discours du droit, c'est-à-dire celui émanant des seuls interprètes dont les actes peuvent être qualifiés de juridique, justement parce qu'il comporte des effets dans un système de normes de régulation qualifiées de normes de droit. De là donc une certaine méfiance d'une description doctrinale en terme de constitutionnalisation du droit communautaire et à terme d'une entité unique : l'Union européenne ; car « un emploi prospectif est évidemment plus ambigu qu'un emploi rétrospectif. En effet, il peut toujours être suspecté de continuer une lecture d'évolutions contemporaines à l'aune d'un projet nécessairement de nature politique »³⁶⁰ ; ce qui pourrait

³⁵⁶ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Constitution européenne et droits fondamentaux. Au fondement d'une "Stratocratie constitutionnelle" : le virtuel et le réel », *Annuaire de Droit européen*, vol. I (2003), Bruylant, 2005, p. 163.

³⁵⁷ D. SZYMCAK, « Aperçu des évolutions récentes du droit constitutionnel européen », *Annuaire de Droit européen*, vol. I (2003), op. cit., p. 787.

³⁵⁸ D. ROUSSEAU, « Les constitutions possibles pour l'Europe », *Cités*, n° 13, 2003, p. 14.

³⁵⁹ Autant dans le débat entre les communautaristes et les constitutionnalistes « internes », que dans celui entre certains communautaristes audacieux et les internationalistes « classiques », sur ce point : D. SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in SFDI, *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Pédone, 2000, p. 224 (« L'analyse approfondie de la problématique de la constitutionnalisation de l'ordre communautaire [révèle] (...) une question (...) [dont] il est toutefois impossible de passer sous silence les justifications possibles et les implications certaines d'une qualification qui ne constitue peut-être pas une rupture absolue, mais à tout le moins une "coupure épistémologique" indéniable, au regard de l'approche internationaliste du phénomène de l'intégration communautaire »).

³⁶⁰ H. RUIZ FABRI, C. GREWE, « La constitutionnalisation à l'épreuve du droit international et du droit européen », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pédone, 2004, p. 191.

également être source d'une grande faiblesse objectée au lien rétrospectif établi entre l'Etat et la Constitution dans un discours de théorie du droit public...

Il faut toutefois vite se rappeler que sur le problème de la constitutionnalisation présumée de l'Union européenne, le Conseil constitutionnel avait été assez clair en tant que juge constitutionnel en estimant, dans une motivation assez laconique, « que [n'appelait] pas de remarque de constitutionnalité la dénomination de ce nouveau traité »³⁶¹, eu égard notamment aux « stipulations du traité (...) relatives à son entrée en vigueur, à sa révision et à la possibilité de le dénoncer »³⁶² et, sur le plan matériel, à la « nature de l'Union européenne »³⁶³ concernant les « relations entre l'Union et les Etats membres » ; l'objet du contrôle du juge constitutionnel étant de s'assurer du maintien de « l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne ».

La conséquence pour la construction d'un discours scientifique sur le droit semble être que le langage constitutionnel correspond, et peut-être même *doit* correspondre, à un niveau de discours étatique. En d'autres termes, le postulat épistémologique retenu consiste donc à ne pas séparer sur le plan théorique le concept d'Etat et la notion de « Constitution », par rapport notamment à des « situations intermédiaires illustrées de manière extraordinaire par la question de la Constitution de l'Union européenne »³⁶⁴. Mais comme dans la décision du Conseil constitutionnel, il s'agit d'une appréhension par la négative, c'est-à-dire surtout par rapport à ce que l'autre entité n'est pas³⁶⁵.

Pour le dire autrement, une formule du professeur Olivier Jouanjan paraît appropriée : « la Constitution de l'Europe – à tout le moins dans l'état actuel des choses – ne peut être qu'une constitution qui ne soit pas une "constitution" »³⁶⁶, justement en ce que la réalité constitutionnelle est une réalité étatique. Cependant, il semble obligatoire de ne pas perdre de vue toute la démarche progressive de construction jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) d'une sphère politico-juridique *ad hoc*, communautaire puis peu à peu unioniste, enfermée dans des concepts internationalistes réducteurs alors que

³⁶¹ CC, n° 2004-505 DC, 19/11/2004, *Rec.* 173, cons. 10.

³⁶² Même décision, cons. 9.

³⁶³ Même décision, cons. 13.

³⁶⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *op. cit.*, p. 164.

³⁶⁵ Voir : O. DORD, « Le Conseil constitutionnel face à la "Constitution européenne" : contrôle des apparences ou apparence de contrôle », *AJDA*, 2005, p. 214 ; « au contraire de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne dans sa décision du 12 octobre 1993 sur le traité de Maastricht », cf. notion d'« association d'Etats (*Staatverbund*) », repr. in *GDCCE*, *op. cit.*, n° 96, trad. M. FROMONT, p. 436.

³⁶⁶ O. JOUANJAN, « Ce que "donner une constitution à l'Europe" veut dire », *Cités*, n° 13, 2003, p. 21.

« les Etats ont limité (...) leurs droits souverains »³⁶⁷, instituant « un ordre juridique propre intégré [à leur propre] système juridique (...) de durée illimitée, [doté] (...) de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou un d'un transferts d'attributions »³⁶⁸ étatiques. Dès lors, cet ordre communautaire tire sa compétence et ses propres obligations, non plus seulement d'une simple convention internationale, le traité³⁶⁹ portant sur la « Communauté de droit » pouvant prétendre à la qualité de « charte constitutionnelle de base »³⁷⁰, formulation dont il est aisé de relever le caractère flou dû sans doute à une extrême prudence de la part du juge de Luxembourg. Par l'emploi de cette notion de « charte constitutionnelle », le juge communautaire semble vouloir trancher le débat entamé dès les années 1960 relatif à la question de la nature juridique de la Communauté puis de l'Union européenne. Ordre juridique « distinct de l'ordre juridique international »³⁷¹ certes, indéniablement « en deçà du seuil étatique »³⁷², il apparaît assez clairement en conséquence qu'une « entreprise de constitutionnalisation de l'Union demeure inévitablement fragmentaire et partielle »³⁷³.

L'argument principal qui vient étayer ce constat est celui de la souveraineté, difficile à établir au niveau communautaire, même si celui-ci s'est vu transférer un certain nombre de compétences qui apparaissent sur un plan socio-historique comme relevant des attributs propres à l'émergence du pouvoir étatique. D'une part, d'une façon générale, ce sont les Etats qui conservent la maîtrise des traités instituant la Communauté et l'Union européenne, que ce soit du point de vue de leur négociation et de leur ratification, puis de leur application puisque l'existence de l'ordre juridique communautaire au sein des ordres juridiques internes aux Etats membres relève des normes constitutionnelles. D'autre part, le problème de l'établissement d'une « Constitution pour l'Europe » venait autant de la nature du texte qui tendait justement à la mettre en place, que celui de l'absence d'un véritable pouvoir constituant au niveau communautaire³⁷⁴, c'est-à-dire un corps électoral européen, alors que la

³⁶⁷ CJCE, 05/02/1963, *Van Gend & Loos*, aff. 26/62, *Rec.* 3, cons. 3.

³⁶⁸ CJCE, 15/07/1964, *Costa c. ENEL*, aff. 6/64, *Rec.* 1141, cons. 3.

³⁶⁹ En vigueur : Traité instituant la Communauté européenne (TCE), dont la base fut signée à Rome le 25 mars 1957.

³⁷⁰ CJCE, 23/04/1986, *Parti écologiste Les Verts c. Parlement européen*, aff. 294/83, *Rec.* 1339, cons. 23.

³⁷¹ CC, n° 2004-505 DC, cons. 11 ; confirm. CC, n° 2007-560 DC, 20/12/2007, *Rec.* 459, cons. 7.

³⁷² C. LEBEN, « A propos de la nature juridique des communautés européennes », *Droits*, n° 14, 1991, p. 72.

³⁷³ V. CONSTANTINESCO, « La constitutionnalisation de l'Union européenne », in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, LGDJ, 2000, p. 145.

³⁷⁴ Voir, par exemple, dans des travaux communautaristes récents : V. LEBON, *Le constitutionnalisme européen*, PULIM, 2007, pp. 342-343 : « La conclusion du traité en tant qu'acte juridique déterminant, par lequel le traité constitutionnel est créé directement, n'est juridiquement imputable qu'aux Etats et non à leurs peuples ou au peuple d'Union. Sauf à transformer un jour leur Union supranationale en un Etat fédéral européen, les Etats restent les seuls détenteurs du pouvoir constituant dans l'Union » (p. 343) ; où il est possible de mesurer que la réflexion communautaire et unioniste bute plus sur le langage étatique qu'elle ne l'adopte pour décrire des processus en cours d'évolution.

citoyenneté européenne créée en 1992 par l'adoption du Traité sur l'Union européenne³⁷⁵ ne se reconnaît qu'au niveau « des peuples des Etats réunis dans la Communauté »³⁷⁶, notamment pour l'élection au Parlement européen. Il est constant dans les traités que « la citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas »³⁷⁷.

Le constat est délicat à admettre et le débat sur la nature de l'Union paraît avoir une issue incertaine, à la lecture des conclusions du professeur Denys Simon qui explique que « l'identité propre de la Communauté [puis de l'Union] européenne fonde ainsi, par l'affirmation progressive du processus de constitutionnalisation, le constat de l'autonomie essentielle du système juridique communautaire, sans [qu'] une telle assertion ne sous-estime en rien la pérennité du patrimoine génétique interétatique »³⁷⁸ de l'Union, ce qui prouve aussi que le niveau « unioniste » a peut-être surtout besoin de son propre niveau de langage conceptuel, et que la confusion, comme l'impossibilité de conclure ce débat sur la nature de cette entité, provient de l'utilisation d'un corpus lexical éprouvé au niveau étatique.

Dès lors, il nous faut à ce stade de nouveau rejoindre un type de préoccupations qui est constant dans nos travaux : l'« artificialisme » qui sous-tend à la construction du discours juridique, à partir de données positives (textes et actes ayant des effets juridiques dans un ordre donné) implique un mouvement intellectuel presque paradoxal qui traduit un « relativisme constructiviste » de la science du droit, non plus sur le modèle de la « pureté » des sciences de la nature mais plutôt sur celui des sciences sociales, quant bien même la science du droit peut invoquer l'autonomie de son objet, au regard du type de régulation des conduites humaines qu'elle cherche à décrire et à comprendre.

Il s'agit en fait de ne pas occulter le fait que la connaissance juridique est une sphère de construction de concepts « juridiques » justement, qui « ne sont pas ancrés dans une réalité juridique qui aurait une telle structure conceptuelle en soi. Ils ne renvoient pas à des essences mais sont des fonctions qui permettent d'élaborer un discours »³⁷⁹. Le relativisme inhérent au savoir juridique permet d'admettre une dimension métaphysique à une éventuelle science du droit, qui ne devrait donc pas s'apparenter à un savoir ontologique. Mais, si dans sa réalité, l'Etat reste un concept (par exemple, prendre un acte juridique au nom de l'autorité de l'Etat), n'accède-t-on pas dès lors à une forme d'essence ?

³⁷⁵ Article 2 dudit TUE dans sa version issue du Traité de Maastricht signé le 7 février 1992.

³⁷⁶ Article 189 du TCE ; comp. art. 14 du TUE tel qu'il a été signé à Lisbonne le 13/12/2007.

³⁷⁷ Art. 17 § 1 de l'actuel TCE. La formulation est reprise à l'article 9 du futur TUE dans sa rédaction issue du Traité de Lisbonne.

³⁷⁸ D. SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », op. cit., p. 235.

³⁷⁹ O. JOUANJAN, « Ce que "donner une constitution à l'Europe" veut dire », op. cit., p. 33.

Considérons donc une structure métaphysique de la connaissance juridique dans une perspective large. La référence à une ou des entités métaphysiques ne tend pas à faire passer le savoir juridique dans la sphère de la croyance transcendante quant à la supériorité du pouvoir étatique du même ordre que la supériorité du pouvoir de Dieu, mais il s'agit plutôt bel et bien d'essayer de qualifier une structuration intellectuelle de la pensée juridique, visant « à la fois ce qui reste d'un système quand on en a extrait tout ce que celui-ci a de contingent et de daté ; et elle est l'armature idéale sur laquelle le système historique vient prendre chair et os, pour se constituer dans l'actualité de son contexte »³⁸⁰. Il nous semble retrouver là le cadre de la connaissance herméneutique sur laquelle nous croyons fonder l'analyse et le savoir juridique dans leur dimension interprétative et dans l'opération de dé – construction puis de re – construction qui sous-tend à cette démarche de contextualisation « des catégories reçues [de] la doctrine constitutionnaliste traditionnelle »³⁸¹.

Il nous semble que dans cet aspect de la recherche, les traités de Georges Burdeau se sont imposés avec force, en ce qu'ils établissent, sur le plan herméneutique, deux choses fondamentales à propos du concept et de la notion qui nous intéressent : concernant l'Etat, s'il est un concept, c'est que « loin d'être donné, [il] doit être construit »³⁸², à la fois sur un plan socio-historique (la question récurrente de la genèse de l'Etat) et sur celui d'une construction permanente. Sur un plan juridique, la construction du concept d'Etat se réalise toujours autour d'une notion de « Constitution », et les décisions du Conseil constitutionnel relative à l'Europe comme les modifications des traités fondateurs³⁸³ de l'Union sont venues le rappeler sur un plan positif. Sur la Constitution, essayer de la définir, « ce n'est pas (...) agencer, dans le silence du cabinet, un mécanisme harmonieux susceptible de satisfaire l'intelligence spéculative ; c'est admettre d'abord que la constitution n'a cessé d'être, au cours des siècles, le point de convergence d'aspirations humaines »³⁸⁴. L'idée d'une constitution n'est pas propre à la nature humaine et inhérente à l'organisation de l'Homme en société. *Historiquement, la revendication constitutionnaliste est liée à une revendication de liberté.* Cependant, rappelle Burdeau, « si la constitution peut, en un sens, être une condition de la liberté ce n'est pas (...) parce que son existence est solidaire de l'établissement d'un

³⁸⁰ J. SCHLANGER, *La structure métaphysique*, PUF, 1975, p. 16.

³⁸¹ Voir : O. CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans. 27-28 octobre 1999. Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999, p. 137.

³⁸² G. BURDEAU, *Traité de science politique. Tome II : L'Etat*, op. cit., p. 162.

³⁸³ L'article 4 § 2 du Traité sur l'Union européenne est ainsi rédigé, suite à l'adoption du Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 : « l'Union respecte l'égalité des Etats membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles... ».

³⁸⁴ G. BURDEAU, *Traité de science politique. Tome IV : Le statut du pouvoir dans l'Etat*, op. cit., p. 11.

gouvernement libéral, c'est dans la mesure où elle affecte le fondement du Pouvoir. (...) le Pouvoir établi en vertu d'une constitution est nécessairement limité. Non pas sans doute parce qu'il devrait être exercé obligatoirement selon les formes démocratiques, mais parce que, sous peine de se disqualifier juridiquement, il doit respecter son statut constitutionnel »³⁸⁵, et ce même si la technique constitutionnelle n'a pas toujours été « à la hauteur »³⁸⁶ de l'idéal consacré lors de la période révolutionnaire en France.

Ainsi, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, définissant « le but de toute association politique » (article 2), laisse transparaître une velléité de définir les conditions de « maintien de la Constitution » (préambule) par le rappel « à tous les membres du corps social... [de] leurs droits et leurs devoirs », gouvernants compris. Dans cet esprit, la Constitution va être liée à quelque chose de fondateur, mais pas dans un sens purement temporel de la renaissance d'une unité politique à un instant $t = 0$, mais dans la finalité d'une autorité exercée au sein de la société étatique. La Constitution ne crée pas l'Etat, la Constitution ne crée pas le droit « car ce n'est pas le créer que de désirer l'autorité qui sera chargée de l'exprimer »³⁸⁷ ; mais il est vrai aussi que la première Constitution issue de ces conceptions exprimant une nouvelle rationalité, celle du 3 septembre 1791, « abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits » et déclare dans son préambule qu'« il n'y a plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, aucun privilège ». C'est sans doute cette rupture brutale, dans les faits et dans l'énoncé des principes fondant l'autorité du pouvoir politique, qui a amené une certaine confusion quant au caractère fondateur de l'œuvre constitutionnaliste.

Ce débat sur le caractère créateur de la Constitution – renforcé de surcroît par l'exemple des Etats-Unis et la Convention de Philadelphie en 1787 – renvoie en filigrane à une autre interrogation d'ordre analytique sur les liens entre une théorie de l'Etat et une théorie du droit, à partir du moment où la définition de l'Etat distingue cette entité politique par le caractère juridique du Pouvoir qui s'exprime en son sein. Une théorie de l'Etat peut indéniablement être une théorie d'une certaine forme de droit, qui implique qu'il n'y a pas de corollaire du type « une théorie du droit est une théorie de l'Etat », car, sans aller jusqu'à des analyses anthropologiques ou ethnologiques, le constat semble être, sur le plan historique au moins, qu'il peut y avoir du droit sans Etat, voire même à côté de l'Etat. Une théorie du droit ne peut surtout pas être qu'une théorie de l'Etat, disons même qu'elle la présuppose, parce si

³⁸⁵ G. BURDEAU, *Traité de science politique. Tome IV*, op. cit., p. 23.

³⁸⁶ Voir : O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, PUF, 1994, p. 206 (note de bas de page).

³⁸⁷ G. BURDEAU, *Traité de science politique. Tome II : L'Etat*, op. cit., p. 34.

l'Etat a pu se confondre avec un concept juridique, c'est qu'un certain niveau de pouvoir s'est légitimé par la captation d'une forme de régulation et de résolution des conflits au sein de la société qui pouvait s'exercer à différents niveaux. Aux XVI^e et XVII^e siècles par exemple, l'unification du Royaume de France s'est en partie faite par une homogénéisation normative sur l'ensemble des territoires qui pouvaient se rattacher à la Couronne de France, par une « lutte constante que la monarchie livra pour s'imposer comme source essentielle du droit »³⁸⁸ contre le droit canon, les diverses justices seigneuriales, puis bientôt contre les assemblées de notables (Parlement de Paris par exemple).

Ce détour historique, aussi court et artificiel soit-il, n'est pas neutre et il renvoie à admettre ou non l'historicité des concepts juridiques qui semble être une cause principale de l'absence de relations théoriques réciproques d'identification entre l'Etat et le droit sur le plan de l'analyse épistémologique, comme nous avons pu l'évoqué dans les lignes précédentes. Cette question a fait débattre juristes et historiens entre eux, mais surtout cette discussion rejoint inévitablement le débat constant entre diverses conceptions de la science du droit. Le positivisme réfute cette possibilité d'accepter des données historiques pour construire le discours sur le droit, à partir du moment où la science du droit construit son objet, celui-ci ne peut être que juridique. Dans une critique d'un ouvrage historique portant sur la notion de souveraineté³⁸⁹, le professeur Troper rappelle que celle-ci comme l'Etat sont des concepts juridiques qui ne sont dès lors que des « contenus de pensée » fondant la logique spécifique d'un système juridique décrit. Ainsi, un concept employé pour décrire une « chose » juridique en vigueur ne peut pas l'être dans une démarche compréhensive (historique) d'une autre « chose » qui ne relève plus d'un discours positif. Le positivisme juridique défend la scientificité spécifique des concepts employés pour construire le discours juridique (le seul possible...) dont la vocation peut être de « décrire et [parfois] reproduire un concept du droit positif »³⁹⁰. Le postulat amène à conclure qu'une « chose [décrite] n'existe pas [en science du droit] sans le mot ou sans un mot équivalent et traduisible dans une langue contemporaine » et en d'autres termes, qu'un « concept [juridique] n'a pas d'histoire »³⁹¹ !

³⁸⁸ Voir par exemple : V. MILLIOT, *Pouvoirs et société dans la France d'Ancien Régime*, Nathan Université, 1997, pp. 60-61. Surtout : P. SUEUR, *Histoire du droit public français XVe – XVIIIe siècle. Tome II : Affirmation et crise de l'Etat sous l'Ancien Régime*, 4^{ème} édition, PUF, 2007, pp. 161-281.

³⁸⁹ M. TROPER, « Bulletin bibliographique » [sur M. DAVID, *La Souveraineté du peuple*, PUF, 1996], *RDP*, n° 5, 1996, p. 1506.

³⁹⁰ M. TROPER, « Préface », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 22.

³⁹¹ M. TROPER, « Bulletin bibliographique », op. cit., p. 1507.

Le relativisme – en tant que démarche compréhensive – afférent à nos postulats herméneutiques va nous amener à estimer que la notion de Constitution a pour fonction d’élaborer un discours s’inscrivant dans un processus de production d’une théorie juridique de l’Etat. Mais, en parallèle des liens possibles entre la théorie du droit et la théorie de l’Etat, nous ne pourrions pas établir la relation réciproque. Plus encore, nous dirons qu’une théorie juridique de l’Etat n’est possible que si le producteur du discours a conscience que ce niveau de langage apparaît comme le fruit d’un processus historique qui a fait se confondre une forme de pouvoir politique et le droit, celle d’un pouvoir souverain (étatique) s’exerçant par une forme de rationalité juridique et encadré (donc limité) de fait par cette légitimation. Cette construction est elle-même la résultante de volontés humaines et de la prédominance de certaines conceptions philosophiques et politiques chez les acteurs qui vont mettre en place un ordre en rupture qui n’aura de « constitution » que si la séparation des pouvoirs est « déterminée » et la garantie des droits « assurée » dans une lecture *a contrario* de l’article 16 de la Déclaration des Droits de l’Homme du 26 août 1789, en vue de l’exercice d’une souveraineté de la Nation qui ne base plus sur la confusion des pouvoirs et des fonctions. Cette nouvelle rationalité ne passe plus par la « constitution » d’un pouvoir par la systématisation de coutumes dans l’œuvre de légistes, mais par la fixation d’un écrit imputable d’une façon ou d’une autre à la Nation ou au « peuple » (mais là, le débat n’est toujours pas tranché...). Nous pouvons suivre Georges Burdeau quand il écrit que « la constitution est la règle par laquelle le souverain légitime le Pouvoir en adhérant à l’idée de droit qu’il représente et détermine en conséquence les conditions de son exercice »³⁹².

Le sens de cette « idée de droit » ne s’épuise pas dans des « choses » en vigueur, à partir du moment par exemple où, par l’adoption et le maintien de la « Constitution » du 4 octobre 1958, « le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l’homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu’ils ont été [notamment] définis par la Déclaration de 1789 » (Préambule). Les concepts juridiques employés dans le discours du droit trouvent leur signification dans une « idée de droit » se référant à « la déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 »³⁹³, ou « une référence faite (...) depuis deux siècles dans de nombreux textes constitutionnels »³⁹⁴.

³⁹² G. BURDEAU, *Traité de science politique. Tome IV*, op. cit., p. 49.

³⁹³ CC, n° 81-132 DC, 16/01/1982, *Rec.* 18, cons. 15.

³⁹⁴ CC, n° 91-290 DC, 09/05/1991, *Rec.* 50, cons. 12.

B) La loi constitutionnelle

En droite ligne des développements précédents, la Constitution n'apparaît donc pas comme une simple structure conceptuelle au sens positiviste du terme, mais doit être l'« horizon de sens de la théorie » de l'Etat de droit constitutionnel pour reprendre une expression du philosophe Jean-François Kervégan pour appréhender la positivité (1) et l'essence politique (2) de la norme constitutionnelle.

1. Un acte juridique

Dans la *Théorie de la Constitution* de Carl Schmitt, la distinction entre la Constitution et les lois constitutionnelles tend à caractériser au sein de la juridicité de l'idée constitutionnelle entre une décision et une « normation juridique » à proprement parler ou « réglementation légiconstitutionnelle »³⁹⁵.

En d'autres termes, la loi constitutionnelle tire de la Constitution un rapport d'existence juridique pour supposer un ordre constitutionnel en vigueur. « Toute loi en tant que régulation normative – donc aussi la loi constitutionnelle – a besoin en dernier ressort *pour être valide* d'une décision politique antécédente »³⁹⁶. Ainsi, « le Gouvernement de la République, conformément à la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, a proposé, le peuple français a adopté, le Président de la République promulgue la loi constitutionnelle... » ; ici, le raisonnement renoue avec des principes formels de compétence. « Il s'agit donc d'une requalification juridique de la distinction entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués »³⁹⁷.

Le pouvoir constitutionnel, entendu comme « celui qui existe en vertu d'une constitution »³⁹⁸, ne doit pas « dissoudre complètement la notion de compétence », même s'il s'agit d'une capacité « extraordinaire » de modification de lois constitutionnelles en vue de la sauvegarde, par l'adaptation par exemple, de l'ordre constitutionnel. Celle-ci est généralement régie par des techniques assurant la mise en œuvre d'un principe de rigidité. Ce pouvoir, à la marge de l'exercice d'un pouvoir plus ordinaire, « reste un pouvoir attribué par des lois constitutionnelles »³⁹⁹. Il faut alors, en quelque sorte, s'accorder sur un présupposé concernant une phénoménologie du juridique, capable « d'instaurer la stabilité par une distribution

³⁹⁵ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 152 et p. 153.

³⁹⁶ C. SCHMITT, op. cit., p. 153.

³⁹⁷ O. BEAUD, « Maastricht et la théorie constitutionnelle (1^{ère} partie). La nécessaire et inévitable distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle », *LPA*, n° 39, 1993, p. 16.

³⁹⁸ Voir : R. BONNARD, *Les actes constitutionnels de 1940*, LGDJ, 1942, p. 17.

³⁹⁹ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 241.

raisonnable des compétences et une répartition commode de l'équilibre des forces politiques et sociales. En même temps qu'elle limite l'arbitraire des décisions, elle inspire la confiance par la régularité qu'elle introduit dans la sphère du public en associant le droit et la force »⁴⁰⁰.

Dans cette considération, le « public » est synonyme de « politique ». De prime abord, l'idée de « droit constitutionnel » peut être comprise dans le sens de « droit *du* politique ». « Une fois établie » comme ordre positif, « la constitution a vocation à encadrer pacifiquement l'activité politique dans l'Etat. L'ensemble des acteurs politiques, les citoyens et, plus généralement, la population de l'Etat doivent respecter la constitution »⁴⁰¹. La « régularité » est une quête de normalité, d'assise du pouvoir dans ses rapports avec la société, comme le rappelle le préambule de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, « afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au *maintien* de la Constitution ». Pour certains auteurs, ce « droit constitutionnel classique, largement façonné par celui de la France révolutionnaire, s'entend exclusivement d'une règle juridique relative au statut du pouvoir politique, à ce que l'on a appelé le droit constitutionnel politique »⁴⁰².

Au-delà d'un débat sur une étendue de contenu, communément décrit par l'évolution de la constitution politique vers la constitution sociale, reste malgré tout la construction d'une idée globale d'ordre ontologique : « dans une constitution [juridique], le politique trouve les moyens de se *dominer lui-même* puisque, du fait qu'elle est une codification, toute constitution est une limitation »⁴⁰³. Il resurgit *in fine* le corollaire métajuridique⁴⁰⁴ de l'auto-limitation qui accompagne la structure conceptuelle d'un « pouvoir par le droit », historiquement situé comme l'Etat de droit. Cet élément sous-tend que la relation entre le pouvoir et le droit relève initialement d'une dialectique qui signifierait donc que « la politique est loin d'être seulement soumise au droit. La constitution est l'espace où se déroule l'action politique telle que le droit la met en forme, mais aussi le lieu où sont fixées les conditions de création du droit »⁴⁰⁵. Le présupposé de la reconnaissance juridique du pouvoir « ne transforme pas l'essence du politique »⁴⁰⁶.

⁴⁰⁰ J. FREUND, *L'essence du politique*, op. cit., p. 352.

⁴⁰¹ P. BLACHER, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 11.

⁴⁰² V. CONSTANTINESCO, S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 325.

⁴⁰³ J. FREUND, *L'essence du politique*, op. cit., p. 352.

⁴⁰⁴ cf. L. HEUSCLING, *Etat de droit. Rechtsstaat. Rule of Law*, spéc. pp. 506-511.

⁴⁰⁵ D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, op. cit., p. 5.

⁴⁰⁶ J. FREUND, op. cit., p. 352.

2. Un texte de droit politique

Pour reprendre une expression des professeurs Weil et Pouyaud, « l'existence même d'un droit [constitutionnel] relève en quelque sorte du miracle »⁴⁰⁷. Nous irons jusqu'à dire que celui-ci ne peut exister, voire être pensé, que dans la formation d'une idée difficilement admissible de « droit politique » au sein du champ dominant de la science du droit où l'émergence de l'instance juridictionnelle comme mode de régulation dans les ordres constitutionnels semble avoir re-légitimer l'objet de la science du droit constitutionnel en tant que « les phénomènes politiques, le régime d'une société sont tout entiers absorbés par l'étude des règles contenues dans la constitution »⁴⁰⁸ désormais sanctionnées par le juge.

Le doyen Favoreu avait trouvé l'image de la « politique saisie par le droit »⁴⁰⁹ pour développer un paradigme pur de l'Etat de droit comme principe de « soumission du jeu politique au respect de la règle de droit »⁴¹⁰. Pourtant, si « la dépolitisation absolue du droit est peut-être pensable, celle de l'Etat paraît illusoire, ou plutôt, la dépolitisation du droit peut être conçue comme une idéologie particulière » permettant d'esquiver des questions de contenu et/ou de valeurs, au profit de principes formels de production normative, potentiellement vue en dernière analyse comme « tendant à légitimer le pouvoir » au sein de mécaniques constitutionnelles perfectionnées. Nous en revenons alors à la condition relative du juriste publiciste en ce qu'il doit distinguer entre le politique et le droit dans le développement de sa construction systématique. Car, si le dépassement de l'écueil réside justement dans le contrôle du pouvoir par les garanties du « respect de la règle de droit », ce « mouvement dissimule une conception libérale de l'Etat et du droit »⁴¹¹.

Il faudrait plutôt privilégier une approche plus « réaliste » de la discipline. Comme le souligne le professeur Le Divellec, « nombre d'analyses parlant de "la constitution" visent en fait autre chose, notamment le "système politique" (ou politico-constitutionnel), c'est-à-dire non pas seulement toutes les normes juridiques en vigueur dans un corps politique donné mais l'ensemble des agencements contraignants effectivement produit dans ce corps »⁴¹².

⁴⁰⁷ cf. P. WEIL, D. POUYAUD, *Le droit administratif*, PUF, 2007, p. 3.

⁴⁰⁸ M. MIAILLE, *L'Etat du droit. Introduction à une critique du droit constitutionnel*, Maspero – PUG, 1978, p. 9.

⁴⁰⁹ cf. L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Economica, 1988.

⁴¹⁰ L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, 13^{ème} éd., Dalloz, 2010, p. 280.

⁴¹¹ F. SAINT-BONNET, « Le droit contre la loi. Regard sur les mutations du droit constitutionnel au XX^e siècle », in *L'Etat au XX^e siècle : regards sur la pensée juridique et politique du monde occidental*, op. cit., p. 130.

⁴¹² A. LE DIVELLEC, « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus Politicum*, n° 4, 2010, source : <http://juspoliticum.com/L-ordre-cadre-normatif-Esquisse-de.html>.

Cependant, à la lecture du constat précité, une interrogation reste entière : la contrainte effective, eu égard à son caractère, n'accède-t-elle pas de fait au rang de norme ? Au sein de la normativité constitutionnelle, la séparation entre l'existence politique et la reconnaissance juridique, par là, son corollaire en « la distinction entre Constitution et loi constitutionnelle est donc intellectuellement significative, même si elle n'est pas reçue par le droit positif. Elle suggère une approche qui mette en perspective la réalité politique qu'implique l'idée même de Constitution »⁴¹³. Le professeur Saint-Bonnet rappelle ainsi, par exemple, que « l'épanouissement de [la] justice constitutionnelle peut être regardée, non comme la conquête de la maturité d'une discipline devenue vraiment celle de juristes servant une cause neutre, l'Etat de droit, mais comme un avatar possible d'une idéologie teintée philosophiquement sinon politiquement, le libéralisme »⁴¹⁴, sur lequel les acteurs du système s'accordent en vue de l'institution d'un principe normatif. Sous l'angle d'une tradition juridique de droit écrit, il s'agirait de la recherche du « principe politique qui commande l'application du texte »⁴¹⁵ constitutionnel et qui devient norme par « convention » en ce qu'en son sens minimum, celle-ci « n'est pas réductible aux dispositions écrites ». Concernant le « respect de la Constitution » et son développement juridictionnel, il doit être compris sur le fondement d'un droit qui « reste par essence un droit public et un droit politique : il est la traduction juridique d'un état des rapports de force politiques à un moment donné »⁴¹⁶. Sur un plan épistémologique, le corollaire prend la forme d'une condition-limite à la possibilité d'un discours *de* droit constitutionnel ; de considérer de façon déductive que la normativité constitutionnelle « ne serait que » juridique, mais d'appréhender plutôt de façon inductive qu'« à côté des questions et réponses [juridiques] circulent aussi des éléments propres à la matière du domaine qui fait l'objet d'une réglementation »⁴¹⁷.

De ce point de vue, essayons d'appréhender un cas d'école, qui implique la question de la compétence du juge constitutionnel : l'application par le général de Gaulle de l'article 11 de la « Constitution du 4 octobre 1958 » pour changer le mode d'élection à la fonction

⁴¹³ P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, PUF, 1997, p. 36.

⁴¹⁴ F. SAINT-BONNET, « La double genèse de la justice constitutionnelle en France », op. cit., p. 755. Voir aussi : O. BEAUD, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat », *Jus politicum*, n° 3, 2009, source électronique : www.juspoliticum.com/L-histoire-du-concept-de.html (part. sur le « moment Montesquieu » dans cette histoire et « le renversement (...) du mot de constitution dans un sens politique et libéral »).

⁴¹⁵ P. AVRIL, op. cit., p. 29 ; rapp. et comp. sur le « débat allemand » : C. GUSY, « Considérations sur le "droit politique" », *Jus politicum*, n° 1, 2008, source : www.juspoliticum.com/Considerations-sur-le-droit.html.

⁴¹⁶ F. SAINT-BONNET, « La double genèse de la justice constitutionnelle en France », op. cit., pp. 754-755.

⁴¹⁷ A partir de : C. GUSY, « Considérations sur le "droit politique" », op. cit.

présidentielle, c'est-à-dire notamment l'article 6 du même texte constitutionnel. En vertu de l'article 11 précité, « le Président de la République... peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics », mais la procédure de révision fait l'objet d'une procédure et d'un titre spécifique au sein de l'organisation constitutionnelle, avec une éventuelle procédure de référendum prévue à cet effet. Mais le référendum prévu par l'article 89 est soumis à, au moins, une lecture conforme du projet de révision au sein des deux assemblées parlementaires. Or, l'Assemblée nationale renverse le Gouvernement Pompidou le 5 octobre 1962 (seul cas sous la Cinquième République) et c'est le Président du Sénat, Gaston Monnerville, qui défère au Conseil constitutionnel le projet de loi adopté lors du référendum du 28 octobre 1962. En effet, l'article 61, alinéa 2 évoque simplement la notion de « lois [qui] peuvent être déférées » devant lui, en vue de contrôler leur conformité à la Constitution. Pourquoi pas les lois adoptées par référendum, d'autant plus quand le « peuple français » ne s'exprime pas en matière constitutionnelle... Or, la décision rendue par le Haut Conseil est une décision d'incompétence⁴¹⁸ et le passage du considérant est connu : « il résulte de *l'esprit de la Constitution* qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ». Pourquoi dès lors toujours s'interroger sur le contrôle possible du Conseil constitutionnel des lois référendaires, d'autant plus que cette solution fut confirmée⁴¹⁹ trente ans plus tard ?

Un positiviste réaliste comme Michel Troper, et voulant s'en tenir sur un constat réaliste au sens premier du terme, écrit à propos de l'hypothèse envisagée qu'« il faut... reconnaître que la Constitution, en s'abstenant d'organiser un contrôle du recours à l'article 11, institue, au profit du Président de la République, un monopole de l'interprétation. (...) Cela ne signifie pas que l'interprétation adoptée en 1962... soit "correcte", mais seulement que le système d'interprétation organisé par la Constitution pour l'article 11 donne

⁴¹⁸ CC, n° 62-20 DC, 06/11/1962, *Rec.* 27.

⁴¹⁹ CC, n° 92-313 DC, 23/09/1992, *Rec.* 94, cons. 2 : « Considérant que l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires qui, respectivement, doivent ou peuvent être soumises à son examen, sans préciser si cette compétence s'étend à l'ensemble des textes de caractère législatif, qu'ils aient été adoptés par le peuple à la suite d'un référendum ou qu'ils aient été votés par le Parlement, ou si, au contraire, elle est limitée seulement à cette dernière catégorie ; que, toutefois, au regard de l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution, les lois que celle-ci a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple français à la suite d'un référendum contrôlé par le Conseil constitutionnel au titre de l'article 60, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ».

au Président, non le droit, mais la possibilité de consulter directement le corps électoral sur un projet de révision constitutionnelle »⁴²⁰. Dans cette analyse publiée à l'occasion du vingtième anniversaire de la Cinquième République, Michel Troper propose déjà son analyse en termes de « contraintes »⁴²¹ juridiques, et d'une idée de causalité possible dans le champ de la connaissance juridique. La même analyse est possible concernant l'abstention du juge constitutionnel, l'« *homo juridicus* » Conseil constitutionnel adoptant cette stratégie⁴²² dans un système de relations institutionnelles réciproques qui amène la juridiction constitutionnelle à interpréter le terme de « lois » de l'article 61, alinéa 2 du texte constitutionnel d'où il tire sa propre compétence comme ne recouvrant que les seules lois parlementaires.

A propos de la théorie réaliste de l'interprétation, nous avons pu esquisser précédemment⁴²³ une certaine forme de critique, notamment le choix épistémologique de la valeur du texte par rapport à la norme interprétée, et l'interrogation centrale formulée par une lecture sceptique : « Quel intérêt y a-t-il à postuler une liberté interprétative de principe si elle est immédiatement limitée par des éléments contraignants lors de son exercice »⁴²⁴ ?

L'impasse épistémologique, si elle peut être dépassée dans un cadre acceptable pour une science du droit, proviendrait donc du problème du politique au sein de cette science. Certes, la théorie réaliste des contraintes ramène plus que jamais le droit à un fait empirique et l'analyse causale rapproche indéniablement les méthodes d'une science juridique vers le modèle d'une science politique. Mais sur le plan épistémologique, la séparation est toujours nettement affirmée entre la connaissance du droit et la connaissance du politique⁴²⁵.

En effet, l'approche pourrait être simplement politique, et relever dans le cas de la décision du Conseil constitutionnel en 1962 concernant le contrôle des lois référendaires que

⁴²⁰ M. TROPER, « La Constitution et ses représentations sous la Ve République », *Pouvoirs*, n° 4, 1978, p. 72.

⁴²¹ Op. cit., p. 62 ou p. 68. Cette idée de contraintes constitue un fil conducteur de la réflexion tropérienne (dès la fameuse contribution – manifeste parue dans les *Mélanges Eisenmann* en 1975) consciente de l'écueil d'une radicalisation de la théorie réaliste de l'interprétation derrière l'idée simpliste que la volonté est un pouvoir discrétionnaire. Michel Troper et le « Centre de théorie et analyse du droit » de l'Université de Nanterre ont fait dernièrement leur proposition solennisée sous la forme d'un recueil d'une *Théorie des contraintes juridiques* (avec V. CHAMPEIL-DESPLATS et C. GRZEGORCZYK, publ. Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », 2005).

⁴²² Il faut tout de même faire attention aux raccourcis trop simplistes qui amèneraient à assimiler l'analyse stratégique issue des sciences économiques et l'analyse selon le paradigme de la contrainte, voir : J. MEUNIER, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », 1994 et sa contribution « Contraintes et stratégie en droit constitutionnel » à : V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, op. cit., p. 197.

⁴²³ Voir *supra*, chap. introductif.

⁴²⁴ J.-C. LE COUSTUMER, « Réalisme, scepticisme et contraintes juridiques », *Droits*, n° 36, 2002, p. 178.

⁴²⁵ C'est ce qui semble se dégager implicitement de la lecture d'un article – pas forcément le plus connu – de Michel TROPER et pourtant peut-être selon nous l'un des plus intéressants de l'auteur sur sa réflexion épistémologique. Il ne sera pourtant pas repris dans les deux grands recueils parus aux PUF en 1994 et 2001 ; cf. « Le constitutionnalisme entre droit et politique », in CURAPP, *Droit et politique*, PUF, 1993, p. 82 et s.

« cette abstention ne relève pas d'une obligation juridique, puisqu'il apprécie souverainement celle-ci. Elle relève de rapports de forces politiques qui incitent le juge à la prudence : s'il va trop loin il risque de susciter des réactions hostiles »⁴²⁶ et pourrait mettre ainsi en danger son existence en tant qu'institution (au sens organique et non pas au sens mauricain). Il est vrai que le contexte n'était pas favorable en 1962. Le 19 octobre de la même année, un arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat avait ainsi annulé une ordonnance du Président de la République qui mettait en place une juridiction d'exception pour « juger les auteurs des délits et infractions connexes commis en relation avec les événements d'Algérie »⁴²⁷. Des condamnations à mort furent prononcées par ladite instance et l'annulation qui ressort de l'arrêt de la Haute juridiction administrative remettait en cause ces verdicts. Le pouvoir gaulliste en fit un argument de prise de position politique de la part du juge du Palais-Royal, afin de renforcer le caractère dramatique du référendum du 28 octobre 1962, l'élection du Président de la République au suffrage universel direct devenant la condition *sine qua non* pour assurer la pérennité des encore toutes jeunes institutions car, sans son adoption, De Gaulle ne restera pas au pouvoir.

Finalement, le peuple – corps électoral a légitimé l'interprétation gaullienne, et prévaudrait ainsi une certaine forme de décisionnisme⁴²⁸ dans l'analyse des faits institutionnels de cette année 1962, prévalant sur le juridisme, en termes de régularité, du débat essentiellement né de la stricte exégèse textuelle. La déclaration d'incompétence de l'organe juridictionnel de contrôle de la « conformité » législative à la Constitution, définie par la loi constitutionnelle, fait droit à « l'expression *directe* de la souveraineté nationale » comme cas-limite à la reconnaissance juridique de l'acte, même prétendument constitué, au profit d'un principe existentiel de l'unité politique.

Il s'agit d'une question fondamentale de la théorie contemporaine de l'Etat que présuppose⁴²⁹ le discours correspondant de droit constitutionnel, à partir du moment où « les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale »⁴³⁰ ont proclamé que « le

⁴²⁶ J.-M. DENQUIN, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par la droit », op. cit., p. 5.

⁴²⁷ CE Ass., 19/10/1962, *Canal, Robin et Godot*, Rec. 552.

⁴²⁸ Voir, pour une critique : O. CAMY, « Le retour au décisionnisme : l'exemple de l'interprétation des pratiques constitutionnelles par la doctrine française », *RDP*, n° 4, 1996, p. 1019 et s. : « Au lieu de constater les violations d'une Constitution comme norme juridique, il devient le spectateur passif de l'évolution d'une Constitution comme phénomène politique (...). On sait à quelles conséquences politiques a pu conduire en d'autres époques l'engagement décisionniste de la doctrine allemande, italienne ou française. Comment ne pas s'étonner de l'absence de mémoire philosophique et politique d'une doctrine contemporaine constitutionnaliste qui cède une nouvelle fois à cette tentation... » (p. 1067).

⁴²⁹ cf. O. JOUANJAN, « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'Etat », op. cit., p. 105.

⁴³⁰ Préambule de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation »⁴³¹. Une ambiguïté s'exprime dès le moment considéré comme fondateur et qui aboutira à l'adoption de l'éphémère Constitution du 3 septembre 1791 et à ce principe selon lequel « la Souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation⁴³² (...) de qui seule émanent tous les Pouvoirs⁴³³ ». Ainsi, « la Constitution française est représentative : les représentants sont le Corps législatif et le roi »⁴³⁴. Le problème, relève Pierre Rosanvallon, est que « la notion de gouvernement représentatif oscille... entre la perspective d'un accomplissement de l'idéal démocratique et sa négation pure et simple. La représentation est tour à tour considérée comme un substitut de la démocratie directe [irréalisable en pratique] ou une alternative à celle-ci »⁴³⁵, parce qu'il faut bien reconnaître que la masse ignorante fait un peu peur à la bourgeoisie révolutionnaire. Le constat de Mounier, pourtant député du tiers-état aux Etats généraux mais partisan de la monarchie, est implacable à ce titre ; certes, « le principe de la souveraineté réside dans la nation (...). Mais être le principe de la souveraineté et exercer la souveraineté sont deux choses très différentes »⁴³⁶. Sans que les idées de Mounier sur la monarchie ne triomphent, certains auteurs parlent tout de même *in fine* de « négation de la souveraineté du peuple [car] le texte de 1791... cantonne le peuple dans un rôle accessoire tant par l'interdiction du mandat impératif que par de sérieuses limitations apportées au suffrage »⁴³⁷.

Avec l'évolution au fil du temps du droit de suffrage (devenu universel masculin et féminin, abaissement de l'âge d'exercice de ce droit et bien évidemment, suppression du cens pour acquérir le droit), l'ambiguïté fondatrice est arrivé au point tel que l'article 3 du texte constitutionnel en vigueur, dénommé « Constitution du 4 octobre 1958 », énonce que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum », dans une formulation quasi semblable que celle qui avait été promulguée sous le régime de la Constitution du 27 octobre 1946.

Une partie de l'ambiguïté pourrait peut-être se résorber si l'intérêt est porté sur le plan du discours théorique sur une distinction entre de ce que l'Etat et le peuple sont les titulaires.

⁴³¹ Art. 3 de la DDHC de 1789.

⁴³² Art. 1^{er}, titre III de la Constitution du 3 septembre 1791.

⁴³³ Art. 2, titre III de la Constitution de 1791.

⁴³⁴ *Ibid.*, art. 3.

⁴³⁵ P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, « Folio – Histoire », 2003, p. 19.

⁴³⁶ Cf. *Archives parlementaires, Recueil Madaival et Laurent*, 1^{ère} série, 1789-1799, t. VIII, p. 560 ; cf. P. ROSANVALLON, *op. cit.*, p. 21.

⁴³⁷ M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, 9^{ème} édition, Montchrestien, coll. « Domat – Droit public », 2006, p. 60.

Le pouvoir étatique est souverain, le peuple peut éventuellement l'exercer et ceci doit être réglé par le statut du pouvoir dans l'Etat, même si l'acte peut être qualifié de « constituant ». Par exemple, le 28 septembre 1958, le « peuple français » accepte par référendum le projet de texte constitutionnel qui lui est soumis, convoqué par dispositions combinées de l'ordonnance n° 58-734 du 20 août 1958 et du décret n° 58-742 daté du même jour. Ces textes ont été pris à la fois sur le fondement de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 par laquelle la représentation nationale acceptait que le nouveau Gouvernement, investi le 1^{er} juin, promeuve une nouvelle Constitution en dérogeant au cadre existant fixé par l'article 90 de la Constitution du 27 octobre 1946 ; et sur la base des pleins pouvoirs qui avaient été accordées à ce même gouvernement pour mener à bien cette entreprise et pour assurer la continuité de l'Etat par une autre loi n° 58-520 du 3 juin 1958, mais dont l'alinéa 2 de l'article unique lui interdisait de porter atteinte notamment à la « législation électorale » en vigueur. Le décret précité arrête donc la liste électorale « au 6 septembre 1958 » dans les conditions du Code électoral qui n'avait donc pas été abrogé.

Par rapport à l'interrogation portant sur la souveraineté, la situation précédemment décrite rappelle que le pouvoir souverain réside dans l'Etat et qu'il faut dès lors avoir à l'esprit une distinction entre la qualité de titulaire d'un pouvoir et celle de la capacité à l'exercer, octroyée à un moment ou à un autre. Ainsi, Georges Burdeau rappelle que « la nation n'existe (...) juridiquement, elle n'est sujet de droit, titulaire de la souveraineté que dans la mesure où elle est organisée par le statut étatique », ajoutant une chose fondamentale : « la collectivité nationale est [éventuellement] le destinataire du régime étatique, elle n'en est pas la substance »⁴³⁸. Ce « régime étatique » moderne trouve sa source dans une idée de « Constitution », qui encadre et limite le Pouvoir par le droit. En d'autres termes, pour synthétiser ces éléments, il semble intéressant de poser le constat, à l'instar du professeur Olivier Jouanjan que « la "Constitution" signifie, dans le discours traditionnel des juristes, la Constitution de l'Etat »⁴³⁹ dont le concept de pouvoir de droit qui en découle se concrétise en un type de régime où l'exercice du Pouvoir se rattache à la façon d'incarner la souveraineté étatique autour d'un principe démocratique. Des travaux de théorie générale de l'Etat ont montré que « la puissance publique requiert aujourd'hui une légitimation démocratique et libérale, illustrée par la Constitution »⁴⁴⁰ ; la question de droit politique restant : par quel(-s) moyen(-s) légitime(-s) ?

⁴³⁸ G. BURDEAU, *Traité de science politique. Tome II : L'Etat*, 3^{ème} édition, LGDJ, 1980, p. 132 et p. 133.

⁴³⁹ O. JOUANJAN, « Ce que "donner une constitution à l'Europe" veut dire », *Cités*, n° 13, 2003, p. 27.

⁴⁴⁰ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 25.

Chap. 2 : Une dogmatique de la légitimité de la juridiction constitutionnelle en tant que « gardien de la Constitution »

La spécificité du raisonnement du juge constitutionnel reposerait sur le postulat suivant : dans l'Etat de droit dont le système normatif (supérieur) repose sur un principe plus ou moins direct d'imputation démocratique, le juge constitutionnel applique les « lois constitutionnelles d'où il tire sa propre compétence, en tant que pouvoir constitué, dans l'exercice d'une fonction qui l'amène à être et s'imposer comme garant de la « Constitution » et par là, de l'unité politique de l'Etat.

Dans cette herméneutique constitutionnelle, sur un plan institutionnel, le juge constitutionnel se trouve concurrencé en quelque sorte dans ce champ d'habilitation. Dans le texte dit de la « Constitution du 4 octobre 1958 », il apparaîtrait possible de dégager un « rôle de gardien de la Constitution donné officiellement par l'article 5⁴⁴¹ au chef de l'Etat »⁴⁴². En outre, sous l'angle de l'imputation ci-dessus évoquée, l'institution présidentielle bénéficie d'un lien fort avec l'idée constitutionnelle globale d'un pouvoir démocratique puisqu'en vertu de l'article 6 de la loi constitutionnelle en vigueur, « le Président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct ».

L'enjeu de ce lien est largement connu mais il n'est pas inutile de le rappeler tant il apparaît primordial. Ainsi, le « suffrage » qui tend à l'élection du chef de l'Etat se rattache à « l'exercice » au niveau national d'une qualité indivisible attachée au pouvoir formel du « peuple » dans l'Etat démocratique où le « principe est : gouvernement du peuple et pour le peuple »⁴⁴³ et où il est consacré dès lors que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum »⁴⁴⁴.

Une conclusion partielle pourrait être formulée de la sorte : dans un rôle supposé de garant de la Constitution au sein de l'Etat de droit démocratique, le Président de la République serait affecté d'une qualité institutionnelle supérieure à celle du juge constitutionnel, en ce sens que, appuyé par son mode de désignation, il pourrait être en

⁴⁴¹ En son alinéa 1^{er} : « Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat ».

⁴⁴² O. CAMY, « Le chef de l'Etat est-il souverain sous la Ve République ? », *RFDC*, n° 25, 1995, p. 4.

⁴⁴³ Article 2, alinéa 5 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁴⁴⁴ Article 3, alinéa 1^{er} de la Constitution.

mesure d'exercer en outre un pouvoir de « magistrat souverain »⁴⁴⁵ renforcé notamment en cela qu'il « reçoit de l'article 89 d'importants pouvoirs en matière de révision : il en possède l'initiative, sur proposition du Premier ministre, concurremment avec les membres du Parlement et choisit entre le référendum et le congrès pour l'adoption définitive du texte »⁴⁴⁶. Quoiqu'il en soit et quoi que puisse recouvrir le syntagme conceptuel de « respect de la Constitution » accolé à la fonction présidentielle, dans la stricte optique d'un principe démocratique imputé « à la qualité de l'être au nom duquel est exercée la souveraineté »⁴⁴⁷, « il n'aura pas échappé au lecteur qu'une telle présentation tranche par avance la question d'une éventuelle souveraineté *juridictionnelle*. (...) sans même évoquer les lacunes inévitables du contrôle du Conseil [constitutionnel] (incompétence matérielle et concurrence avec les autres juridictions), on se contentera d'objecter à cette idée qu'un juge ne peut jamais être le Souverain : d'abord parce qu'il ne peut jamais se saisir lui-même d'une affaire, et ensuite et surtout parce que sa mission est non pas de "gouverner" ou d'agir, mais de trancher des litiges »⁴⁴⁸.

Le débat porte donc sur un écart entre le sens communément admis d'une habilitation fonctionnelle de type juridictionnel et la perception de la signification de ladite fonction à l'aune d'un principe d'imputation démocratique devant normalement régir la participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la fonction normative souveraine au sein de l'Etat, censée exprimer la volonté générale « dans le respect de la Constitution »⁴⁴⁹. Le discours nécessairement dogmatico-doctrinal⁴⁵⁰ sur la justice constitutionnelle s'impose comme un discours de justification de la fonction dans la qualification du système juridico-politique comme « Etat de droit démocratique ». Le positionnement sur la question va au-delà de l'entreprise de découverte du « sens de "démocratie" » présumé dans un système donné, « sachant que le système se donne comme démocratique et qu'il comporte un contrôle de constitutionnalité »⁴⁵¹ des lois.

⁴⁴⁵ cf. O. BEAUD, « Le Souverain », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 40.

⁴⁴⁶ J.-M. DENQUIN, « Sur le "respect de la Constitution" », in D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Les 50 ans de la Constitution. 1958 – 2008*, op. cit., p. 118.

⁴⁴⁷ M. TROPER, « La souveraineté comme principe d'imputation », in D. MAILLARD DESGREES du LOÛ (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, 2006, p. 72. Voir aussi : F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 194 ; M. TROPER, « Le titulaire de la souveraineté », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, 2001, pp. 284-285.

⁴⁴⁸ O. BEAUD, « Le Souverain », op. cit., p. 43.

⁴⁴⁹ CC, n° 85-197 DC, 23/08/1985, *Rec. 70*, cons. 27.

⁴⁵⁰ cf. *supra*, Chap. introductif

⁴⁵¹ cf. M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, op. cit., p. 346.

Il s'agit plutôt d'un choix axiologique autour de la production d'un sens à la notion d'« Etat de droit démocratique », celui d'une « démocratie constitutionnelle » dans laquelle la décision de constitutionnalité rendue par le juge constitutionnel serait partie intégrante à l'expression d'une volonté normative souveraine, « [produisant] une définition de la démocratie qui le légitime. Il ne s'agit donc pas de mettre en rapport la vérité démocratique avec le mécanisme de contrôle de la constitutionnalité des lois, mais de faire apparaître quelle vérité démocratique ce mécanisme rend possible »⁴⁵².

La dogmatique de la démocratie constitutionnelle fait reposer l'unité du système sur deux données juridiques presque corollaires : la suprématie de la Constitution et l'installation d'un contrôle juridictionnel de la loi, tandis que la donnée politique majeure du discours « refuse de renoncer à l'idée de démocratie représentative et la constitution, les principes qu'elle contient et surtout l'interprétation qu'on en donne, doivent être présentées globalement comme l'expression de la volonté du peuple souverain, d'un peuple »⁴⁵³. Il est clair que le « prix à payer » pour tenir la construction de ce discours peut s'avérer « élevé », en ce qu'il serait donné un « gage à une conception aristocratique du pouvoir dans laquelle le contrôle de constitutionnalité reste l'ultime moyen de tenir le peuple – même représenté – en dehors du jeu politique »⁴⁵⁴.

La démonstration porte donc sur une idée de « bien-fondé » d'un pouvoir constitué de type juridictionnel, et par là d'une capacité décisionnelle spécifique – c'est-à-dire attachée à ce type de fonction – sur l'application des lois constitutionnelles et le respect par la loi de la Constitution dans un système d'imputation démocratique de l'exercice de la souveraineté. Mais, plus encore, il convient de rappeler qu'« un travail d'ordre véritablement doctrinal sur [la Constitution, les lois constitutionnelles et la justice constitutionnelle] suppose de saisir le caractère systématique de ces notions (...) [dans la] réflexion de théorie générale de l'Etat. Cela implique, d'une part, de se déprendre des catégories usuelles maniées aujourd'hui par la jurisprudence et de la doctrine, et d'autre part, de restituer aux notions (...) toute leur densité historique, dogmatique et systématique »⁴⁵⁵. Ce mouvement intellectuel doit permettre d'appréhender toutes les implications juridiques des distinctions proposées. Ainsi, la garantie de la Constitution se pose en termes de garantie de la souveraineté *de* (I) et *dans* (II) l'Etat.

⁴⁵² D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8^{ème} éd., Montchrestien, 2008, p. 557.

⁴⁵³ M. TROPER, « Le titulaire de la souveraineté », op. cit., p. 298.

⁴⁵⁴ P. BRUNET, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in C. GREWE et al., *La notion de « justice constitutionnelle »*, op. cit., p. 135.

⁴⁵⁵ A partir de : O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, PUF, 1994, pp. 12-13.

I. La distinction entre Constitution et lois constitutionnelles, la compétence du juge constitutionnel et la garantie de la souveraineté

Dans un discours de théorie générale de l'Etat, la souveraineté vise une qualité étatique qui revêt une double dimension, aussi complémentaire que nécessairement distincte. D'une part, elle a trait à une capacité juridique au sein d'une sphère inter – nationale. Selon cette acception, le concept de « "souveraineté" n'est pas un terme normatif : il ne dénote pas une situation juridique subjective (un pouvoir), mais l'ensemble des présupposés nécessaires à l'obtention d'une variété de situations subjectives (obligations, droits, pouvoirs) »⁴⁵⁶. Dans la formule célèbre du professeur Jean Combacau, visant la « souveraineté » comme un état de « liberté légale », « l'Etat est originairement libre d'agir sans règles ou de se donner dans son ordre juridique interne des règles que ne détermine aucune prescription propre à l'ordre international (...) [Les limites de sa liberté résiduelle] diffèrent d'un moment à l'autre et d'un Etat à l'autre selon l'usage qu'il a fait de sa liberté actuelle de renoncer à sa liberté future : le droit international n'est pour chaque Etat que la somme de ces limitations de sa liberté légale primitive »⁴⁵⁷. D'autre part alors, la souveraineté renvoie à la nature d'un pouvoir au sein de la société étatique qui ne peut d'ailleurs être considérée comme telle que dans la mesure où l'organisation du pouvoir s'avère en mesure d'imposer et de faire respecter un certain degré de puissance normative. Au-delà des controverses et des interprétations pouvant être divergentes sur le contenu de tel ou tel attribut lié à un concept matériellement politique au contenu flou, une définition juridique plutôt formelle, « due à la doctrine allemande du XIXe siècle », semble pouvoir rendre irréductible – voire *indivisible* – le terme de « souveraineté » en ce qu'elle « consiste à dire qu'est souverain le pouvoir qui dispose de la *compétence de la compétence*, autrement dit est souverain le pouvoir qui peut librement définir l'étendue de sa propre compétence, qui dispose donc d'une plénitude de compétences. (...) La souveraineté, dans cette perspective, n'est pas simplement une somme de compétences, mais réside surtout en l'aptitude à en déterminer librement le contenu »⁴⁵⁸.

Cette mention de « l'aptitude » vient rappeler la dimension dynamique du concept de souveraineté. Celle-ci « se concrétise toujours par une compétence – ou mieux par un acte ou une prérogative – forme d'expression juridique de la puissance. Elle n'est donc pas seulement négation de la subordination, mais aussi affirmation d'une suprématie. Bref, la souveraineté

⁴⁵⁶ R. GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. CHAMPEIL-DESPLATS, Dalloz, 2010, p. 125.

⁴⁵⁷ J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 52.

⁴⁵⁸ V. CONSTANTINESCO, S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., PUF, 2007, p. 18.

est un pouvoir »⁴⁵⁹, censé s'exercer d'une façon ou d'une autre ou selon diverses modalités en fonction de l'organisation institutionnelle car sans cela, il n'existerait plus de façon positive. A ce niveau, stipulons à l'instar du professeur Troper que « le souverain est *sans doute* celui qui détient la totalité de la puissance d'État, celui qui peut tout faire, mais, en raison de la hiérarchie, le seul pouvoir d'adopter les normes appartenant aux niveaux les plus élevés, la Constitution et la loi, lui permet de déterminer indirectement le contenu des normes de niveau inférieur »⁴⁶⁰.

Il paraît possible, de façon presque intrinsèque, de faire le lien sur le plan de la théorie constitutionnelle entre l'idée de « respect de la Constitution » et celle qui aurait trait à la « garantie » de certaines conditions d'exercice de la souveraineté. Plus précisément, dans la perspective de notre objet d'étude, que peut signifier cette garantie à l'aune de la compétence du juge constitutionnel ? Mais, à l'inverse, le problème peut se poser dans le sens de savoir si l'étendue de l'office du juge constitutionnel se détermine par rapport à ce qui relève d'une sphère de compétences souveraines et ce qui n'en relève pas.

Dans la construction du discours de théorie générale de l'Etat, nous avons proposé une distinction à propos de la normativité de rang constitutionnel entre la Constitution et les lois constitutionnelles. La nécessaire dimension dogmatique de l'entreprise amène à re-considérer une partie du problème précédemment développé à partir de l'interrogation suivante : sur les implications juridiques de la distinction entre Constitution et loi constitutionnelle, comment le juge constitutionnel *devrait-il* déterminer sa propre compétence en fonction de la définition statique et dynamique de la puissance souveraine qui en résulte ?

Le caractère partiel du travail doctrinal vient rappeler que la proposition théorique est susceptible d'apparaître comme vraie ou fausse au regard du droit positif, et que la dimension scientifique du discours, même empreinte de relativisme, doit tenir compte de cette exigence d'ordre épistémologique du champ de connaissances auquel il s'adresse. Le raisonnement constitutionnel tenu sur le concept de souveraineté semble attaché à sa double dimension interne (§ 1) et externe (§ 2). Dans un rapport avec la distinction quant aux contours de la norme constitutionnelle, le discours interne au droit positif marque une nette séparation avec la dogmatique constitutionnelle proposée au sein d'un discours de type compréhensif.

⁴⁵⁹ O. BEAUD, « La souveraineté dans la "Contribution à la théorie générale de l'Etat" de Carré de Malberg », *RDP*, n° 5, 1994, p. 1259.

⁴⁶⁰ M. TROPER, « Comment la Constitution de 1958 définit la souveraineté nationale ? », source : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation-publications/dossiers-thematiques/2008-cinquantaire-la-constitution-en-20-questions/la-constitution-en-20-questions-question-n-5.17354.html>

§ 1 – L'apparence d'une convergence avec le raisonnement sur la souveraineté externe

L'application d'un principe de constitutionnalité à des normes inter- ou supranationales s'exerce en principe, sous l'angle strict d'une habilitation constitutionnelle formelle, *a priori*, soit en vue de la ratification ou de l'approbation d'un engagement international. Il convient de rappeler⁴⁶¹ que l'article 54 modifié de notre loi constitutionnelle fondamentale prévoit que « si le Conseil Constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier Ministre, par le Président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution ». Le juge constitutionnel a également admis la recevabilité d'une saisine portant sur une loi de ratification dont l'objet visait par ricochet « l'engagement international en cause ». Les critères de la contrariété ont été développés sur les conditions constitutionnelles de signature de l'acte, sur la mise en cause des droits et libertés constitutionnellement garantis et en dernier lieu, l'« atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ».

En outre, l'organe juridictionnel constitutionnel admet, dans le cadre du contrôle des actes législatifs, le développement d'une lecture constitutionnelle de la résolution de problèmes normatifs relevant de rapports entre l'ordre constitutionnel et d'autres ordres juridiques d'intégration supranationale dont les obligations sont nécessairement considérées en vigueur dans l'ordre juridique interne au moment où le juge statue sur le conflit normatif. Il s'agit donc d'un contrôle *a posteriori* dont le fondement réside parmi les normes de référence applicables à l'office de constitutionnalité. La réalité jurisprudentielle amène à devoir viser le cas particulier de l'Union européenne pour laquelle « les conditions » de participation de la République française « sont fixées par les dispositions en vigueur du titre XV de la Constitution », amenant le critère de raisonnement selon lequel « le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international »⁴⁶². La condition en inconstitutionnalité tient en ce que la règle de droit supranational « ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ».

⁴⁶¹ cf. *supra*, 1^{ère} partie, titre I, chap. 2.

⁴⁶² CC, n° 2004-505 DC, 19/11/2004, *Rec.* 173, cons. 11 ; n° 2007-560 DC, 20/12/2007, *Rec.* 459, cons. 7.

Il ressort de cet aperçu rapide le principe d'une distinction de critères en fonction du moment du contrôle de la compatibilité constitutionnelle de la norme internationale. Nous souhaitons formuler l'hypothèse selon laquelle le constat de cette distinction permettrait de pouvoir stipuler une différence de signification du cas de l'incompatibilité. La compréhension du sens de cette hypothèse résiderait elle-même dans les implications d'un régime juridique systémique (étatique) issue de la distinction fondamentale entre les lois constitutionnelles (A) et la Constitution (B).

A) La signification de l'incompatibilité avec les lois constitutionnelles : le lien avec l'exercice de la souveraineté nationale

Lors du contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux, la notion de droit constitutionnel positif, liée *au concept*⁴⁶³ de « souveraineté nationale », résulte de la combinaison entre ce que l'article 3, alinéa 1^{er} de la Constitution de 1958 dispose que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum » et le corps de principes issu du Préambule de la Constitution de 1946 faisant que, se conformant « aux règles du droit public international » et « sous réserve de réciprocité », « la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ».

Pour le professeur Jean Combacau, la conception que le juge constitutionnel se fait de la norme de référence applicable à son propre office et relative à la « souveraineté » n'est que le fruit d'une tradition⁴⁶⁴ (continuité) constitutionnelle centrée sur le contenu de pouvoirs affectés à un principe général d'imputation plus qu'à une qualité fondatrice de la nature d'un certain type de pouvoir ayant acquis un certain degré d'indépendance et de puissance, conception qui prédomine plutôt la sphère internationale. La notion de « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » apparaîtrait problématique sous l'angle de la compétence déployée par l'examen de constitutionnalité en ce qu'elle ne fournirait pas d'« éclaircissements sur une conception française de la souveraineté externe ». En d'autres termes, « la représentation » de la souveraineté « qui met l'accent sur l'exclusivité de la puissance étatique » s'avère certes « compatible avec l'alinéa 15 du préambule de la Constitution de 1946, auquel une place doit nécessairement être faite, mais qui semble

⁴⁶³ cf. Préambule du texte dit de la « Constitution du 4 octobre 1958 », rappelant que « le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis... ».

⁴⁶⁴ A. HAQUET, « Annexe 1. Le terme "souveraineté" dans les constitutions françaises », in *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, 2004, pp. 297-298.

toujours devoir payer tribut à l'envahissant article 3, alinéa 1^{er}. Elle apparaît par exemple, sans référence précise mais contradictoirement encombrée d'un hommage au principe de "souveraineté nationale" »⁴⁶⁵. Les exemples évoqués ont trait au « principe d'exclusivité de l'Etat sur son territoire, tel qu'il se formule en droit international comme corollaire de sa souveraineté »⁴⁶⁶ ; ou bien « à la garantie que l'Etat gardera le pouvoir d'empêcher qu'une décision ne soit prise ultérieurement contre son gré au sein d'une organisation internationale »⁴⁶⁷. Délestés et autonomes de la question du titulaire, ne pourrait-il pas « y avoir, dans ce qui constitue la puissance actuelle de l'Etat, des éléments qui feraient partie de son concept même, et desquels il ne pourrait se dessaisir »⁴⁶⁸ ? Cependant, l'application d'une telle logique impliquerait de déplacer le raisonnement constitutionnel dans l'ordre international. « Une lecture isolée du préambule de 1946 aurait dû conduire à une telle solution. Le Conseil constitutionnel ne semble cependant jamais l'avoir envisagée – et à juste titre car l'alinéa précité n'est pas la seule norme de référence par rapport à laquelle il doit se prononcer »⁴⁶⁹.

De cette conciliation nécessaire, il ressort pour d'autres auteurs une certaine « ambivalence »⁴⁷⁰ de la notion qui s'apprécie alors en termes d'affectation de sa portée normative. « En soumettant les engagements internationaux au respect des seules "conditions essentielles d'exercice de la souveraineté" de l'Etat » mais « en renonçant à toute énumération abstraite et *a priori* » desdites « conditions », « le juge constitutionnel, au fil de ses décisions, a de façon empirique fixé assez haut le seuil d'atteinte à ces conditions de sorte que les hypothèses d'inconstitutionnalité s'en trouvent raréfiées »⁴⁷¹. Dans le même esprit, le professeur Florence Chaltiel y voit la trace d'une « tendance » constante, sur un plan systémique vers un « recul des bornes de l'atteinte à la souveraineté (...). En effet, alors qu'en 1976, le Conseil constitutionnel affirmait que tant dans son fondement que dans son exercice la souveraineté ne pouvait être que nationale⁴⁷², trente ans plus tard, plusieurs attributs de la souveraineté échappent à la nation, pour entrer dans la "supra-nation" Europe, qu'il s'agisse

⁴⁶⁵ J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », op. cit., p. 52.

⁴⁶⁶ CC, n° 80-116 DC, 16/07/1980, *Rec.* 36.

⁴⁶⁷ Moyen courant en matière de traités communautaires (seule Union européenne désormais), depuis : CC, n° 92-308 DC, 09/04/1992, *Rec.* 55, cons. 49.

⁴⁶⁸ J. COMBACAU, art. cit., p. 57.

⁴⁶⁹ A. PELLET, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités », *CCC*, n° 4, 1998, p. 116.

⁴⁷⁰ K. BECHET-GOLOVKO, « Qu'en est-il du concept de "souveraineté" ? A l'occasion de la décision du Conseil constitutionnel sur le traité de Lisbonne », *Politeia*, n° 13, 2008, p. 82.

⁴⁷¹ J. ROUX, « Le principe de la souveraineté de l'Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Civitas Europa*, n° 1, 1998, p. 129.

⁴⁷² CC, n° 76-71 DC, 30/12/1976, *Rec.* 15, cons. 6.

de l'Union européenne ou de l'Europe de la Convention EDH»⁴⁷³, et plus encore de la communauté internationale des Droits de l'Homme, « que les engagements souscrits à cette fin peuvent en particulier prévoir la création d'une juridiction internationale permanente destinée à protéger les droits fondamentaux appartenant à toute personne humaine, en sanctionnant les atteintes les plus graves qui leur seraient portées, et compétente pour juger les responsables de crimes d'une gravité telle qu'ils touchent l'ensemble de la communauté internationale »⁴⁷⁴.

Ainsi, dans le commentaire du secrétaire général du Conseil constitutionnel à propos de la décision sur le traité portant statut de la Cour pénale internationale, il est écrit que : « expression de la souveraineté nationale, le droit pénal est certes avant tout un droit national. Néanmoins, l'existence de règles de droit pénal international, en matière d'entraide judiciaire notamment, est compatible avec les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »⁴⁷⁵, dans la limite de la « règle » fixée par le juge constitutionnel « les autorités judiciaires françaises, telles qu'elles sont définies par la loi française, sont seules compétentes pour accomplir en France, dans les formes prescrites par cette loi, les actes qui peuvent être demandés par une autorité étrangère au titre de l'entraide judiciaire en matière pénale »⁴⁷⁶. Or, le statut de la CPI prévoit, « nonobstant le principe de complémentarité », que « le 1 de l'article 17 permet à la Cour de connaître d'une affaire en cas de manque de volonté de l'État de mener véritablement à bien les poursuites ou lorsque le même manque de volonté de l'État conduit celui-ci à décider de ne pas poursuivre » et, « en outre, que la Cour pourra juger une affaire recevable lorsque l'État compétent est dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites, ou lorsque la décision de ne pas poursuivre est l'effet de cette même incapacité ». En quelque sorte, il s'agit là d'un véritable « pouvoir d'évocation dont dispose la Cour pénale internationale dont dispose la Cour pénale internationale dans les deux hypothèses visées par l'article 17 du statut ». A partir du moment où est envisagé ledit pouvoir d'une juridiction internationale ou « étrangère » au sein même de l'ordre juridique national, la juridiction constitutionnelle ne se retrouvait-elle pas en face du cas-type constitutif d'une atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » ? Il est répondu dans la décision n° 98-408 DC par la négative, justement parce que la prérogative de la Cour ne consiste pas en un pouvoir général d'évocation mais en une substitution

⁴⁷³ F. CHALTIEL, « Peine de mort et souveraineté : nouvelles précisions sur le principe constitutionnel de souveraineté nationale », *LPA*, n° 244, 2005, p. 6.

⁴⁷⁴ CC, n° 98-408 DC, 22/01/1999, *Rec.* 29, cons. 12.

⁴⁷⁵ J.-E. SCHOETTL, « Cour pénale internationale », *AJDA*, 1999, p. 232.

⁴⁷⁶ CC, n° 80-116 DC, préc., cons. 4.

conditionnée des autorités judiciaires étatiques reconnues comme défailtantes par rapport au champ de compétence de la Cour. Le juge reconnaît⁴⁷⁷ que les « dispositions » du statut « fixent limitativement et objectivement les hypothèses dans lesquelles la Cour pénale internationale pourra se déclarer compétente ». Le raisonnement s'appuie notamment, et selon le président Bruno Genevois sur ce point « on ne peut qu'approuver le Conseil »⁴⁷⁸, sur les « règles du droit public international » évoquées au quatorzième alinéa du « préambule de la Constitution de 1946 », en particulier « la règle "*Pacta sunt servanda*", en application de laquelle tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi » ; d'autant plus que « dans chacun des cas mentionnés » dans le traité, « l'Etat partie se soustrairait manifestement aux obligations nées de la convention »⁴⁷⁹.

Il est possible de voir poindre par cet exemple toute l'ambivalence qui affecte intrinsèquement la construction de la structure conceptuelle autour de la souveraineté censée être concrétisée sur le plan normatif par son interprète authentique, à la jonction d'une recherche d'équilibre entre des éléments formels et matériels en vue de fournir une appréciation globale eu égard à la notion fixée. « Cette précision est indispensable pour apprécier la façon dont le Conseil constitutionnel, combinant sous un même mot deux concepts qui, dans les ordres juridiques où ils ont respectivement cours, sont distincts et dans une certaine mesure étrangers, manie sa signification internationale avec des instruments verbaux tributaires de sa signification interne »⁴⁸⁰.

Cependant, si au sein de cette combinaison complexe, le seuil d'inconstitutionnalité paraît élevé, il n'en reste pas moins infranchissable. Dans une décision du 13 octobre 2005⁴⁸¹, saisi d'engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort, le Conseil constitutionnel déclare que « le protocole n° 13 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances n'est pas contraire à la Constitution », tandis que « l'autorisation de ratifier le deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution », au motif que cet engagement international « porte atteinte aux conditions

⁴⁷⁷ CC, n° 98-408 DC, préc., cons. 32.

⁴⁷⁸ cf. B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international. A propos de la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 », *RFDA*, n° 2, 1999, p. 299.

⁴⁷⁹ J.-E. SCHOETTL, « Cour pénale internationale », op. cit., p. 232.

⁴⁸⁰ J. COMBACAU, « La souveraineté internationale de l'Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *CCC*, n° 9, 2000, p. 114.

⁴⁸¹ CC, n° 2004-524/525 DC, 13/10/2005, *Rec.* 142.

essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »⁴⁸². Le juge motive sa décision sur l'application d'un critère général⁴⁸³ portant sur « l'adhésion irrévocable à un engagement international touchant à un domaine inhérent »⁴⁸⁴ à la souveraineté. « C'est dans cette conclusion de portée générale que réside, au-delà de la question symbolique de l'abolition "en toutes circonstances" de la peine capitale⁴⁸⁵, l'intérêt de la décision du 13 octobre 2005 »⁴⁸⁶. A la suite de cette solution, aussi « théorique »⁴⁸⁷ soit-elle, le professeur Chaltiel estime que « désormais, la définition de l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale est plus précise et circonscrite : une matière de souveraineté régie sur un mode empêchant le veto ou la dénonciation de l'Etat »⁴⁸⁸.

La référence à la « matière » et au « mode » semble indiquer que le raisonnement constitutionnel sur l'engagement international s'impose comme pouvant porter sur un contenu, sur quelque chose de quantifiable et marquer ainsi que les « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » constituent un infléchissement interne nécessaire au principe de la souveraineté externe qui, pris isolément, impose de déplacer le raisonnement dans l'ordre international où s'impose l'idée selon laquelle « l'Etat peut brider autant qu'il le juge bon sa liberté future, pourvu qu'il le fasse dans le plein exercice de sa liberté actuelle »⁴⁸⁹. En d'autres termes, « la souveraineté internationale est insusceptible de plus ou de moins, et ne peut être ni limitée ni accrue dans les attributs qu'elle comporte. Ce qui est quantitatif en revanche, et peut donc faire l'objet de limitations ou d'autres opérations

⁴⁸² Préc., cons. 7.

⁴⁸³ Comp. CC, n° 85-188 DC, 22/05/1985, *Rec.* 15, d'où il ressort que « que le protocole n° 6 [additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort] ne porte pas atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale » (cons. 3), en ce qu'il « stipule que la peine de mort est abolie, qu'elle peut toutefois être prévue pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre ; que cet accord peut être dénoncé dans les conditions fixées par l'article 65 de la Convention européenne des droits de l'homme » (cons. 1). Les commentaires de l'époque semblent s'accorder sur un certain flou concernant les critères (cf. B. GENEVOIS, in *AJJC* 1985, p. 432 ; L. FAVOREU, « La décision du Conseil constitutionnel du 22 mai 1985 relative au Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme », *AFDI*, 1985, p. 873), parce que « pour conclure à l'absence d'inconstitutionnalité, le juge ne précisait pas quel argument, de la dénonciation ou de l'exception liée à la guerre était décisif et discriminant » (F. CHALTIEL, « Peine de mort et souveraineté », op. cit., pp. 6-7). Voir aussi : J.-F. FLAUSS, « Le Conseil constitutionnel et les engagements internationaux relatifs à l'abolition définitive de la peine de mort », *RGDIP*, n° 1, 2006, pp. 119-120 ; H. LABAYLE, « L'abolition de la peine capitale, exigences constitutionnelles et mutations européennes », *RFDA*, n° 2, 2006, p. 314.

⁴⁸⁴ CC, n° 2004-524/525 DC, préc., cons. 5.

⁴⁸⁵ Réglée de surcroît lors de l'adoption par le Congrès de la loi constitutionnelle n° 2007-239 du 23 février 2007 relative à l'interdiction de la peine de mort (réf. *JO*, n° 47, 24/02/2007, p. 3355).

⁴⁸⁶ J.-E. SCHOETTL, « Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort », *Gaz. Pal.*, n° 324-326, 2005, p. 4123.

⁴⁸⁷ cf. M. VERPEAUX, « La peine de mort et la Constitution », *Europe*, n° 6, 2006, p. 7 et s., source : base *LexisNexis* ; G. LE FLOCH, « Note », *RGDIP*, n° 1, 2006, p. 216.

⁴⁸⁸ F. CHALTIEL, « Peine de mort et souveraineté », op. cit., p. 7.

⁴⁸⁹ J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », op. cit., p. 57.

destinées à en modifier les contours, ce sont les compétences et les pouvoirs exercés souverainement et attachés à la souveraineté dans son sens interne »⁴⁹⁰ ; « quantitatif » certes, mais ontologiquement imprécis en même temps que juridiquement limité.

« Mais justement », il faut plutôt véritablement considérer dans le raisonnement juridique, à l'instar du professeur Olivier Beaud, le trait de théorie générale de l'Etat supposant « l'unité du concept de la souveraineté ». Selon l'auteur, « si l'Etat n'est plus en mesure d'exercer la domination à l'intérieur, il ne peut plus être indépendant par rapport à l'extérieur, et inversement, s'il perd la souveraineté dite "externe", il voit un tiers s'immiscer dans ses rapports avec ses propres sujets, et il perd aussi la souveraineté dite "interne". En d'autres termes, la force du concept de souveraineté réside justement dans cette capacité à concentrer, coordonner ensemble, la face interne et la face externe »⁴⁹¹. Bien que la « formulation est liée aux visas » et les sources constitutionnelles formelles dans lesquelles figure la référence à la « souveraineté », l'emploi des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » semble s'accorder avec cette « dogmatique »⁴⁹² constitutionnelle.

« Le recours au concept de souveraineté nationale, dans cette expression, semble recouvrir, dans la pratique qu'en fait le Conseil, également celui de puissance de l'Etat ». Il convient d'ajouter qu'« à aucun moment, le Conseil ne donne un contenu matériel positif *a priori* à cette expression ; son acception relève dès lors d'une lecture conjuguée des décisions du Conseil y ayant recours, impliquant une importante incertitude conceptuelle »⁴⁹³. Dans cette perspective, l'analyse se trouve forcée d'admettre que l'utilisation du « critère de ce qui est *essentiel* pour déterminer les "véritables" compétences que l'Etat doit conserver pour préserver sa souveraineté constitue toujours une démarche subjective ». Cette détermination est un acte de volonté, c'est-à-dire, au moment où il statue, « l'idée que le Conseil se fait de l'étendue du pouvoir souverain que doit nécessairement conserver l'Etat français »⁴⁹⁴.

Au-delà de la mesure d'un degré de pouvoir interprétatif, le raisonnement doit plutôt s'attacher à la nature et à l'objet du contrôle de la compatibilité constitutionnelle des engagements internationaux en cours d'insertion dans l'ordre juridique interne, aux termes mêmes de l'article 54 de la loi constitutionnelle fondamentale à la suite duquel si « un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir *qu'après*

⁴⁹⁰ J. COMBACAU, « La souveraineté internationale de l'Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », op. cit., p. 113.

⁴⁹¹ O. BEAUD, « Compétence et souveraineté », in AFDA, *La compétence*, Litec, 2008, pp. 25-26.

⁴⁹² cf. A. HAQUET, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, op. cit., p. 266.

⁴⁹³ K. BECHET-GOLOVKO, « Qu'en est-il du concept de "souveraineté" ? », op. cit., p. 82.

⁴⁹⁴ A. HAQUET, op. cit., p. 264 et p. 265.

révision de la Constitution ». Le professeur Dominique Rousseau n'hésite pas à souligner que « le raisonnement du Conseil et la rédaction de la décision se trouvent modifiés par la qualité du partenaire »⁴⁹⁵, en comparaison évidemment avec le dispositif résultant de la décision rendue dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité des lois.

La nécessité de révision constitutionnelle comme seule issue à la décision d'inconstitutionnalité fait que « le rapport entre la norme internationale et la norme constitutionnelle est inversé par rapport à celui du contrôle de constitutionnalité de la loi ». Il convient d'admettre en outre que, dans l'aboutissement et selon une certaine lecture de cette logique procédurale, « la Constitution doit céder le pas à l'engagement international en cas d'incompatibilité. Cette différence est fondamentale pour comprendre comment le Conseil constitutionnel exerce ses compétences en matière de contrôle des engagements internationaux »⁴⁹⁶, notamment en ce qu'il considère que « le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle »⁴⁹⁷.

En d'autres termes, la nature de la conséquence juridique de l'office de constitutionnalité impose largement les conditions du « jeu des "conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale" », autour d'une « combinaison du domaine du traité (élément matériel) et de la façon dont il régit l'action future des Etats parties (élément formel) »⁴⁹⁸ et selon une démarche bien plus « empirique »⁴⁹⁹ que systématique. Le principe de déploiement du moyen semblerait consister en une vérification que « dans le cas de l'espèce, [l'engagement international en cause] ne peut porter atteinte, ni par sa nature, ni par son importance, aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »⁵⁰⁰, au fil des modifications⁵⁰¹ constitutionnelles. Dans « l'arrière-plan » de ce champ problématique⁵⁰², « se trouve le moteur européen : l'action normative et jurisprudentielle du Conseil de l'Europe et surtout la construction communautaire »⁵⁰³ qui est devenue l'exemple topique – surtout

⁴⁹⁵ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 202.

⁴⁹⁶ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 501.

⁴⁹⁷ CC, n° 92-312 DC, 02/09/1992, *Rec.* 76, cons. 19.

⁴⁹⁸ J. COMBACAU, « La souveraineté internationale de l'Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », op. cit., p. 118.

⁴⁹⁹ A. PELLET, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités », op. cit., p. 117.

⁵⁰⁰ CC, n° 70-39 DC, 19/06/1970, *Rec.* 15, cons. 9.

⁵⁰¹ Sur ce point : B. GENEVOIS, « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution révisée », *RFDA*, 1992, n° 6, p. 937.

⁵⁰² L. FAVOREU et alii., *Droit constitutionnel*, op. cit., pp. 196-197 [13^{ème} éd.].

⁵⁰³ D. ALLAND, « Le droit international "sous" la Constitution de la Ve République », *RDP*, 1998, p. 1652.

dans le discours à visée internationaliste – de la tenue des rapports entre le droit constitutionnel et la source normative externe ; au point que la « poussée » de la logique intégratrice⁵⁰⁴ dans « le langage juridique a progressivement substitué au terme de droit constitutionnel international l'expression d'internationalisation ou d'eupéanisation du droit constitutionnel »⁵⁰⁵ pour désigner les conditions d'application des « dispositions constitutionnelles relatives aux relations externes et à l'ouverture du droit interne au droit international ».

Sur ce point, nous voudrions vérifier l'unité du discours constitutionnel permise par la distinction entre la Constitution et les lois constitutionnelles. Même dans le registre de l'exception⁵⁰⁶ sur l'ordre juridique communautaire, « cela ne doit pas masquer la nature profonde des principes ainsi consacrés, qui est en même temps la marque de leurs limites : la primauté est constitutionnelle et l'applicabilité est conditionnelle. La "Constitution" (...) a donc maintenu, jusqu'à présent, ce degré de maîtrise sur les normes internationales qui laisse à l'Etat son identité politique individuelle »⁵⁰⁷.

B) La signification de l'incompatibilité avec la Constitution : le concept d'identité constitutionnelle

Le degré d'intégration normative dans l'ordre supranational commande un changement référentiel par rapport à « l'exercice de la souveraineté nationale ». Certains rapports de systèmes établissent des contextes argumentatifs particuliers, dans lesquels « les notions d'intégration et de subordination remplacent celles de coopération et de collaboration interétatique »⁵⁰⁸. Les développements jurisprudentiels suivants trouvent leur origine dans le problème de la constitutionnalité de l'application, au niveau normatif de rang législatif, des normes dérivées contraignantes issues des actes pris par les autorités d'exécution des traités institutifs, et qui constituent l'un des traits significatifs de ce que « l'ordre juridique communautaire » peut être distinguer « de juridique international » classique ou traditionnel, eu égard au nouveau standard de supranationalité.

⁵⁰⁴ Sur l'ensemble de la question et de cette doctrine : P. PESCATORE, *Etudes de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruylant, 2008.

⁵⁰⁵ H. RUIZ-FABRI, C. GREWE, « La constitutionnalisation à l'épreuve du droit international et du droit européen », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pédone, 2004, p. 189.

⁵⁰⁶ CC, n° 2004-505 DC, 19/11/2004, *Rec.* 173, cons. 11.

⁵⁰⁷ D. ALLAND, *op. cit.*, p. 1653.

⁵⁰⁸ D. RUZIE, « L'autonomie financière des Communautés européennes et l'accroissement des pouvoirs budgétaires du Parlement européen », *JCP*, I, 1970, n° 2354, § 27.

L'intégration normative apparaît comme une contrainte d'autant plus prégnante que la question de constitutionnalité des actes de droit communautaire dérivé, si elle est reconnue comme recevable devant le juge constitutionnel, ouvre un contrôle de type « *a posteriori* » sur la norme communautaire. En effet, dans l'ordre juridique interne, il n'existe pas d'habilitation constitutionnelle sur le modèle de l'article 54 de la Constitution et qui soumettrait par exemple la transposition d'une directive⁵⁰⁹ à un examen de compatibilité avec l'ordre constitutionnel en vigueur et pouvant aboutir le cas échéant sur l'exigence préalable d'une révision de la Constitution. Au contraire, sur l'Union européenne, les dispositions constitutionnelles existantes vont dans le sens que « la République participe à l'Union européenne constituées d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ». A partir des « termes de l'article 88-1 de la Constitution », le juge constitutionnel en a déduit que « le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire *intégré* à l'ordre juridique interne »⁵¹⁰. L'état de la jurisprudence porte sur ce que « le Conseil constitutionnel devait (...) se prononcer sur la constitutionnalité de dispositions législatives ordinaires transposant une directive en l'absence de dispositions constitutionnelles faisant référence à ladite transposition »⁵¹¹.

La solution de principe est désormais bien connue, sur le fondement de l'article 88-1 précité, « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle » et dès lors, en conséquence nécessaire, « il appartient au Conseil constitutionnel, saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire, de veiller au respect de cette exigence ». Toutefois, nous avons pu mesurer qu'au sein de l'office de constitutionnalité, l'idée d'exigence absolue s'avère difficilement concevable. La figure classique de raisonnement est celle de la conciliation. Comme pour toute catégorie de normes constitutionnelles, le juge s'aménage la possibilité d'une réserve. Simplement, eu égard à l'objet de l'exigence concernée et à la norme générale d'intégration du corpus normatif supranational dont la validité ne peut s'apprécier dans l'ordre juridique interne, la réserve se situe à un degré conceptuel très élevé et prend le trait « d'une réserve de souveraineté »⁵¹²

⁵⁰⁹ Article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁵¹⁰ CC, n° 2004-505 DC, préc.

⁵¹¹ A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé », *RDJ*, n°4, 2004, p. 893.

⁵¹² L. ECK, « Réflexions sur "les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France" à la lumière de la pensée de Ronald Dworkin », *RRJ*, n° 2, 2008, p. 1061.

construite autour de l'inhérence à une « structure identitaire »⁵¹³, formulée de sorte que « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »⁵¹⁴. Par de telles références, un tel énoncé doit être plus qu'une simple limite constitutionnelle applicable en contentieux normatif. Suivant un méta-discours d'ordre réaliste sur l'objet analysé, la règle de conflit de normes peut être vue comme le masque de la fonction de juge constitutionnel dans les rapports de systèmes. « L'activité des juges constitutionnels est révélatrice de ce qui est propre à un système constitutionnel (...) signe d'un enracinement pour donner du poids au texte constitutionnel national (ici, face au projet européen) »⁵¹⁵.

Les conditions d'émergence de la solution font de celle-ci une jurisprudence de crise, qui interroge sur le caractère véritablement juridique du registre dont elle est censée relever, « entre la jurisprudence politique et la politique jurisprudentielle »⁵¹⁶. Paradoxalement, c'est au moment où l'intégration communautaire devient une norme de droit interne que le juge constitutionnel essaye le recours identitaire, aux confins de la normativité qui en est le fondement. Ce serait donc « l'Europe qui a fait prendre conscience à la France de son identité. La consécration de l'identité constitutionnelle provient de l'anticipation, rapidement avortée mais dont les effets restent gravés dans le marbre de l'interprétation constitutionnelle, de l'inscription d'un principe de primauté du droit de l'Union européenne dans le défunt traité établissant une Constitution pour l'Europe (article I-6) »⁵¹⁷. Dans le raisonnement interne, la confirmation nécessaire de « la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique »⁵¹⁸ est au prix du type de réserve ontologique aux concepts lourds de sens mais « somme toute classique en droit constitutionnel comparé »⁵¹⁹, suivant un « réflexe que l'on qualifierait de "naturel" pour tout ordre juridique national »⁵²⁰.

C'est aussi ce que souligne le professeur Michel Troper au niveau d'un « mode de raisonnement (...) dans la nature et la logique mêmes de la Constitution »⁵²¹, sauf que le

⁵¹³ cf. M-C. PONTTHOREAU, « La Constitution comme structure identitaire », in D. CHAGNOLLAUD, *1958-2008. Les 50 ans de la Constitution*, Litec, 2008, p. 31.

⁵¹⁴ Depuis : CC, n° 2006-540 DC, 27/07/2006, *Rec.* 88, cons. 19.

⁵¹⁵ M-C. PONTTHOREAU, *op. cit.*, pp. 31-32.

⁵¹⁶ G. PROTIERE, in ID. et P. BLACHER, « Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution face aux directives communautaires », *op. cit.*, p. 136.

⁵¹⁷ E. DUBOUT, « "Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France" : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, n° 83, 2010, p. 453.

⁵¹⁸ CC, n° 2007-560 DC, 20/12/2007, *Rec.* 459, cons. 8.

⁵¹⁹ cf. L. ECK, *op. cit.*, pp. 1061-1062.

⁵²⁰ T. GEORGOPOULOS, « Le Conseil constitutionnel face à la directive communautaire : trois destinataires pour un message ambivalent », *LPA*, n° 227, 15/11/2005, p. 4.

⁵²¹ M. TROPER, « Identité constitutionnelle », in *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, *op. cit.*, pp. 128-129.

métalanguage d'ordre comparatiste met tout de même en exergue l'« incohérence théorique »⁵²² de la « jurisprudence constitutionnelle française ». Il est souligné à ce propos « une contradiction certaine à affirmer qu'il existe des normes "inhérentes à l'identité constitutionnelle" d'un ordre juridique et à admettre dans le même temps qu'il est possible de les modifier. Car ce qui fait l'identité d'une constitution, c'est précisément ce qui ne peut être changé en elle, sans changer la constitution dans son ensemble »⁵²³. Sur un plan logique, « il y a de ce point de vue un lien étroit avec les clauses d'éternité présentes dans certaines sont l'expression du noyau dur constitutionnel »⁵²⁴.

C'est l'un des éléments-clés du raisonnement actuel du juge constitutionnel allemand en la matière. Au niveau des principes, « cette jurisprudence permet, en effet, de contrôler les conditions et les limites imposées par l'article 23, al. 1 et l'article 79, al. 3 LF à l'intégration européenne »⁵²⁵ alors que le juge français ne peut qu'établir une réserve de constitutionnalité « sauf à ce que le constituant y ait consenti »⁵²⁶. Dans le raisonnement du Conseil constitutionnel, cette contre-limite « renvoie à la technique constituante de la "révision-adjonction", initiée par les décisions *Maastricht*⁵²⁷. L'intervention du pouvoir constituant vise à supprimer, par le biais de l'attribution explicite de compétences souveraines à l'Union, les points de divergence entre l'ordre constitutionnel et le droit communautaire »⁵²⁸.

La mise en lumière d'une perspective de « contrôle d'identité »⁵²⁹ constitutionnel tel que le revendique la Cour constitutionnelle fédérale allemande fait mesurer au « lecteur familier à la jurisprudence du Conseil constitutionnel »⁵³⁰ la simple valeur heuristique du rapprochement des solutions. « Effectivement, les prémisses qui ont guidé le juge allemand existent également dans leur principe en France. Or, force est de constater qu'elles n'y

⁵²² M-C. PONTHEAU, op. cit., p. 41.

⁵²³ E. DUBOUT, « "Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France" : une supra-constitutionnalité ? », op. cit., p. 478.

⁵²⁴ M-C. PONTHEAU, op. cit., p. 41.

⁵²⁵ A. von UNGERN-STERNBERG, « L'arrêt *Lisbonne* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la fin de l'intégration européenne », *RDP*, n° 1, 2010, pp. 172-173.

⁵²⁶ CC, n° 2006-540 DC, préc.

⁵²⁷ part. CC, n° 92-312 DC, 02/09/1992, *Rec.* 76, cons. 19 (« ... le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite »).

⁵²⁸ T. GEORGOPOULOS, op. cit., p. 4.

⁵²⁹ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Ab. Nr. 240, http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html

⁵³⁰ cf. X. MAGNON, « Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? Interrogation(s) autour d'une lecture de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 sur "le traité de Lisbonne" », *RFDC*, n° 82, 2010, p. 424.

produisent pas les mêmes résultats »⁵³¹. La considération sur la « révision-adjonction » doit être déjà soulignée ici comme illustrative de l'assimilation entre le pouvoir de révision constitutionnelle et le pouvoir constituant dans le raisonnement constitutionnel français. L'office du juge de Karlsruhe s'exerce à partir de la prémisse du « pouvoir constituant des Allemands (...). Une modification de la Loi fondamentale n'est pas autorisée si elle touche aux principes établis par l'art. 1 et l'art. 20 LF (art. 79, al. 3 LF). La garantie dite d'éternité enlève même au législateur qui modifie la constitution la possibilité de disposer sur l'identité du régime constitutionnel libéral. Ainsi, la Loi fondamentale ne présuppose pas seulement que l'Allemagne soit un Etat souverain, elle le garantit aussi »⁵³².

Malgré la référence à « l'identité constitutionnelle », la prémisse de « la norme constitutionnelle [valant] par elle-même »⁵³³ tend vers un principe minimal de contrôle. « Car tout se passe comme si le juge constitutionnel, prenant acte de l'engagement européen de la France et soucieux d'éviter des crises trop nombreuses entre les deux ordres juridiques, avait souhaité accorder au droit communautaire dérivé une "présomption de compatibilité" avec la Constitution française »⁵³⁴. C'est le sens désormais de l'interprétation des effets de l'article 88-1 de notre loi fondamentale tiré d'un titre XV ajouté au corps du texte dit de la « Constitution » par la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, constamment mis à niveau au fil des saisines préventives de la juridiction constitutionnelle sur l'objet conventionnel issu de la construction communautaire. Ce constat dans l'interprétation du phénomène constitutionnel fait de la révision un instrument au service d'une politique de relations extérieures menée par les autorités étatiques compétentes. « Or, si la pratique de révision perd son caractère exceptionnel et solennel, si elle devient un procédé ordinaire sur la scène politique, elle soulève nécessairement des interrogations quant au déclin possible de la notion de Constitution »⁵³⁵ ou en tout cas, d'un point de vue dogmatique, de sa « relativisation (...) en loi constitutionnelle »⁵³⁶ puisque, d'un point de vue juridique, la révision – en tant qu'acte juridique constitué – peut déroger à « l'identité constitutionnelle » quand bien même son promoteur lui adjoindrait une quelconque signification. Au fond, « le

⁵³¹ K. M. BAUER, « Conditions et contrôles constitutionnels de la validité interne du droit de l'Union. Cour constitutionnelle fédérale allemande, arrêt du 30 juin 2009, ..., *Zweiter Senat*. Constitutionnalité du Traité de Lisbonne (2 BvE 2/08 e.a.) », *RTDE*, n° 4, 2009, p. 799 et s. (source électronique : base *Dallozfr*).

⁵³² BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Ab. Nr. 216 (trad. A. von UNGERN-STERNBERG, pp. 184-185).

⁵³³ cf. J. HUMMEL, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Houdiard, 2010, p. 80.

⁵³⁴ F. MAZERON, « Pour un renouvellement de la relation entre la constitution française et la norme d'origine externe », *RRJ*, n° 3, 2006, p. 1449.

⁵³⁵ K. GRABARCZYK, « La notion de constitution à l'épreuve des révisions constitutionnelles », *RRJ*, 2007, p. 1335.

⁵³⁶ J. HUMMEL, *op. cit.*, p. 81.

recours au nouveau concept d'"identité constitutionnelle" sans toutefois prévoir la protection corrélative qui devrait logiquement s'imposer, avive donc la position paradoxale du juge constitutionnel quant à l'absence de contrôle des lois constitutionnelles»⁵³⁷. D'un point de vue étatique, l'organe constitutionnel ne semble pas en mesure de fonder et de faire respecter l'unité politique de son discours.

§ 2 – Une distorsion évidente avec le raisonnement sur la souveraineté interne

La distinction entre la Constitution et les lois constitutionnelles, comme composantes ontologiques spécifiques de l'idée de norme constitutionnelle, ne trouve pas de réalité positive quant à ses conséquences supposées sur la définition des contours juridiques du concept de « souveraineté », dans son sens de puissance normative interne à l'ordre juridique étatique. Comme le souligne le professeur Xavier Magnon, « la formule selon laquelle "... le Conseil constitutionnel ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle"⁵³⁸ a enterré un débat qui, dès l'origine, semblait reposer sur un certain nombre de malentendus et de confusions »⁵³⁹.

Pour reprendre une perspective de lointaine inspiration schmittienne, il s'agit là d'un « cas – limite » de compétence envisageable du juge constitutionnel, *notamment au regard du droit comparé*⁵⁴⁰, mais qui « peut, au seul prisme franco-français, sembler ne pas devoir être posée puisque, à trois reprises sollicité, le Conseil constitutionnel a, par deux fois⁵⁴¹, conclu à

⁵³⁷ E. DUBOUT, op. cit., p. 479.

⁵³⁸ CC, n° 2003-469 DC, 26/03/2003, *Rec.* 293, cons. 2.

⁵³⁹ X. MAGNON, « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence », *RFDC*, n° 59, 2004, p. 596.

⁵⁴⁰ Ainsi, en Allemagne, l'article 79, § 3 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949 prévoit que « toute modification » de celle-ci « qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe du concours des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20 [« les droits fondamentaux »], est interdite ». Mais, pour certains auteurs, « l'exemple italien est sans doute le plus intéressant dans une perspective de droit comparé. En effet, les dispositions constitutionnelles régissant en France et en Italie la révision présentent des analogies très fortes, quand elles ne sont pas identiques » (B. GENEVOIS, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA*, n° 5, 1998, p. 909 et s., source : *Dalloz.fr*). Mais la Cour constitutionnelle italienne confère au principe d'intangibilité constitutionnelle une portée interprétative assez large, considérant que « la Constitution italienne contient certains principes suprêmes qui ne peuvent être ni violés ni modifiés dans leur contenu essentiel, pas même par des lois de révision constitutionnelle ni par d'autres lois constitutionnelles. Ceux-ci consistent *tant dans* les principes que la Constitution même prévoit comme limites absolues au pouvoir de révision constitutionnelle, telle la forme républicaine (article 139 de la Constitution), que dans les principes qui, bien que n'étant pas mentionnés expressément parmi ceux qui ne peuvent pas être soumis à la procédure de révision constitutionnelle, relèvent de l'essence même des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution italienne » (arrêt n° 1146/1988, repr. *GDCCE*, n° 16, p. 77).

⁵⁴¹ CC, n° 62-20 DC, 06/11/1962, *Rec.* 27 (eu égard à l'objet de la loi déferée) ; CC, n° 2003-469 DC, préc.

son incompétence pour statuer et, dans le troisième cas, rappelé que "le pouvoir constituant est souverain"⁵⁴² »⁵⁴³.

Suite à cette jurisprudence, la norme constitutionnelle en vigueur sur ce point relève d'une conception formelle et organique du concept de « révision constitutionnelle », qui entraîne l'unité d'un autre concept, celui de « pouvoir constituant », balayant par là même la théorie classique, héritée de l'époque révolutionnaire et des constructions de l'abbé Sieyès, faisant de l'objet du pouvoir considéré le fondement d'un « lieu juridique où la souveraineté démocratique s'exerce sans partage. (...) Le pouvoir constituant dérivé n'est pas un pouvoir d'une autre nature que le pouvoir constituant initial : la Constitution lui donne sa procédure (qui, d'ailleurs, peut faire l'objet elle-même d'une révision comme le prouve la loi constitutionnelle du 3 juin 1958) elle ne borne point son étendue (car même la prohibition concernant la forme républicaine du Gouvernement portée à l'article 89, dernier alinéa, serait tenue en échec par une révision de ce même dernier alinéa »⁵⁴⁴.

Le droit positif ne semble même pas vouloir reconnaître de distinction entre pouvoir constituant originaire et dérivé alors que la structure « Constitution / lois constitutionnelles » imposerait plutôt d'aller jusqu'à distinguer entre des actes constitutifs et de révision constitutionnelle (A) pour mener le raisonnement sur l'habilitation à « contrôler la conformité d'une loi constitutionnelle à la Constitution en vigueur »⁵⁴⁵ (B).

⁵⁴² CC, n° 92-312 DC, 02/09/1992, *Rec.* 76, cons. 19.

⁵⁴³ A. LE DIVELLEC, A. LEVADE, C. MIGUEL PIMENTEL, « Avant – propos », *CCC*, n° 27, 2009, p. 4.

⁵⁴⁴ G. VEDEL, « Schengen et Maastricht », *RFDA*, n° 2, 1992, p. 179.

⁵⁴⁵ O. BEAUD, « Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle », *CCC*, n° 27, 2009, p. 43.

A) Corollaire de la distinction entre la Constitution et les lois constitutionnelles : la distinction entre le Pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle

C'est un préalable, comme le rappelle le professeur Claude Klein, « l'exercice d'un contrôle (juridictionnel) de constitutionnalité sur des révisions constitutionnelles présuppose l'existence d'une nouvelle normativité constitutionnelle différente de celle qui a longtemps prédominé. Dans l'analyse traditionnelle, l'échelle de normativité pouvait être définie comme binaire : aux règles constitutionnelles (d'un seul type), s'opposaient les seules règles législatives. (...) Plus tard, en particulier suivant l'exemple français de 1884, on vit apparaître des clauses dites intangibles, d'où un premier débat qui a porté historiquement sur l'existence même et surtout sur l'effectivité des dispositions constitutionnelles proclamées intangibles »⁵⁴⁶.

Certaines contributions récentes sont venues replacer cette dimension historique « de la limitation du pouvoir constituant dérivé », sur le fondement de « l'interdiction de réviser la forme républicaine de gouvernement » figurant aujourd'hui à l'article 89, alinéa 5 de notre loi fondamentale. « Introduite par la révision de 1884⁵⁴⁷ à l'article 8 de la loi du 25 février 1875, elle est ainsi rédigée : "la forme républicaine de gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision". La révision opérée en 1884 postule une autolimitation du pouvoir constituant dérivé qui consiste à interdire la modification de la forme du gouvernement »⁵⁴⁸.

Sur quelle conception juridique (théorie constitutionnelle) pourrait reposer l'idée d'une effectivité normative de l'interdiction de réviser la forme républicaine de gouvernement ?

En premier lieu, la limite semble pouvoir être envisagée comme ne relevant d'aucune « logique juridique ». La disposition en question se voit dépourvue de toute capacité d'applicabilité ou d'effet direct, au rang de simple « disposition – programme », toute autre conception devant être vue en tant que « dérive » voire « perversion latente de la logique juridique »⁵⁴⁹. Les limites de fond à la modification constitutionnelle peuvent être difficilement conçues comme « contraignantes. Les conditions de fond ne limitent pas vraiment le pouvoir dérivé, parce qu'il est toujours possible de réviser dans un premier temps

⁵⁴⁶ C. KLEIN, « Le contrôle des lois constitutionnelles. Introduction à une problématique moderne », *CCC*, n° 27, 2009, p. 9.

⁵⁴⁷ Loi du 14 août 1884 portant révision partielle des Lois constitutionnelles, réf. *JO*, 15/08/1884, p. 4361.

⁵⁴⁸ N. DROIN, « Retour sur la loi constitutionnelle de 1884 : contribution à une histoire de la limitation du pouvoir constituant dérivé », *RFDC*, n° 80, 2009, p. 725.

⁵⁴⁹ cf. G. VEDEL, « Schengen et Maastricht », *op. cit.*, p. 179.

les dispositions de la constitution, qui fixent ces limites, pour, dans un second temps, opérer la révision désirée. En France, on pourrait par exemple réviser la constitution pour supprimer l'interdiction de porter atteinte à la forme républicaine et la réviser une seconde fois pour instituer une monarchie. Ces limites sont donc avant tout des limites morales »⁵⁵⁰.

C'est d'ailleurs historiquement l'une des significations du texte révisionnel de 1884, dans la volonté exprimée de fixer les termes d'une sorte de « contrat moral » de révision au sein de l'ordre constitutionnel en vigueur. « C'était là asseoir de manière durable les institutions, tout du moins la présidence de la République, car, hors la magistrature suprême, la "forme républicaine" pouvait donner matière à interprétations »⁵⁵¹. L'étude des débats parlementaires de l'époque fait ressortir tout de même que « le gouvernement, reconnaissant qu'il n'y a pas de véritables limites de droit, fait de ce contrat un simple engagement d'honneur »⁵⁵².

La logique juridique qui sous-tend à ce type de raisonnement s'impose comme une stricte logique formelle, selon une théorie de l'abrogation que nous avons ébauchée précédemment. Sur ce type de schémas, « parmi toutes les opinions doctrinales, il convient de mettre en relief celle du doyen Vedel qui fait le lien entre la doctrine constitutionnelle de la III^e République, incarnée par le *Manuel* de Joseph Barthélémy et Duez, et la doctrine constitutionnelle contemporaine »⁵⁵³.

Le principe de cette construction apparaît simple : « on appelle révision la modification d'une Constitution, c'est-à-dire l'abrogation de certaines de ses règles (ou de leur ensemble) et leur remplacement par d'autres règles »⁵⁵⁴, et ceci s'avère susceptible d'être en mesure les règles portant sur la révision. Se forge ainsi une théorie incidente dite de « la double révision successive »⁵⁵⁵, ou de « révision de la révision » elle-même dérivée de la définition de la souveraineté en tant que *compétence de la compétence*. A propos de la loi de 1884, le doyen Duguit semblait devoir objecter que ladite « disposition a été votée par une assemblée nationale de révision, et (...) par conséquent, elle ne peut être modifiée ou abrogée que par une autre assemblée de révision, (...) par conséquent, si tant que ce texte existe l'Assemblée nationale ne peut pas changer la forme de gouvernement, elle n'a qu'à l'abroger, et la chose faite, elle pourra très constitutionnellement changer la forme de

⁵⁵⁰ F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 30^{ème} éd., LGDJ, 2007, p. 43.

⁵⁵¹ M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, 10^{ème} éd., Montchrestien, 2008, pp. 323-324.

⁵⁵² N. DROIN, art. cit., p. 728.

⁵⁵³ cf. O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 332 et s.

⁵⁵⁴ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, rééd. Dalloz, 2002, p. 115.

⁵⁵⁵ cf. B. GENEVOIS, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », op. cit.

gouvernement »⁵⁵⁶. Il est constant, pour le doyen Vedel, que « cette interdiction a une valeur politique non juridique. En effet, du point de vue juridique une déclaration d'immutabilité constitutionnelle absolue n'est pas concevable »⁵⁵⁷.

Pour le professeur Olivier Beaud, cette thèse formaliste est une illustration d'une tradition positiviste prégnante au sein de la pensée constitutionnaliste française, depuis Raymond Carré de Malberg sans doute, mais plus certainement le « Manuel » de « Joseph Barthélémy et Duez, les plus représentatifs de l'opinion des constitutionnalistes positivistes, et dont l'influence est manifeste sur la doctrine contemporaine »⁵⁵⁸. Dans cet ouvrage classique, les « procédés » constitutionnels tendant à instaurer des régimes d'« immutabilité juridique » ne sont vus comme ne « [constituant] que de simples *vœux*, sans force juridique obligatoire pour les successeurs des constituants et pour les générations futures. Tout au plus, pour respecter les formes et la procédure, devrait-on commencer par demander la révision de cet article 8, tel qu'il a été rédigé en 1884. Mais cette déclaration eut en France, en 1884, une portée politique significative : jusque-là, la République était discutée ; longtemps, une grande partie du Sénat était resté fidèle à la monarchie ; la révision de 1884 est la déclaration que la France renonce à la monarchie, et que la République s'installe comme régime définitif du pays »⁵⁵⁹, ce que viendra confirmer une ordonnance du 9 août 1944⁵⁶⁰ à la chute du régime de Vichy. Malgré les vicissitudes, de la *suspension* des lois constitutionnelles de 1875 « au 16 juin 1940 et jusqu'au rétablissement du Gouvernement provisoire de la République française », l'article 1^{er} de l'Ordonnance dispose qu'au moment dudit « rétablissement », « la forme du Gouvernement de la France est et demeure la République. En droit celle-ci n'a pas cessé d'exister ». Cette continuité paraîtra confortée à la fois par la Constitution du 27 octobre 1946 (article 95) et par la Constitution du 4 octobre 1958, dans une formulation plus directe par laquelle, « selon la tradition républicaine », l'article 89, alinéa 5 énonce que « la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision ».

Cependant, une fois l'ordre constitutionnel posé, « cette formulation ne fait pas obstacle, en bonne logique, à ce que soit opérée la révision du dernier alinéa de l'article 89, ce qui, dans le temps suivant, permettrait de remettre en cause la forme républicaine du Gouvernement. En réalité, l'on est ici devant une des difficultés classiques auxquelles se

⁵⁵⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. IV, 3^{ème} éd., de Boccard, 1928, p. 540 (cit. O. BEAUD, op. cit., p. 370).

⁵⁵⁷ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, op. cit., p. 117.

⁵⁵⁸ O. BEAUD, op. cit., p. 335.

⁵⁵⁹ J. BARTHELEMY, P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Sirey, 1933, rééd. Panthéon – Assas, p. 231

⁵⁶⁰ Ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental, réf. *JO*, 10/08/1944, p. 688.

heurtent les théories de l'autolimitation. Le souverain ne peut se lier lui-même. En vertu de sa souveraineté, il peut changer à norme qui interdit de changer »⁵⁶¹.

En voulant établir l'unité de la révision constitutionnelle, le doyen Vedel fait tout de même évoluer la théorie de la double révision dans le sens d'une « assimilation implicite⁵⁶² (...) entre le pouvoir constituant initial, dit "originaire", et le pouvoir constituant, dit "dérivé" ». Dans la comparaison des écrits de l'éminent auteur, il apparaît au cours des développements de son « manuel élémentaire de droit constitutionnel » que, sans en tirer de conséquences juridiques particulières, « s'agissant d'établir une Constitution au moment de la création d'un Etat ou après une Révolution qui a abrogé la Constitution préexistante, le pouvoir constituant est inconditionné ; par définition, il n'est soumis à aucune règle préalable ; il est vraiment un pouvoir *originaire*. Au contraire, quand le pouvoir est exercé en matière de révision, la Constitution fixe elle-même les conditions, au moins les conditions de forme, dans lesquelles ce pouvoir constituant est exercé ; (...). Dans ce cas, le pouvoir constituant de révision n'est plus inconditionné [au regard du droit positif]. C'est un pouvoir *dérivé* »⁵⁶³.

Pourtant, sur la question de la portée normative des limites à la révision constitutionnelle, l'opposition entre le « pouvoir originaire » et les « pouvoirs institués » s'impose comme une « classification fondamentale »⁵⁶⁴ dans la structure de la pensée constitutionnelle, comme une sorte de « lieu commun dans la doctrine constitutionnelle française »⁵⁶⁵. Depuis sa systématisation au sein de l'œuvre pourtant contestée de Roger Bonnard, « l'ensemble de la doctrine distingue clairement entre le pouvoir constituant originaire, auteur de la Constitution, et le pouvoir constituant dérivé, qui dispose de la compétence de révision de la Constitution »⁵⁶⁶.

Afin de justifier l'installation de la « Révolution nationale », plus communément désigné aujourd'hui comme le régime de Vichy, l'auteur bordelais a recours à une « théorie du pouvoir constituant »⁵⁶⁷ développé dans des termes dont le doyen Vedel reprendra largement la teneur pour son propre manuel dont nous avons reproduit ci-dessus un extrait. Toutefois, « la distinction entre les deux pouvoirs, avec comme conséquence la

⁵⁶¹ G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 90.

⁵⁶² repr. O. BEAUD, op. cit., p. 313.

⁵⁶³ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, op. cit., pp. 115-116.

⁵⁶⁴ G. HERAUD, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Sirey, 1946, p. 4.

⁵⁶⁵ cf. O. BEAUD, « Maastricht et la théorie constitutionnelle (1^{ère} partie). La nécessaire et inévitable distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle », *LPA*, n° 39, 31/03/1993, p. 14.

⁵⁶⁶ T. MEINDL, « Le Conseil constitutionnel aurait pu se reconnaître compétent », *RDJ*, n° 3, 2003, p. 755.

⁵⁶⁷ R. BONNARD, *Les actes constitutionnels de 1940*, LGDJ, 1942, p. 5 et s.

reconnaissance de limites à l'exercice du pouvoir institué, reste ineffective dans la mesure où, dans le même temps, la doctrine indique que le pouvoir de révision et le pouvoir d'élaboration sont de nature identique avec comme conséquence une pareille souveraineté, pleine et entière »⁵⁶⁸.

En réalité, ce constat renvoie à une critique – voire une remise en cause chez certains auteurs – portant sur les axiomes propres au paradigme positiviste, qu'il s'agisse du « premier positivisme étatique »⁵⁶⁹ et de la variante normativiste. La posture « jelinekienne » s'apparente à celle que déploiera le maître alsacien Raymond Carré de Malberg. Si le pouvoir constituant originaire peut être envisagé, c'est pour le considérer *in fine* « comme un pouvoir de fait insusceptible de qualification juridique, tandis que l'organe de révision est un organe institué, tenant de la constitution, comme tout organe de l'Etat, son caractère juridique »⁵⁷⁰. Il n'y a qu'à se rappeler toute la gêne et les difficultés suscitées par la question des origines de l'Etat, de la « première » constitution. A ce propos, le « premier » Burdeau s'exprimant dans ses travaux de thèse, n'hésitait pas à faire une sorte de manifeste positiviste en radicalisant le principe selon lequel « hors de l'Etat, on ne trouve rien qui puisse faire prévoir la règle de Droit »⁵⁷¹. Cette radicalisation, inspirée en fait des premiers travaux de Hans Kelsen traduits en France, se retrouve dans la théorie normativiste qui ne peut développer le problème de la révision constitutionnelle qu'en détermination de « la rupture ou la continuité par rapport au corpus constitutionnel existant »⁵⁷². Ainsi, dans l'optique du professeur Otto Pfersmann, « il y a révision aussi longtemps qu'il est possible de fonder la validité d'un acte normatif formellement constitutionnel à partir d'une ensemble normatif formellement constitutionnel en vigueur. Là où cette chaîne s'interrompt, nous sommes confrontés à une "révolution" au sens juridique du terme »⁵⁷³. La notion de « révolution juridique » apparaît pour le moins paradoxale et ambiguë, au regard des conditions fondant la qualité juridique dans le discours normativiste ; resurgit alors le problème de la « Première Constitution historique » qui « ne peut être par hypothèse un phénomène juridique. (...) Puisqu'il s'agit de l'établissement de quelque chose qui n'existe pas auparavant, la question de savoir si le pouvoir qui y procède

⁵⁶⁸ T. MEINDL, art. cit., p. 755. Voir : R. BADINTER, « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant », in *Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, p. 219 (« que les modalités d'exercice du pouvoir constituant soient différentes, selon qu'il s'agit du pouvoir constituant d'origine ou du pouvoir dérivé, n'implique pas une dualité de nature du pouvoir constituant »).

⁵⁶⁹ repr. S. RIALS, « Supraconstitutionnalité et systématicité du droit », *APD*, n° 31, 1986, p. 61.

⁵⁷⁰ G. HERAUD, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, op. cit., p. 3.

⁵⁷¹ G. BURDEAU, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, thèse, Paris, impr. Buguet-Comptour, 1930, p. 46.

⁵⁷² X. MAGNON, « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle », op. cit., p. 596.

⁵⁷³ O. PFERSMANN, in L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2009, p. 101.

est lié par des normes juridiques est tout simplement dépourvue de sens. En droit positif, tout "pouvoir", plus exactement toute compétence constitutionnelle est nécessairement dérivée »⁵⁷⁴.

Comment est-il possible, d'asseoir la distinction entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé sur une forme de « juridicité »⁵⁷⁵ ?

Sur le plan intellectuel, cette condition supposée s'avère d'autant plus nécessaire « que la doctrine est infidèle à l'esprit de la distinction qu'elle pose. En effet, elle est inconséquente en admettant, d'un côté, la nature différente de ces deux pouvoirs (inconditionné et conditionné ou absolu et limité) et de l'autre, en persistant à les englober dans la même catégorie constituante. Or, on ne peut pas à la fois soutenir le caractère juridiquement inconditionné du pouvoir constituant originaire, celui juridiquement habilité du pouvoir dérivé, et les qualifier tous deux de pouvoir constituant comme s'ils étaient de nature identique »⁵⁷⁶. D'ailleurs, pleinement positiviste, la thèse de Georges Burdeau développe l'intuition d'une « différence de terminologie » entre le « pouvoir constituant » et le « pouvoir de révision », du point de vue du « juriste », simplement parce que le premier « ne peut être défini que négativement. C'est un pouvoir de fait qui, par conséquent, est extérieur au droit. On peut l'envisager de différents points de vue, mais alors qu'il est à la fois du domaine du sociologue, du philosophe et de l'historien, il échappe totalement à l'analyse juridique »⁵⁷⁷. Soit.

Postulant le juridisme de la distinction, – même, en dernière analyse, suivant la reconnaissance⁵⁷⁸ d'un rapport mystérieux de fondement à « une idée politique, philosophique (...) qui peu à peu va s'imposer dans la sphère du droit »⁵⁷⁹ –, il faut être en mesure de distinguer des actes, en acceptant toute la dimension de la spécificité constitutionnelle dans le raisonnement juridique. Un auteur « constitutionnaliste politiste » comme Carl J. Friedrich prévient que « si subtiles que puissent être les dispositions prévoyant la révision de la

⁵⁷⁴ O. PFERSMANN, *ibid.*, p. 105.

⁵⁷⁵ R. BONNARD, *Les actes constitutionnels de 1940*, op. cit., p. 8.

⁵⁷⁶ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 315.

⁵⁷⁷ G. BURDEAU, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, op. cit., p. 79.

⁵⁷⁸ Notion déjà employée mais visée plus particulière ici dans la construction de : C.-M. PIMENTEL, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus politicum*, n° 1, 2008, source électronique : www.juspoliticum.com/Essai-de-Pim-s.html.

⁵⁷⁹ C.-M. PIMENTEL, « Du contrat social à la norme suprême : l'invention du pouvoir constituant », *Jus politicum*, n° 3, 2009, source Internet : www.juspoliticum.com/Du-contrat-social-a-la-norme.html.

Constitution, on ne doit jamais, d'un point de vue politique, considérer qu'elles ont pris la place du pouvoir constituant »⁵⁸⁰.

C'est là que semble devoir se situer la véritable séparation, en revenant aux distinctions quant au sens conféré à la normativité constitutionnelle. A l'instar de ce qu'a pu établir le professeur Olivier Beaud quant au concept de souveraineté dans l'Etat à l'aune d'un « droit public moderne », « l'acte qui édicte la constitution s'appellera ici l'acte constituant et l'acte qui révisé la constitution s'appellera ici l'acte de révision, de même que l'autorité qui prend le premier se nommera le "pouvoir constituant" tout court (à la place du pouvoir constituant originaire) et le second le pouvoir de révision, ou le pouvoir de révision constitutionnelle (à la place du pouvoir constituant dérivé) »⁵⁸¹.

Ce type de structure langagière revêt un caractère de l'ordre de la conséquence du choix d'une théorie constitutionnelle qui lie la technique juridique, précisément l'idée de droit constitutionnel, à la fondation juridique du pouvoir politique, mais également à son unité en tant que pouvoir spécifiquement étatique comme à son existence. C'est le choix herméneutique de la théorie de la Constitution, tirée notamment de Carl Schmitt, resituée au sein d'une théorie générale de l'Etat pour laquelle il paraît acceptable de conserver la définition selon laquelle « le pouvoir constituant est la volonté politique dont le pouvoir ou l'autorité sont en mesure de prendre la décision globale concrète sur le genre et la forme de l'existence politique propre, autrement dit déterminer l'existence de l'unité politique dans son ensemble »⁵⁸². Ce pouvoir apparaît juridique en ce qu'il « semble paradoxal de refuser la qualité juridique à un pouvoir par lequel l'idée de droit se fait reconnaître et, par suite, s'impose dans l'ordonnement juridique tout entier »⁵⁸³. Il en émerge une notion de « validité » qui touche « toutes les prescriptions ultérieures des lois constitutionnelles » et dont il ressort que les « décisions » constitutives « en tant que telles sont qualitativement différentes des normations légiconstitutionnelles prises sur son fondement »⁵⁸⁴, même si le moment constituant peut amener à rassembler les deux types de dispositions dans la promulgation d'un seul et même acte formellement constitutionnel. Il n'en est rien sur un plan matériel et sur le sens du domaine de la révision constitutionnelle, organisée et prévue lors de la décision constitutive globale.

⁵⁸⁰ C. FRIEDRICH, *La démocratie constitutionnelle*, PUF, 1958, p. 113.

⁵⁸¹ O. BEAUD, op. cit., p. 315.

⁵⁸² C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., pp. 211-212.

⁵⁸³ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. IV, 3^{ème} éd., LGDJ, 1983, p. 174.

⁵⁸⁴ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 212.

Il faut comprendre la distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle dans le sens que « l'opposition du pouvoir originaire et des pouvoirs institués doit être, d'un point de vue strictement juridique, remplacée par l'opposition du pouvoir à compétence totale (...) et des pouvoirs à compétences limitées »⁵⁸⁵ ; nous dirons : entre un pouvoir d'expression de souveraineté et des pouvoirs d'exercice délégué de souveraineté. Le rapport de fondement qui lie l'un à l'autre impose une « dialectique inévitable »⁵⁸⁶. Institutionnellement, « il n'est pas concevable que le pouvoir de révision s'attribue, sans doute, mais même se voit attribuer la plénitude du pouvoir constituant originaire, ce serait une *contradictio in adjecto* »⁵⁸⁷. Juridiquement, le pouvoir de révision « reste un pouvoir attribué par des lois constitutionnelles, il est limité comme tout pouvoir octroyé par ces lois, et dans ce sens c'est une vraie compétence. (...) toute compétence est limitée. Même une "compétence de compétence" (*Kompetenz-Kompetenz*) ne peut pas être illimitée, si cette expression doit garder un sens et ne pas dissoudre complètement la notion de compétence »⁵⁸⁸ ; ce qui permet d'élever le champ du pouvoir souverain à quelque chose d'irréductible, voire d'*inaliénable* en fonction du système d'imputation auquel se rattache l'expression souveraine.

Il est permis alors d'apercevoir les contours d'un champ décisionnel absolu de celui d'un champ de compétence « par essence » limité, même intervenant à un haut degré normatif et selon des conditions rigides et exceptionnelles ; les principes d'une hiérarchie ; les fondements réunis des critères d'une validité juridique reposant sur « l'inaliénabilité » du pouvoir constituant. « Celle-ci est le principe constitutionnel fondamental qui prohibe le transfert du pouvoir constituant au pouvoir de révision ainsi qu'à tout autre pouvoir constitué. Elle vise à protéger la constitution contre les éventuels empiètements de tous les pouvoirs publics, c'est-à-dire non seulement des pouvoirs actifs (pouvoir législatif exécutif) mais aussi du pouvoir exceptionnel de révision. En particulier, elle prohibe la détention et l'exercice du pouvoir constituant par le pouvoir de révision. Autrement dit, *la limitation de la révision fait partie des différentes techniques destinées à garantir l'inaliénabilité du pouvoir constituant et de la souveraineté* »⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ G. HERAUD, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, op. cit., p. 5.

⁵⁸⁶ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 324.

⁵⁸⁷ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. III, LGDJ, 1950, p. 209.

⁵⁸⁸ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 241.

⁵⁸⁹ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 327.

B) Implications juridiques sur la compétence du juge constitutionnel

Le droit constitutionnel *moderne*⁵⁹⁰ est celui de la souveraineté constituante du peuple, ou de la Nation⁵⁹¹. Dans sa thèse, le professeur Olivier Beaud s'est attaché à démontrer « qu'une analyse dogmatique de la souveraineté, menée à partir de l'histoire et de la théorie constitutionnelles, fait ressortir une autre expression juridique de la démocratie : celle du pouvoir constituant, forme essentielle d'expression de la souveraineté du peuple. Depuis la révolution démocratique, la question de la souveraineté est devenue d'abord celle du pouvoir constituant »⁵⁹².

Une perspective de philosophie politique semble pouvoir permettre, notamment à partir du « projet de Montesquieu », « de saisir un moment crucial (...) de la construction du principe de souveraineté : l'apparition du principe constitutionnel de la modernité. C'est en effet par la *constitution* (...) que le principe démocratique lui-même s'insinue en souveraineté »⁵⁹³. Pour revenir à la perspective juridique, spécifiquement constitutionnaliste, il apparaît que « le droit constitutionnel contemporain repose ainsi sur la métamorphose de la condition sociale de l'homme, que l'on peut observer à travers la conception nouvelle qui s'en fait jour et à travers le lien qui le réunit désormais au pouvoir politique. (...) Ce nouveau rapport politique modifie aussi la qualité de l'individu qui en est l'une des composantes : cessant de n'être qu'un *sujet*, il accède à la qualité de *citoyen* »⁵⁹⁴.

Le rattachement du discours à l'œuvre révolutionnaire dans « l'établissement du droit constitutionnel moderne »⁵⁹⁵ puise en réalité sa source au sein même du droit constitutionnel

⁵⁹⁰ Voir les développements stimulants de V. CONSTANTINESCO, S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 20 et s. (« Il y a une singularité de la culture occidentale moderne : l'*individualisme*, qui ne peut manquer de trouver une traduction politique et dont le développement a accompagné l'avènement de l'Etat. Si l'*individualisme* marque ainsi une aire culturelle qui s'est progressivement élargie, non sans résistances, au monde entier, il témoigne aussi une aire nouvelle : celle qui est convenu d'appeler la modernité (ou les Temps modernes) »).

⁵⁹¹ Nous stipulerons ici une synonymie de fait entre les deux concepts, qui semble en quelque sorte être présumée dans la sphère du droit positif (cf. « la souveraineté nationale appartient au peuple... »), mais qui n'oublie pas, du point de vue de l'historien, le fil continu d'une « indétermination ». « Cette indétermination s'enracine dans un système complexe d'équivoques et de tensions qui structurent dès son origine la modernité politique. (...) Cette équivoque se retrouve dans la façon de penser le sens et les formes de la souveraineté du peuple : cette dernière peut faire voisiner dans un même principe général la perspective radicale d'un pouvoir populaire immédiatement et continûment actif avec la conception beaucoup plus restrictive d'un simple consentement donné à l'exercice de l'autorité par les gouvernants » (P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, rééd. Folio, 2003, pp. 13-14).

⁵⁹² O. BEAUD, op. cit., p. 201.

⁵⁹³ G. MAIRET, *Le principe de souveraineté. Histoire et fondements du pouvoir moderne*, Gallimard, coll. Folio-Essais, 1997, p. 72.

⁵⁹⁴ V. CONSTANTINESCO, S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 21 et p. 24.

⁵⁹⁵ cf. M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, op. cit., spéc. pp. 13-81.

en vigueur. Le Préambule de la Constitution de 1958 renvoie « aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789 ».

D'un point de vue disciplinaire, dans la lignée d'auteurs comme Adhémar Esmein sous la III^e République et d'un droit constitutionnel vu « beaucoup plus [comme] le produit d'une histoire qu'un corps formel de règles juridiques » au sein de « réflexions sur les rapports entre les faits sociaux, les idées politiques, les constructions des juristes et les commandements du pouvoir souverain »⁵⁹⁶, il paraît possible de se forger l'idée que « le plus important des principes qu'ait proclamés la Révolution française est celui de la souveraineté nationale. Toutes nos constitutions, si diverses pourtant, l'ont reconnu et pris pour base, sauf la Charte de 1814 »⁵⁹⁷.

« L'orientation »⁵⁹⁸ juridique fixée par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen quant au concept de souveraineté figure en son article 3 qui énonce le principe selon lequel « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ». Le maître alsacien Carré de Malberg estimait qu'« en proclamant que la souveraineté, c'est-à-dire la puissance caractéristique de l'Etat, réside essentiellement dans la nation, la Révolution a en effet consacré implicitement, à la base du droit français, cette idée capitale que les pouvoirs et les droits dont l'Etat est le sujet ne sont pas autre chose au fond que les droits et pouvoirs de la nation elle-même », soit la « collectivité unifiée des citoyens, de tous les citoyens » qui « concourent à former à eux tous la collectivité indivisible dont l'Etat est la personnification »⁵⁹⁹.

De ces principes révolutionnaires aux normes constitutionnelles actuelles sur la souveraineté, certains auteurs se sont attachés à établir que « l'opposition théorique entre la nation et le peuple est trop schématique pour expliquer l'évolution du droit constitutionnel par référence à une conception particulière de la souveraineté se rapportant à son titulaire »⁶⁰⁰. Plus encore, « en faisant du "peuple" le seul détenteur de la "souveraineté nationale", l'article 3 de la Constitution [en vigueur] s'inscrit non seulement dans la continuité du constitutionnalisme révolutionnaire, mais permet aussi de comprendre que le principe de

⁵⁹⁶ J.-L. HALPERIN, « De l'histoire au droit constitutionnel », in S. PINON, P.-H. PRELOT (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Montchrestien, 2009, p. 52.

⁵⁹⁷ A. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} éd., Sirey, 1914, p. 272.

⁵⁹⁸ M. MORABITO, *op. cit.*, p. 47.

⁵⁹⁹ R. CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, *op. cit.*, t. 1, p. 13 et p. 14.

⁶⁰⁰ A. HAQUET, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 65.

souveraineté s'incarne davantage dans la qualité de son détenteur que dans la manière dont il est appelé à s'exercer »⁶⁰¹.

Certes, l'extension de l'accès à la qualité de citoyen a fortement atténué l'idée d'exclusivité qui sous-tend historiquement au concept de « nation » et par conséquent, limité la portée de la distinction entre « nation » et « peuple » ; mais, tout de même, ce type d'analyse paraît laisser de côté le fait que la référence révolutionnaire, l'article 3 de la Déclaration de 1789, établit, par sa formulation même, « quelque chose » qui relève de « l'univers hiérarchique ». « La première partie du texte parle du *principe* de toute souveraineté afin de distinguer celui-ci de son *exercice* »⁶⁰². L'article 3 de la Constitution de 1958 opère bien lui aussi une distinction entre l'appartenance et l'exercice, et c'est dans cet élément que se situerait la continuité constitutionnelle de la Révolution au droit constitutionnel contemporain. Le postulat du constituant et du constitutionnel développé précédemment⁶⁰³ peut se prolonger dans une séparation entre les actes qui se rapprochent de la définition d'une expression souveraine, et en tout cas imputée comme tel dans le système étatique envisagé, et les actes d'exercice de la souveraineté par des pouvoirs nécessairement considérés comme ayant un caractère constitué, même si la compétence normative s'exerce au niveau constitutionnel, de la loi constitutionnelle plus précisément, et selon des conditions formelles éventuellement renforcées qui en font la mise en œuvre d'un pouvoir exceptionnel.

Il s'ébauche, de l'interaction nécessaire entre une théorie constitutionnelle et la réalité d'un champ constitutionnel (éléments de droit positif et conceptions doctrinales dominantes), la structure d'un système complexe basé sur l'entrecroisement d'éléments organiques et d'exigences matérielles, et fondé sur le développement de raisonnements *en droit positif*, devant normalement aboutir à la possibilité d'un « contrôle de la conformité à la Constitution d'une révision constitutionnelle »⁶⁰⁴ (2), en respectant au préalable le principe de l'indivisibilité du pouvoir constitutionnel du peuple (1).

⁶⁰¹ S. PIERRE-CAPS, « La souveraineté, expression de la singularité de la République », in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 167.

⁶⁰² M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, op. cit., p. 52.

⁶⁰³ cf. *supra*, A).

⁶⁰⁴ O. BÉAUD, « Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle », op. cit., p. 43.

1. Le Pouvoir constitutionnel du peuple, expression de la souveraineté en droit positif

Dans le développement d'un « plaidoyer » en faveur du principe de la constitutionnalité des révisions constitutionnelles, une certaine modération de pensée amène à prêter attention à un niveau de contraintes argumentatives issues du champ constitutionnel dominant et des éventuelles objections qui ont été, qui sont, et qui seront développées à l'encontre de cette idée. « Il en est au moins une qu'il convient de prendre en considération, c'est celle relative au cas où la révision est adoptée directement par le peuple, à supposer évidemment qu'il puisse s'exprimer librement. Dans une telle hypothèse, la limitation matérielle de la révision heurte de plein fouet le principe démocratique selon lequel chaque nation a le droit de changer de Constitution et de la réviser. On voit mal au nom de quel principe supérieur de légitimité on pourrait empêcher un peuple souverain de modifier sa Constitution »⁶⁰⁵.

Tout semble à peu près dit dans cette longue considération. Au sein de notre dogmatique constitutionnelle, le principe systémique selon lequel l'expression constitutionnelle du peuple constitue, en tout état de cause, « l'expression directe de la souveraineté nationale ». Ce principe semble valable, que ce soit en référence à « l'esprit de la Constitution »⁶⁰⁶ ou « au regard de l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution »⁶⁰⁷. Dans un système politique comme le nôtre, où « seul le suffrage universel est la source du pouvoir », il s'agit de la parcelle irréductible – « une, indivisible, inaliénable et imprescriptible » – de l'imputation du pouvoir souverain selon un principe démocratique.

Expression la plus directement admise de la souveraineté, l'idée d'un cadre normatif apparaît donc incompatible à son encontre, même si la convocation de l'expression référendaire est prévue par la procédure formelle de révision constitutionnelle fixée au sein même des dispositions de la loi constitutionnelle fondamentale. L'article 89, alinéa 2 de la Constitution de 1958 énonce ainsi que « le projet ou la proposition de révision doit être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième alinéa de l'article 42⁶⁰⁸ et voté par les deux assemblées en termes identiques. *La révision est définitive après avoir été approuvée*

⁶⁰⁵ O. BEAUD, *ibid.*, p. 45.

⁶⁰⁶ CC, n° 62-20 DC, 06/11/1962, *Rec.* 27, cons. 2.

⁶⁰⁷ CC, n° 92-313 DC, 23/09/1992, *Rec.* 94, cons. 2.

⁶⁰⁸ Aux termes duquel « 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 ».

par référendum ». En cette optique, le pouvoir de révision constitutionnelle du peuple ne semble pouvoir être établi qu'en tant que pouvoir habilité, ou constitué ; de même nature que le pouvoir législatif que le « peuple – organe » tire de l'article 11 modifié de la Constitution sur « tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions ».

Dans l'un et l'autre cas, il semble que l'on soit renvoyé à la partie « exercice du pouvoir » de « souveraineté nationale » que l'article 3 du texte constitutionnel définit selon deux modalités, par le biais des « représentants » du peuple et « par la voie du référendum », « référendums par lesquels le peuple français *exerce* sa souveraineté »⁶⁰⁹, et non pas l'exprime ; c'est-à-dire qu'il n'y a pas de différence de nature entre les deux prérogatives, au mieux une différence de degré sur un plan matériel lié au niveau d'intervention normative, « soit en matière législative dans les cas prévus par l'article 11 de la Constitution, soit en matière constitutionnelle comme le prévoit l'article 89 ».

La conséquence juridique de cette structure d'attributions constitutionnelles pourrait être admise sous la formulation indiquant que « dans l'exercice du pouvoir, le peuple agit – et c'est le cas de la démocratie *semi-directe* française – non plus comme souverain mais comme gouvernant, et à ce titre, le peuple doit se comporter dans le respect de la Constitution »⁶¹⁰. Dans les lignes de son manuel, le professeur Burdeau était amené à s'interroger sur ce que « dire que "l'expression directe de la souveraineté nationale" ne peut être assujettie à aucun contrôle, c'est rabaisser la Constitution au rang d'un recueil de recettes techniques valables seulement pour les activités des représentants. C'est aussi, et plus gravement, confondre les deux qualités du peuple, selon qu'il agit comme souverain ou comme gouvernant. En tant que souverain, il est absolument libre, car c'est la force politique qui s'exprime par sa volonté. Mais comme gouvernant (...) son activité est, au même titre que celle des autres gouvernants, dominée par le statut que la Constitution impose aux agents d'exercice du pouvoir »⁶¹¹.

L'analyse rebondit alors sur le problème incident, par rapport à notre question initiale, de la possibilité de contrôle de la constitutionnalité des lois référendaires. Il est clair que dans le système proposé lors de ces développements, *il n'est question d'immunité juridictionnelle qu'à propos du pouvoir référendaire portant sur la matière constitutionnelle et s'exprimant*

⁶⁰⁹ cf. CE Ass., 30/10/1998, *Sarran, Levacher et autres*, Rec. 369.

⁶¹⁰ N. LE MONG, « Contribution à la théorie de la constitution souveraine par le peuple », *RDP*, n° 4, 1971, p. 981.

⁶¹¹ G. BURDEAU, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, 14^{ème} édition, LGDJ, 1969, p. 111.

spécifiquement dans un cadre constitutionnel, soit ad hoc, soit institué mais nécessairement reconnu comme expression de souveraineté par rapport à la qualité de l'organe décisionnel. Eu égard au problème incident précédemment évoqué, nous voyons là deux séries d'implications quant à la qualité juridique de l'intervention populaire : convoqué formellement par le biais de « l'article 11 », le peuple ne s'exprime nécessairement qu'en tant qu'organe constitué, de rang « législateur » ; le peuple constitué comme organe législatif ne peut intervenir en matière constitutionnelle pour laquelle il n'est pas habilité, en application des normes d'habilitation formant le cadre au sein duquel il s'exprime. L'indivisibilité de l'expression reconnue comme souveraine rend nécessaire l'instauration des conditions de sa protection par rapport à la sphère du simple exercice législatif de la souveraineté, même sous la forme référendaire.

Il ne s'agit pas d'une simple question de principes dogmatiques, mais d'une véritable question de justice constitutionnelle, afin de protéger le système constitutionnel contre certaines tendances décisionnistes qui, selon les circonstances et les usages, peuvent être dangereuses pour l'imputation même de la qualité souveraine à un principe de pouvoir démocratique. Certes, reconnaissons *in fine* que « si le peuple erre, et se laisse subjugué par un tyran, et décide librement et volontairement d'adopter une Constitution non libre, on ne peut que constater ce processus d'asservissement volontaire »⁶¹², mais qu'il le fasse doté des atours de la puissance constituante, même dans le cadre investi de la procédure formelle de révision. Une certaine cohérence vis-à-vis du sens de l'idée de « garantie de la Constitution » et de « respect des lois constitutionnelles » est au prix de devoir envisager cette lourdeur procédurale⁶¹³, et de ce qui pourrait apparaître le moment venu comme une absurdité procédurale, mais au moins le système dogmatico-théorique a-t-il envisagé les moyens de défense de sa propre raison juridique.

⁶¹² O. BEAUD, « Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle », op. cit., p. 45.

⁶¹³ La révision opérée de l'article 11 en 2008 (article 4, 2° de la loi constitutionnelle n° 2008-724) prévoit une telle modalité, sous la forme d'un contrôle de constitutionnalité de type obligatoire, « pour les propositions de loi mentionnées » à l'article correspondant, « avant qu'elles ne soient soumises au référendum ». Ces propositions consistent en des initiatives parlementaires (« un cinquième des membres du Parlement ») devant être soutenues, pour aboutir au référendum, par une pétition d'« un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales ».

2. Le principe du contrôle des lois constitutionnelles

Dans un système complexe d'entrecroisement entre des contraintes organiques et des exigences matérielles qui pousse à la modération de l'approche dogmatique plus vers *ce que l'on pourrait admettre* plutôt que sur ce qu'il faudrait faire de façon absolue, il paraît tout de même « concevable d'envisager, en France, un contrôle des lois constitutionnelles pouvant porter aussi bien sur la forme que sur le fond – mais ne pouvant s'exercer que sur des révisions de type parlementaire »⁶¹⁴. Le premier argument se rattache à un discours de droit positif, d'ordre jurisprudentiel, et à la construction d'une théorie de « l'expression directe de la souveraineté nationale ». Il s'agit d'une sorte de seuil irréductible dans la perception⁶¹⁵ de l'idée d'imputation démocratique de la souveraineté. Dès lors, le fait d'envisager « l'établissement d'une souveraineté sans réserve et d'une souveraineté sous réserve se superpose à la distinction faite par le juge entre l'expression directe et indirecte de la souveraineté nationale. D'où cette conclusion que le pouvoir constituant dérivé exprimé directement par le peuple est incontrôlable à la différence du pouvoir de révision exercé par les représentants de la Nation »⁶¹⁶.

Plus encore, un second niveau d'argument provient de la jurisprudence. Malgré « la motivation sommaire et controuvée de la décision du 26 mars 2003 »⁶¹⁷ sur la compétence du Conseil constitutionnel, la « réserve » existe bien dans l'interprétation du droit positif. Avec la mise en place de la saisine parlementaire en matière d'engagements internationaux, le Conseil devait expérimenter le contrôle à double détente sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, après que le texte constitutionnel eut été modifié suite à une première déclaration d'inconstitutionnalité en vue de la ratification du traité en cause. Parmi les arguments de saisine, « la question essentielle qui est alors posée au Conseil constitutionnel est celle de savoir jusqu'où peuvent aller des révisions constitutionnelles entérinant des atteintes successives aux "conditions essentielles d'exercice de la souveraineté". Quel est le seuil au-delà duquel les transferts dits de "compétence" touchant ou ne touchant pas à ces conditions essentielles et consentis pour favoriser la construction européenne conduiront à changer la nature de l'Etat »⁶¹⁸ ?

⁶¹⁴ O. BEAUD, op. cit., p. 43.

⁶¹⁵ cf. C. KLEIN, « Le contrôle des lois constitutionnelles. Introduction à une problématique moderne », CCC, n° 27, 2009, p. 12.

⁶¹⁶ P. JAN, « L'immunité juridictionnelle des lois de révision constitutionnelle », LPA, n° 218, 31/10/2003, p. 6.

⁶¹⁷ G. CARCASSONNE, « Un plaidoyer résolu en faveur d'un tel contrôle sagement circonscrit », CCC, n° 27, 2009, p. 47.

⁶¹⁸ cf. « Saisine du Conseil constitutionnel en date du 14 août 1992, présentée par plus de soixante sénateurs, en application de l'article 54 de la Constitution et visée dans la décision n° 92-312 DC », JO, 03/09/1992, p. 12107.

La réponse n'est pas dépourvue de toute ambiguïté. Le juge déclare le moyen inopérant sur un plan procédural en ce que « l'article 54 de la Constitution (...) « donne uniquement compétence au Conseil constitutionnel pour contrôler si un engagement international déterminé soumis à son examen comporte ou non une clause contraire à la Constitution », mais y répond néanmoins indirectement en déclarant la saisine sur double contrôle recevable, dans le sens que le nouvel examen s'avère utile « d'une part, s'il apparaît que la Constitution, une fois révisée, demeure contraire à une ou plusieurs stipulations du traité ; d'autre part, s'il est inséré dans la Constitution une disposition nouvelle qui a pour effet de créer une incompatibilité avec une ou des stipulations du traité dont s'agit ». La posture de principe va dans le sens de la souveraineté du pouvoir de révision, mais, par la mise en œuvre de son office, « dans les faits, la recherche par le juge constitutionnel du point de savoir s'il n'y avait pas de contradiction entre le traité et la Constitution révisée l'a conduit à exercer indirectement un contrôle sur la pertinence des modifications apportées au texte constitutionnel »⁶¹⁹. Le juge cherche alors à préciser dans les motifs de sa décision l'existence et l'étendue de ce contrôle par exception par la voie d'une « réserve » juridiquement relevante « d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16 et 89, alinéa 4, du texte constitutionnel et, d'autre part, du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles "la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision" »⁶²⁰. La doctrine interne au Conseil ira jusqu'à qualifier ces éléments de « limites »⁶²¹ qui sont de fait inopérantes par la voie juridictionnelle.

En la matière, l'expression normativiste paraît la plus simple pour appréhender qu'« il y a révision aussi longtemps qu'il est possible de fonder la validité d'un acte normatif formellement constitutionnel à partir d'un ensemble normatif formellement constitutionnel en vigueur »⁶²². En ce sens d'ailleurs, « c'est en écartant toute référence au "pouvoir constituant" et en prenant en considération que le "pouvoir de révision" (...) en tant que processus juridiquement prévu et encadré pour modifier une constitution en vigueur qu'il est possible de dégager une définition purement juridique de la limite constitutionnelle »⁶²³.

⁶¹⁹ B. GENEVOIS, « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution révisée », *RFDA*, 1992, p. 937 et s. (source électronique : base *Dalloz.fr*).

⁶²⁰ CC, n° 92-312 DC, 02/09/1992, *Rec.* 76, cons. 19.

⁶²¹ cf. B. GENEVOIS, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA*, 1998, p. 909 et s.

⁶²² O. PFERSMANN, in L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 101 [13^{ème} éd.].

⁶²³ J.-P. DEROSIER, « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », *RFDC*, 2008, p. 787.

Mais il ne faut pas s'y tromper. Dans ce type de débat, l'objet du discours normativiste, comme de toutes les variantes des constructions positivistes, s'impose de façon prégnante comme celui du « rejet du terme de "supraconstitutionnalité" »⁶²⁴, érigé au rang de « mythe » pour la raison juridique. Par sa ferme décision d'incompétence du 26 mars 2003, « le Conseil constitutionnel a mis fin à un mythe, celui du pouvoir d'établir en droit positif, des normes situées au dessus de la Constitution, et qui en contraindraient le champ ou les modifications »⁶²⁵. C'est l'objection classique portant sur la « justification jusnaturaliste du pouvoir »⁶²⁶ qui découlerait de l'opposabilité de tels principes dans l'ordre juridique ainsi considéré. Les axiomes positivistes semblent s'inscrire, surtout dans le rejet normativiste du pouvoir constituant dérivé, dans un paradigme procédural et productiviste du fondement de la normativité. « La révision proprement dite ne peut être autre chose qu'une procédure particulière de production normative, celle justement qui a pour objet la modification du droit constitutionnel formel »⁶²⁷. Ce trait constitue le propre de la reconnaissance normative. « L'expression "les limites au pouvoir de révision constitutionnelle" est donc un pléonasme, si l'on se réfère à la définition conceptuelle de la limite: le pouvoir de révision constitutionnelle, en tant que compétence juridique est juridiquement encadré donc juridiquement limité. Ces limites correspondent alors à la procédure prévue pour réviser la constitution »⁶²⁸. Le doyen Vedel ne disait pas mieux suivant le postulat de l'unité du pouvoir constituant, le caractère dérivé venant de « la seule réserve qu'il s'exerce selon la procédure qui l'identifie »⁶²⁹. En réalité, la critique jusnaturaliste émerge bien souvent dès l'abord de la question du droit constitutionnel substantiel. Pourtant, « la doctrine de la limitation matérielle n'a pas du tout besoin d'invoquer une "supraconstitutionnalité" au sens d'un "droit naturel constitutionnel" »⁶³⁰. Elle se détermine sur la structuration d'une juridicité propre à l'idée de norme constitutionnelle au sein d'un métalangage de type étatique. En ce sens, « elle revêt la forme classique d'une induction faite à partir de cas particuliers, de textes considérés habituellement comme non significatifs, ou encore, non juridiquement relevant ».

A ce stade, l'analyse réaliste nous interpelle et nous ramène à la condition dogmatique du principe. L'interprétation reconnue en droit positif ne peut justifier sa propre compétence. L'ordre dogmatique peut-il construire un ordre légitime de garantie constitutionnelle ?

⁶²⁴ cf. X. MAGNON, « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle », op. cit., p. 597.

⁶²⁵ J-P. CAMBY, « Supra-constitutionnalité : la fin d'un mythe », *RDP*, n° 3, 2003, pp. 671-672.

⁶²⁶ cf. M. TROPER, « La notion de principes supra-constitutionnels », in ID., *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, op. cit., p. 214.

⁶²⁷ O. PFERSMANN, op. cit., p. 101.

⁶²⁸ J.-P. DEROSIER, « Enquête sur la limite constitutionnelle », op. cit., p. 791.

⁶²⁹ G. VEDEL, « Schengen et Maastricht », *RFDA*, n° 2, 1992, p. 179.

⁶³⁰ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 349.

II. La légitimité d'un pouvoir constitué dans l'exercice démocratique de la souveraineté

« Il n'y a que perte du temps à lutter contre l'évidence... »⁶³¹

Concernant la juridiction constitutionnelle et l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois, « on pose généralement la question de [leur] compatibilité (...) avec la démocratie de la manière suivante : si la volonté de la majorité du Parlement est la volonté de peuple, comment comprendre ou justifier que cette volonté puisse être brisée par des hommes et des femmes⁶³² qui n'expriment par la volonté du peuple »⁶³³ ?

L'article 3 du texte dit de la « Constitution du 4 octobre 1958 » énonce que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». A propos de cette disposition constitutionnelle, le Conseil constitutionnel en a tiré depuis longtemps le principe « considérant que la souveraineté qui est définie à l'article 3 de la Constitution de la République française, *tant dans son fondement que dans son exercice*, ne peut être que nationale et que seuls peuvent être regardés comme participant à l'exercice de cette souveraineté les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République »⁶³⁴.

La notion de représentation souveraine se définit donc par un rapport avec la Nation. Dès lors, en application du critère de l'élection, au suffrage direct ou indirect reconnu par l'article 3 de la Constitution, les représentants de la Nation se trouvent bien avant tout au Parlement, qu'ils soient députés ou sénateurs⁶³⁵, parce que selon l'article 34 de notre loi

⁶³¹ D. de BECHILLON, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? », in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 33.

⁶³² Il convient de relever ici qu'à la date du 1^{er} mars 2010, le renouvellement partiel (cf. *JO*, n° 48, 26/02/2010, p. 3690) des membres du Conseil constitutionnel fait que jusqu'en mars 2013 au moins, seules deux femmes siègent au sein de l'institution ; cf. à ce propos : M.-L. BASILIEN-GAINCHE, P. BLACHÈRE, F. CHALTIEL, B. FRANCOIS, J.-P. HEURTIN, « Le Conseil constitutionnel est, plus que jamais, un vieux club de mâles en fin de carrière politique », *Le Monde*, 01/03/2010, source : *lemonde.fr*.

⁶³³ M. TROPER, « Le juge constitutionnel et la volonté générale », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, 2001, coll. « Léviathan », p. 215.

⁶³⁴ CC, n° 76-71 DC, 30/12/1976, *Rec.* 15, cons. 6.

⁶³⁵ CC, n° 92-308 DC, 09/04/1992, *Rec.* 55 ; « en ce qui concerne la reconnaissance du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales » aux citoyens ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne qui a été considérée dans cette décision comme devant faire l'objet d'une révision constitutionnelle préalable à la ratification du Traité de Maastricht, eu égard au lien constitutionnel entre les collectivités territoriales et le Sénat en vertu de l'article 24 du texte constitutionnel ; d'où « il s'ensuit que la désignation des conseillers municipaux a une incidence sur l'élection des sénateurs » devant participer « à l'exercice de la souveraineté nationale » en siégeant dans une « assemblée parlementaire ». Dans un premier temps, le juge constitutionnel considère « dès lors » que « le quatrième alinéa de l'article 3 de la Constitution implique que seuls les "nationaux français" ont le droit de vote et d'éligibilité aux élections effectuées pour la désignation de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale de la République et notamment pour celle des conseillers municipaux ou des membres du Conseil de

fondamentale, le rôle du Parlement est de voter la loi qui est « l'expression de la volonté générale » d'après une norme constitutionnelle issue de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Ce même texte ajoute que « tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation ».

Or, il apparaît que, dans l'ordre constitutionnel en vigueur depuis 1958, une institution dont les membres revêtent un statut de « juge » concourt justement à la formation de la loi, et ceci peut se vérifier dans les éléments de définition que la juridiction constitutionnelle donne sa propre mission⁶³⁶. En soumettant une disposition législative à un régime constitutionnaliste d'expression de la volonté générale, le juge constitutionnel doit développer les implications juridiques tirées des « exigences du contrôle de constitutionnalité » dans l'établissement d'un strict rapport de conformité, en principe, selon lequel « la loi votée [et désormais, promulguée] n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »⁶³⁷.

Par là, le juge constitutionnel impose à l'acte législatif un rapport conditionnel à la prétention de celui-ci d'exprimer la volonté générale, ce qui pourrait vouloir signifier que cette volonté a un contenu qui trouve sa source dans la Constitution⁶³⁸ et non plus seulement incarné par la seule loi comme il pouvait découler de la tradition publiciste issue de l'article 6 de la Déclaration de 1789. Ce changement nécessite pour le discours sur la « démocratie constitutionnelle » un changement de perspective dans la justification de l'exercice démocratique de la souveraineté au sein du système sur lequel il est censé porter.

« D'un point de vue purement descriptif », c'est-à-dire au niveau d'un « méta-discours » dont l'objet est de « rapporter des justifications fournies (...) par la doctrine », le professeur Michel Troper rappelle que « pour concilier le contrôle de constitutionnalité avec [la volonté générale], il a fallu faire appel à l'imagination des juristes pour procéder à quelques constructions théoriques (§ 1), qui affectent aussi bien la manière *dont on se représente aussi bien l'institution* que les méthodes de travail de la juridiction constitutionnelle »⁶³⁹ (§ 2).

Paris ». Mais, dans un second temps, constatant que la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 a exclu les citoyens de l'Union, même élus dans les conseils municipaux, du processus de « désignation des électeurs sénatoriaux » amenant « à l'élection des sénateurs », le Conseil n'a pu que conclure que le droit de vote reconnu aux ressortissants communautaires lors des élections locales ne pouvait plus être regardé comme contraire à la Constitution (CC, n° 92-312 DC, 02/09/1992, *Rec.* 76, cons. 23).

⁶³⁶ cf. *supra*, 1^{ère} partie, titre I.

⁶³⁷ cf. n° 85-197 DC, 23/08/1985, *Rec.* 70, cons. 27.

⁶³⁸ cf. P. BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, op. cit., p. 62 et s.

⁶³⁹ M. TROPER, « Le juge constitutionnel et la volonté générale », op. cit., p. 217.

§ 1 – Théorie de l'Etat démocratique et justice constitutionnelle

Dans le contexte européen⁶⁴⁰, derrière cette question de la compatibilité entre la justice constitutionnelle et la démocratie, se révèle en filigrane « l'une des questions fondamentales de la philosophie politique et de la science constitutionnelle »⁶⁴¹ que constitue le rapport entre l'Etat de droit et la démocratie. Dans sa thèse, le professeur Luc Heuschling relève une sorte de paradoxe entre une « polysémie » historique de ces notions complexes et une tendance contemporaine, dans des discours tant de philosophie politique que de science constitutionnelle d'ailleurs, vers « un consensus unanimiste qui s'est cristallisé autour de ces deux références axiologiques. Victimes de leur propre succès, ces deux notions phares voient leur sens se diluer pour se fondre dans une sorte de magma indifférencié qu'est (...) *l'Etat de droit démocratique*⁶⁴² »⁶⁴³.

L'émergence de cette globalisation intellectuelle, qui s'apparente à un discours de consubstantialité ou d'établissement d'un rapport de nécessité⁶⁴⁴, vient rappeler, concernant la signification des notions et / ou concepts employés dans un certain type de discours, que ceux-ci « ne sont pas des invariants mais des constructions, des conceptualisations élaborées en fonction des contextes intellectuels, sociaux, institutionnels et politiques. Ils se constituent au cours de "lutttes sémantiques" pour la détermination de leur contenu, pour la maîtrise au moins partielle de l'interprétation de ces contextes »⁶⁴⁵.

Dans cette herméneutique d'ordre épistémologique, sur les conditions de la connaissance de ces significations, il apparaît de façon assez convaincante que « les notions d'Etat de droit ou de primauté du droit font évidemment référence à des processus historiques politico-institutionnels et à des complexes de représentations et de valeurs qui sont

⁶⁴⁰ Il s'agit là de se référer à un contexte juridique, liant l'exercice de la souveraineté étatique, qui semble présupposer un contexte culturel, comme en témoigne tant la formulation du préambule de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« les gouvernements signataires (...) résolus, en tant que gouvernements d'Etats européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit ») que les termes de l'article 2 du Traité sur l'Union européenne, dans sa version actuellement en vigueur (version consolidée *JOUE*, n° C 115, 09/05/2008, p. 1), qui renvoient à des « valeurs (...) communes aux Etats membres », « de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'Etat de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme ».

⁶⁴¹ cf. L. HEUSCHLING, *Etat de droit. Rechtsstaat. Rule of Law*, Dalloz, 2002, p. 573 et s.

⁶⁴² En italique dans le texte.

⁶⁴³ L. HEUSCHLING, op. cit., p. 578.

⁶⁴⁴ réf. E. PICARD et les développements sur la « norme de nécessité », à propos de l'ordre public, in *La notion de police administrative*, LGDJ – PU Rouen, 1984, t. II, p. 534 et pp. 540-544.

⁶⁴⁵ O. JOUANJAN, « Etat de droit », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 649.

indissociables de la caractérisation générale de la société contemporaine de type occidental ou libéral dans son ensemble »⁶⁴⁶. En ce sens, l'Etat de droit s'impose comme une finalité qui doit non seulement trouver une traduction dans le contenu même des normes les plus élevées au sein de l'ordre juridique étatique, mais dont la « force normative » doit pouvoir être soutenue par des mécanismes supposés garantir une dimension positive – une réalité juridique – à la notion. « L'Etat de droit n'est pas, en effet, l'Etat de n'importe quel droit ; il est celui d'un droit exprimant les valeurs de liberté, d'égalité, de tolérance, faisant des individus des sujets titulaires de droits opposables à l'Etat, et leur reconnaissant les moyens institutionnels, juridictionnels notamment, de les faire prévaloir. Ainsi, le juge constitutionnel, gardien des droits et libertés, est par là même garant que l'Etat restera l'Etat des Droits de l'homme, et par conséquent, démocratique »⁶⁴⁷.

En d'autres termes, la démocratie constitutionnelle consiste en un idéal libéral de limitation du pouvoir, permettant de « définir l'Etat comme le support abstrait du Pouvoir politique solidaire d'une certaine idée de droit »⁶⁴⁸ normalement établie par la Constitution, l'expression de « la philosophie politique [d'un] pays à une certaine période de son histoire »⁶⁴⁹. En effet, à partir du moment où il peut être entendu que, « dans le vocabulaire juridique contemporain, la notion de "constitutionnalisme" s'inscrit en général dans une conception *libérale* du droit public », c'est à dire « dont le développement est inséparable de celui du libéralisme politique et de la démocratie moderne »⁶⁵⁰, le problème posé au discours constitutionnaliste prend les traits d'une « question positive : quelle configuration donner à l'architecture des organes et au réseau des fonctions étatiques pour assurer la liberté »⁶⁵¹ ?

Dans l'exercice le plus couramment admis de la souveraineté démocratique, depuis 1791, la Constitution française est représentative (A). Cette forme de gouvernement historiquement située montre une contradiction intrinsèque, tiraillée entre l'imputation démocratique du pouvoir et l'impossibilité matérielle de sa concrétisation directe. La contrepartie s'exprime en termes de modération dans l'exercice du pouvoir (B). Le corollaire juridique trouve son expression dans une division statutaire des fonctions censée pouvoir assurer les principes d'organisation libérale de la société politique.

⁶⁴⁶ G. JUST, « La "jurisprudence herméneutique" et son horizon : l'interprétation entre ses conditions et ses possibilités », *Droits*, n° 40, 2004, p. 232.

⁶⁴⁷ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2010, p. 552.

⁶⁴⁸ G. BURDEAU, *Traité de science politique. Tome IV : Le statut du pouvoir dans l'Etat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1983, p. 7.

⁶⁴⁹ P. BASTID, *L'idée de Constitution*, Economica, 1985, p. 184.

⁶⁵⁰ P. RAYNAUD, « Constitutionnalisme », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit.

⁶⁵¹ D. BARANGER, *Droit constitutionnel*, 4^{ème} éd., PUF, 2009, p. 100.

A) Du point de vue de la représentation du « peuple »

La démocratie constitutionnelle et le régime constitutionnaliste d'expression de la volonté générale sont en rupture complète avec la doctrine publiciste classique sous l'ombre de la pensée de Raymond Carré de Malberg⁶⁵² dont les grands principes ont été rappelés précédemment. La loi votée par le Parlement était la volonté générale en tant que telle puisque dans l'Etat légicentriste, la volonté des représentants de la Nation ne pouvait être contrecarrée par une quelconque volonté supérieure. Un nouveau type de méta-discours, sorte de révolution copernicienne, était donc nécessaire, après le changement radical de perspective insufflé par le Conseil constitutionnel et sa jurisprudence.

Le professeur Pierre Brunet exprime très bien cette idée en rappelant que « le juge constitutionnel (...) se distingue des autres juges parce que ses décisions ont un caractère politique — elles expriment des choix de valeurs — et sont fondées sur des dispositions que le juge a le pouvoir d'interpréter librement. (...) Mais tandis qu'une loi ordinaire peut avoir raison de [la décision d'une juridiction ordinaire suprême], celle du juge constitutionnel n'a qu'à craindre que la Constitution »⁶⁵³, normalement plus difficile à modifier que toute autre norme du système juridique par son caractère rigide selon la théorie constitutionnaliste classique. En outre, il rajoute que « si l'on retient que la Constitution n'est pas qu'une règle du jeu (organisation des pouvoirs publics) mais qu'elle comporte une dimension politique (charte des droits et des libertés), on comprend que certains en viennent aujourd'hui à considérer que le Conseil constitutionnel comme un "représentant" du peuple »⁶⁵⁴. Il s'agit donc de stipuler que par la sanction du juge, la mise en forme du système démocratique prévoit un régime particulier de production de la loi. Eu égard aux principes d'imputation démocratique de l'acte législatif, le discours de justification de l'intervention juridictionnelle porte nécessairement sur ce que celle-ci émane bien d'une instance représentative qui se trouve, en l'état du système, dans l'impossibilité d'être reliée au « peuple » par l'élection. L'investigation en termes de constructivisme démocratique doit être un raisonnement fondateur à partir d'une interrogation du type : quelle représentation pour quel peuple ? L'alternative apparaît alors plus clairement à l'esprit : soit il faut envisager une instance

⁶⁵² « Le juriste alsacien est généralement considéré comme l'auteur qui systématise le mieux le légicentrisme et ses implications logiques », cf. P. BLACHER, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, op. cit., p. 36 et aussi pp. 33-35.

⁶⁵³ P. BRUNET, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 13.

⁶⁵⁴ P. BRUNET, *ibid.*

supplétive dans un système complexe d'expression de la volonté générale (1) ; soit l'instance est une représentation de son propre genre et c'est la production d'un modèle complexe de démocratie juridique dont il s'agit (2).

1. La thèse du juge constitutionnel, co-législateur

Pour le professeur Michel Troper⁶⁵⁵, « le juge constitutionnel exprime la volonté générale » par application d'un critère simple « la contribution à l'expression de la volonté générale ». Il explique : « il faut nécessairement considérer que, puisque la loi est l'expression de la volonté générale, ceux qui l'ont faite ont exprimé cette volonté, ceux qui ont contribué à la faire ont contribué à son expression ». Le Conseil se retrouve donc dans la position de colégislateur « par une simple application d'un principe fondamental du droit public français »⁶⁵⁶. Michel Troper raisonne par analogie en prenant comme point de référence la qualité de représentant qui était accordée au roi par la constitution de 1791⁶⁵⁷ en raison de sa participation à la formation de la loi au travers de son pouvoir de veto. Dès lors, « il est clair (...) qu'il n'est nul besoin d'avoir été élu pour exprimer la volonté générale », à la condition que cette expression revête certaines caractéristiques parce qu'elle est avant tout celle d'un juge qui ne peut donc statuer en opportunité, « mais le plus souvent au terme d'un raisonnement juridique et [il subit] les contraintes liées à ce raisonnement »⁶⁵⁸.

Toutefois, pour le professeur Blachère, « Michel Troper refuse d'admettre une différence entre l'expression de la volonté générale par les représentants élus et l'expression de la volonté générale par le Conseil constitutionnel »⁶⁵⁹, notamment quand il écrit que « tous ceux qui participent à la fonction législative de façon décisionnelle contribuent par conséquent à exprimer la volonté générale ; s'ils l'expriment c'est qu'ils sont les représentants du souverain. Il faut donc considérer comme souverain tous les organes législatifs partiels »⁶⁶⁰.

⁶⁵⁵ M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie », repr. in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 329, cf. part. pp. 338-339.

⁶⁵⁶ M. TROPER, *id.*, p. 340.

⁶⁵⁷ Article 2, al. 2, titre III : « La Constitution française est représentative : les représentants sont le Corps législatif et le roi » ; article 3 : « Le Pouvoir législatif est délégué à une Assemblée nationale composée de représentants temporaires, librement élus par le peuple, pour être exercé par elle, avec la sanction du roi... ».

⁶⁵⁸ M. TROPER, art. cit., p. 345.

⁶⁵⁹ P. BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, op. cit., p. 184.

⁶⁶⁰ M. TROPER, « La Constitution de 1791 aujourd'hui », *RFDC*, n° 9, 1992, p. 12. Il faut mettre cet article en lien avec la notion de « principe fondamental du droit public français » dégagée dans la contribution « Justice constitutionnelle et démocratie » parue deux ans plus tôt à la *RFDC*.

En réalité, la question ne peut se comprendre dans l'œuvre de Michel Troper que par un retour à l'épistémologie. Un constat est dressé par le professeur Baranger, expliquant que « pas plus que Kelsen, notre auteur n'a entrepris de bâtir un savoir de la constitution centré sur la mise en évidence de caractéristiques propres à cette notion. Sa pensée de la constitution est livrée comme une résultante d'observations générales sur le droit »⁶⁶¹. Certes, Michel Troper est sans aucun doute un théoricien du droit, théoricien de l'Etat d'une façon générale, mais il est d'abord aussi un constitutionnaliste. Le seul manuel d'enseignement auquel il a d'abord contribué et qu'il codirige désormais est un manuel de droit constitutionnel⁶⁶². En outre, la première formulation de sa théorie réaliste de l'interprétation – son premier manifeste en quelque sorte – a pour objet de fournir des propositions pour « expliquer la place du juge constitutionnel dans les ordres juridiques contemporains »⁶⁶³. Il s'agit bien évidemment de sa contribution aux *Mélanges Eisenmann* sur « le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle »⁶⁶⁴.

Dans cet article bien connu, à la fin de sa démonstration, Michel Troper en arrive aux thèses suivantes : « qu'il existe ou non un organe de contrôle de constitutionnalité, la constitution n'est... pas supérieure aux lois et aux autres actes des pouvoirs publics. Ceux-ci – autorités juridictionnelles ou non juridictionnelles – doivent, pour appliquer la constitution, l'interpréter donc la recréer sans être liés dans l'exercice de cette activité par aucune norme juridique mais seulement par le système de relations mutuelles dans lequel ils sont insérés »⁶⁶⁵. La définition proposée de la constitution⁶⁶⁶ est sous-entendue : « au sens formel, un ensemble de propositions ayant le caractère subjectif de normes ; au sens matériel, un système d'organes ayant la compétence de déterminer conjointement leurs propres compétences »⁶⁶⁷.

Au-delà de la notion de Constitution dont elle n'a d'ailleurs pas besoin la logique troperienne implique une conception particulière du droit constitutionnel, c'est-à-dire le droit relatif à la constitution. Le droit est un système hiérarchisé de normes (ou plutôt d'énoncés interprétatifs ayant la signification objective de...) et par suite, il est possible de dire « que le

⁶⁶¹ D. BARANGER, « Les constitutions de Michel Troper », *Droits*, n°37, 2003, p.124.

⁶⁶² F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 30^{ème} édition, LGDJ, 2007. Ce manuel a été fondé et rédigé seul par Georges Burdeau jusqu'à sa 20^{ème} édition (parue en 1984).

⁶⁶³ D. BARANGER, op. cit., p. 130.

⁶⁶⁴ In *Recueil d'études en l'hommage de Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 133 et s.

⁶⁶⁵ M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », op. cit., p. 150.

⁶⁶⁶ cf. F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 22 et p. 30.

⁶⁶⁷ M. TROPER, « Le problème de l'interprétation... », op. cit., p. 150.

droit constitutionnel est une partie du système juridique⁶⁶⁸, comme d'ailleurs le droit civil ou le droit pénal, (...) [défini] par des caractères matériels ou par des caractères formels... Dans le premier cas, on dira que la constitution est un ensemble de normes caractérisées par leur objet, dans le second qu'elles sont définies par le niveau auquel elles se situent dans la hiérarchie de l'ordre juridique »⁶⁶⁹. Dans cette hiérarchie justement, il semble que comme Kelsen, le professeur Troper restreint le système constitutionnel au seul niveau de la production des normes « générales ». Le professeur Baranger observe fort justement qu'« à la question : Quelle est la conséquence de l'irruption de la justice constitutionnelle dans l'ordre juridique, Michel Troper rejette les explications courantes ("perfectionnement de l'Etat de droit...", etc.) et situe sa réponse sur le plan de la formule d'édiction de la loi. (...) [Toute] interprétation authentique "réussie", [celle de la juridiction constitutionnelle comme celle de toute cour « souveraine » ou « suprême »], est une *participation à la formation d'une loi* »⁶⁷⁰.

Dans l'esprit des postulats réalistes, l'opération dite de « contrôle de constitutionnalité » est « *façonnée* par le contrôleur au gré de sa propre volonté, [et] doit s'analyser comme l'examen d'une volonté à une autre »⁶⁷¹. Michel Troper pourrait alors s'appuyer sur des éléments de droit positif, notamment quand le juge constitutionnel estime lui-même que « le contrôle de constitutionnalité établi par la Constitution du 4 octobre 1958 s'exerce à titre préventif après le vote de la loi et avant sa promulgation; que le Conseil constitutionnel doit se prononcer dans le délai d'un mois à compter du jour où il est saisi et,

⁶⁶⁸ Sur « la structure de l'ordre juridique », Michel Troper a ainsi pu déduire de la théorie réaliste de l'interprétation le caractère valide *de fait* des « normes résultant de l'activité des organes capables de donner une interprétation authentique, c'est-à-dire les cours suprêmes (...). Aussi la métaphore de la pyramide des normes doit-elle être non abandonnée, mais simplement modifiée : un ordre juridique est formé d'autant de pyramides qu'il y a d'ordres de juridictions, le sommet de chacune de ces pyramides étant constitué des normes que la cour suprême de cet ordre de juridictions énonce par la voie de l'interprétation. // Il est à peine besoin d'indiquer le bénéfice qu'on peut tirer de cette conception : si la production de normes juridiques résulte en dernière analyse de simples faits, il devient possible, d'une part, de faire l'économie de l'hypothèse de la norme fondamentale, d'autre part de fonder en théorie l'étude des rapports du droit et du fait » (cf. « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 94). Pour ce qui concerne le « sous-système » constitutionnel, nous pouvons avoir de nouveau confirmation que Michel Troper occulte la question d'une éventuelle notion spécifique de « Constitution », source de la norme constitutionnelle ; en tout cas, force est de constater qu'il n'en a pas besoin puisque la constitution-système est un fait, qui relève du « Sein » et non pas du « Sollen » et « qui englobe tous les pouvoirs publics dans un faisceau de relations nombreuses et complexes, [limitant] la liberté de chacun de déterminer seul ses propres compétences » (cf. « Le problème de l'interprétation... », p. 150).

⁶⁶⁹ F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 17. Dans la fameuse contribution de 1975 au *Recueil d'études en l'honneur de Charles Eisenmann*, Michel Troper précisait, dans la perspective décrite dans le Manuel (édition de 2007), qu'« au sens formel, elle est l'ensemble des dispositions ayant le caractère subjectif de normes, émises et modifiables selon une procédure particulière différente de la procédure législative ordinaire et plus difficile à mettre en œuvre ; au sens matériel, elle est le système de relations qui conditionne effectivement l'action des pouvoirs publics » (in « Le problème de l'interprétation... », op. cit., p. 144).

⁶⁷⁰ D. BARANGER, « Les constitutions de Michel Troper », op. cit., pp. 131-132.

⁶⁷¹ M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie » (1990), repr. *Pour une théorie juridique de l'Etat*, op. cit., p. 332.

s'il y a urgence, dans un délai de huit jours ; qu'ainsi l'objet de ce contrôle est non de gêner ou de retarder l'exercice du pouvoir législatif mais d'assurer sa conformité à la Constitution et, le cas échéant, lorsqu'une loi n'est pas déclarée dans sa totalité contraire à la Constitution, d'en permettre la promulgation, soit après amputation des dispositions déclarées contraires à la Constitution, soit après substitution à celles-ci de nouvelles dispositions réalisant une mise en conformité avec la Constitution »⁶⁷².

Il est en effet intéressant de relever que la conclusion principale de Michel Troper sur la problématique de la justice constitutionnelle est de dire que « sous la Ve République, la fonction législative est exercée par un organe complexe, dont l'un des organes partiels est l'ensemble formé par le gouvernement et le Parlement (...) et dont l'autre organe partiel est l'ensemble formé par l'une des autorités de saisine du Conseil constitutionnel et par le Conseil constitutionnel lui-même »⁶⁷³, et ce, même s'il estime pourtant que « la loi votée [par le Parlement⁶⁷⁴]... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »⁶⁷⁵. Certes, « la formule signifie bien qu'une loi non conforme à la constitution n'exprime pas la volonté générale. Mais elle signifie aussi que vérifier qu'une loi est conforme à la constitution, c'est vérifier qu'elle exprime la volonté générale »⁶⁷⁶.

Le juge constitutionnel, en vertu d'un vieux principe du droit public français issu de la combinaison entre l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et l'expérience de la Constitution de 1791, accède au rang de « *co*-législateur » ; de *co*-constituant⁶⁷⁷ aussi en vertu de la théorie réaliste de l'interprétation, mais il n'y a pas de différences conceptuelles et de nature entre la loi et la constitution du point de vue de l'expression de la volonté générale.

⁶⁷² CC, n° 85-197 DC, 23/08/1985, *Rec.* 70.

⁶⁷³ M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie » (1990), *op. cit.*, p. 338.

⁶⁷⁴ Cf. art. 34 de la Constitution du 04/10/1958 et CC, n° 76-69 DC, 08/11/1976, *Rec.* 37 : « ... ne peuvent être déférés au Conseil constitutionnel, en application de [l'article 61 de la Constitution], que les textes qui, à la date à laquelle des parlementaires prennent l'initiative de saisir le Conseil, ont le caractère de lois, c'est-à-dire ceux qui, au terme de la procédure législative, ont été définitivement adoptés dans l'ensemble de leurs dispositions par les deux chambres du Parlement ».

⁶⁷⁵ CC, n° 85-197 DC, *préc.*

⁶⁷⁶ M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie », *op. cit.*, p. 342.

⁶⁷⁷ En application des principes développés en vue de détailler le pouvoir d'interprétation du juge constitutionnel par le biais des postulats réalistes, l'auteur dégage une « structure du raisonnement judiciaire qui est fait [pour une cour suprême] non pas d'un, mais de deux syllogismes. Le premier a pour prémisse majeure une norme constitutionnelle, pour mineure la loi en litige et pour conclusion la décision d'annuler ou de valider cette loi. Par cette conclusion, le juge incontestablement fait œuvre de législateur. Mais la norme constitutionnelle qui sert de majeure a été, elle aussi, déterminée par le juge au terme d'une interprétation d'une disposition constitutionnelle. (...) Le juge constitutionnel crée donc plusieurs normes de niveaux différents » (M. TROPER, « Le problème de l'interprétation... », *op. cit.*, p. 147).

2. La thèse du juge constitutionnel, représentant

Dans la thèse du professeur Blachère, publiée sous le titre *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, la théorisation part de l'idée que « si l'on admet que le juge constitutionnel fait respecter la Constitution afin que les représentants élus expriment la volonté générale, cela veut bien dire que le juge représente autre chose que la volonté du législateur. Il impose la volonté du souverain aux représentants afin que la loi votée exprime la volonté générale. Ce qui suppose d'admettre que le juge exprime une volonté différente de celle du législateur »⁶⁷⁸.

Ce souverain est le « peuple français », concept dont « la référence (...) figure d'ailleurs depuis deux siècles dans de nombreux textes constitutionnels » et qui ainsi « a valeur constitutionnelle »⁶⁷⁹ Pour le professeur Blachère, « la haute juridiction indique que le souverain, dont elle énonce la volonté, existe depuis 1789 »⁶⁸⁰ ce qui différencie bien la temporalité constitutionnelle de celle des représentants du peuple qui s'expriment au moment de l'adoption de la loi déférée au Conseil constitutionnel. « Par son acte de *jurisdictio*, la juridiction constitutionnelle permet ainsi de réfléchir le principe de la souveraineté au législateur en mettant en représentation le fait que la souveraineté du "peuple constituant" doit avoir le dernier mot »⁶⁸¹ en sachant que ceci s'applique au juge constitutionnel lui-même puisque sa propre décision peut être dépassée par la mise en marche de la procédure de révision de la Constitution. Le juge constitutionnel n'est pas souverain et il tire sa légitimité et son existence en tant que juge dans ce principe. Il représente les valeurs du peuple français qui ne sont pas figées et qui s'exprime dans une temporalité transcendante.

L'implication de ce type de construction apparaît assez lourde de sens sous l'angle de la théorie de l'Etat de droit démocratique, à l'encontre même de l'interprétation authentique en vigueur dans le système constitutionnel. Il s'agit du *rapport entre la représentation souveraine et l'élection* « dans le cadre des institutions de la République »⁶⁸². A ce propos, le juge constitutionnel a pu ainsi rappeler que « le Parlement européen », dont les membres sont désignés par le biais du suffrage universel direct au sein de chaque Etat-membre de l'Union

⁶⁷⁸ P. BLACHÈRE, op. cit., p. 185.

⁶⁷⁹ CC, n° 91-290 DC, 09/05/1991, Rec. 50.

⁶⁸⁰ P. BLACHÈRE, p. 187.

⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 194.

⁶⁸² cf. CC, n° 76-71 DC, préc., cons. 6.

européenne, « n'est pas l'émanation de la souveraineté nationale »⁶⁸³, au sens des articles 3 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et de la Constitution de 1958.

« L'ordre institutionnel de la République française »⁶⁸⁴ semble imposer l'élection « au suffrage universel », direct ou indirect selon les termes mêmes des dispositions constitutionnelles, comme critère de la représentativité d'un « organe délibérant » et décisionnel, au niveau national bien évidemment, mais aussi au niveau territorial⁶⁸⁵. Concernant l'Assemblée nationale et le Sénat, les causes d'application du critère sont réunies dans la « qualité d'assemblée parlementaire » et par le vote de la loi en vertu du premier alinéa de l'article 24, dans la participation à l'exercice de la souveraineté nationale⁶⁸⁶. Et parce que le Sénat « assure la représentation des collectivités de la République », « il résulte des dispositions précitées de l'article 24 de la Constitution que le Sénat doit, dans la mesure où il assure la représentation des collectivités territoriales de la République, être élu par un corps électoral qui est lui-même l'émanation de ces collectivités ; que, par suite, ce corps électoral doit être essentiellement composé de membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ; que toutes les catégories de collectivités territoriales doivent y être représentées »⁶⁸⁷. « En conséquence, la désignation de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale est susceptible, dans le cadre d'un suffrage indirect à plusieurs degrés, d'avoir un effet sur l'élection des sénateurs »⁶⁸⁸. La compétence des « conseils » délibérants des collectivités territoriales procède d'un principe de libre administration, et non pas de l'exercice de la souveraineté nationale. Il n'en reste pas moins que le rapport « indirect » avec celui-ci, déterminé par « l'élection des sénateurs », impose que l'exigence d'élection qui porte sur la désignation des conseils et assemblées territoriaux, comme l'énonce l'article 72 de notre loi constitutionnelle fondamentale, doive se réaliser « dans le respect de l'article 3 de la Constitution »⁶⁸⁹. Le principe s'impose alors que « l'organe délibérant d'une collectivité territoriale de la République ne peut procéder que d'une élection effectuée au suffrage universel »⁶⁹⁰, afin de revêtir un certain degré de qualité représentative.

Pourtant, « en énonçant les principes constitutionnels du peuple français et en délivrant la sanction constitutionnelle sur les lois votées, le Conseil constitutionnel agit

⁶⁸³ CC, n° 2007-560 DC, 20/12/2007, *Rec.* 459, cons. 20.

⁶⁸⁴ CC, n° 92-308 DC, 09/04/1992, *Rec.* 55, cons. 34.

⁶⁸⁵ CC, n° 85-196 DC, 08/08/1985, *Rec.* 63, cons. 16.

⁶⁸⁶ CC, n° 92-308 DC, préc., cons. 26.

⁶⁸⁷ CC, n° 2000-431 DC, 06/07/2000, *Rec.* 98, cons. 5.

⁶⁸⁸ CC, n° 92-312 DC, 02/09/1992, *Rec.* 76, cons. 22.

⁶⁸⁹ cf. CC, n° 85-196 DC, préc.

⁶⁹⁰ CC, n° 92-308 DC, préc.

comme un "représentant"»⁶⁹¹. Cela signifierait que le juge constitutionnel serait lui-même producteur d'une forme de représentation non électorale dans le droit constitutionnel positif. Cependant, stipulons que la qualité susvisée ne relève pas d'une classe de « représentant ». Il s'agit de considérer la « représentation » comme une catégorie, et de pouvoir imaginer qu'elle pourrait subsumer différents niveaux d'instances représentatives, même conçus sur des fondements distincts. L'artificialisme d'une telle démarche tient à l'artificialisme de la théorie démocratique et de la représentation.

« *La Constitution française est représentative* »⁶⁹². Le vieux principe de notre droit constitutionnel, tiré de la « première constitution française »⁶⁹³, renvoie à l'interrogation fondamentale, que Paul Bastid a pu formuler de la sorte : « la constitution est-elle un produit spontané de la nature, c'est-à-dire en l'espèce de la réalité sociale dans laquelle la part du génie humain, de l'initiative individuelle serait nulle ? Est-elle au contraire une œuvre de l'art, une création volontaire où se reflète l'ingéniosité de l'esprit ? Est-elle en un mot naturelle et artificielle »⁶⁹⁴ ? Dans le texte constitutionnel précité, l'émergence de la représentativité provient de ce que la structure constitutionnelle portant sur les « pouvoirs publics » prévoit que la « Souveraineté (...) appartient à la *Nation* ; aucune section du *peuple*, ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice », un autre article ajoutant que cet exercice ne peut se réaliser « que par délégation ». « Alors se propose la technique juridique de la *fiction* : le représentant ne serait qu'un artifice, reconnu comme tel, en vue de produire un effet de droit. (...) La représentation politique est donc un simple procédé pragmatique, un "comme si", ou une identification artificielle d'intérêts (), le temps d'une mission déterminée »⁶⁹⁵.

Au fond, le problème porte sur ce qui est représentatif et ce qui ne l'est pas, dans la détermination même du concept de démocratie, « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple », en lien avec cette conception représentative du pouvoir, fondée sur la « souveraineté nationale ». Des travaux d'historien paraissent éclairants sur ce point. Ils soulignent que « dès son origine, la définition du régime moderne est marquée par une double indétermination, concernant tant le mode d'incarnation que les conditions de mise en forme du pouvoir démocratique. Dans les deux cas, c'est autour de la question de la représentation, dans ses deux acceptions de *mandat* et de *figuration*, que se nouent les difficultés. C'est en elle que se révèle de la façon la plus tangible l'écart entre le caractère évident et irrésistible

⁶⁹¹ P. BLANCHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, op. cit., p. 175.

⁶⁹² Article 2 du titre III de la Constitution du 3 septembre 1791.

⁶⁹³ cf. F. NAUDIN-PATRIAT (coord.), *1791. La première constitution française*, Economica, 1993.

⁶⁹⁴ P. BASTID, *L'idée de Constitution*, Economica, 1985, p. 10.

⁶⁹⁵ L. JAUME, « Représentation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1338.

des principes démocratiques et l'aspect problématique de leur mise en œuvre. Se manifeste ainsi, au point de départ, une tension entre la définition philosophique de la démocratie et les conditions de son institutionnalisation »⁶⁹⁶.

La « crise » fondationnelle « de la représentation semble révéler l'inadéquation avec les faits, de l'idée d'une existence première, et d'une identité du sujet-support de la souveraineté. Dans ces conditions, comment comprendre cette inadéquation des faits avec le principe démocratique, inadéquation qui traverse le discours politique lui-même ? Faudrait-il en conclure au caractère fictif de ce sujet politique, cependant postulé comme existant empirique ? Plutôt qu'un être, le "peuple" serait-il la fiction nécessaire au système démocratique ? Ou faudrait-il élaborer une autre idée, plus conforme aux faits »⁶⁹⁷ ?

Les notions évoquées ci-avant de « mandat » et de « figuration » renvoient à un modèle complexe de régime démocratique dont il est possible d'écrire qu'il n'a pas inspiré la tradition constitutionnelle française qui s'en est tenue à une approche qualifiée plutôt de « moniste ». Pour le professeur américain Bruce Ackerman, « en son fond, le monisme est très simple. La démocratie exige qu'on reconnaisse la plénitude de l'autorité législative aux vainqueurs des dernières élections générales (...). Cette idée, à son tour, engendre un postulat institutionnel essentiel : pendant la période qui sépare deux élections générales, il existe une présomption de caractère antidémocratique à l'encontre de tous les contrôles institutionnels qui s'exerceraient sur les vainqueurs des élections »⁶⁹⁸.

La culture politique et constitutionnaliste américaine s'est mieux accommodée d'un autre type de fondation. « Que la représentation fût un "exercice" de souveraineté mais non sa captation ou sa monopolisation, tel a été le défi – faut-il dire la gageure ? – rencontré par la Révolution en France, révolution entraînant une controverse sans fin depuis 1789 jusqu'à la Ve République ; le défi a été mieux géré aux Etats-Unis, du fait de la suprématie de la Constitution et son corollaire, le contrôle juridictionnel de constitutionnalité »⁶⁹⁹. L'un des facteurs compréhensifs de cet état juridique semble provenir de la coïncidence entre la fondation de l'Etat et l'instauration d'un régime constitutionnel d'imputation démocratique. « *We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union (...)* do ordain

⁶⁹⁶ P. ROSANVALLON, *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Gallimard, 1998, p. 13.

⁶⁹⁷ L. JAUME, « Peuple et individu dans le débat Hobbes-Rousseau. D'une représentation qui n'est pas celle du peuple à un peuple qui n'est pas représentable », in F. d'ARCY (dir.), *La représentation*, Economica, 1985, p. 43.

⁶⁹⁸ B. ACKERMAN, *Au nom du peuple. Les fondements de la démocratie américaine*, trad. J.-F. SPITZ, Calmann-Lévy, 1998, p. 34.

⁶⁹⁹ L. JAUME, « Représentation », in *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., p. 652.

and *establish* this Constitution for the United States of America ». Le professeur Baranger souligne que « cela fait une grande différence [avec certains pays européens, et notamment la France], parce que alors l'Etat ne reçoit pas le legs des formes antérieures de la souveraineté, et cette table rase, cet absence d'héritage, réduit le décalage entre l'ordre constitutionnel et le principe de légitimité. (...) La Constitution de 1787 rappelle que l'Etat est né de la volonté du peuple, et que c'est de lui qu'il retire sa légitimité. (...) Ainsi la révolution politique et morale a-t-elle produit une conception spécifique de la souveraineté : la suprématie du peuple se retranscrit dans une suprématie de la constitution »⁷⁰⁰.

Le professeur Ackerman a mis en lumière un modèle très américain mais très éclairant de démocratie constitutionnelle « dualiste », « entre deux formes de décisions qui peuvent être prises dans une démocratie. La première est une décision prise par le peuple américain ; la seconde émane du gouvernement de ce même peuple »⁷⁰¹. La distinction revêt une dimension temporelle, attachée aux circonstances décisionnelles. Il y a d'une part des « conditions constitutionnelles particulières » et celles de « tous les jours » ou « ordinaires ». Cette distinction doit être consolidée par l'« architecture institutionnelle », sur le « système de législation suprême », le « processus ordinaire de législation », mais « en troisième lieu se pose le problème de l'architecture des mécanismes de préservation : comment défendre les *jugements réfléchis*, émis par le peuple mobilisé, contre l'érosion illégitime que risquent de leur faire subir les décisions législatives du gouvernement ordinaire »⁷⁰² ?

La dogmatique constitutionnelle ainsi définie repose sur l'intégration du pouvoir juridictionnel en conciliation avec un principe d'imputation démocratique du pouvoir normatif « de haut rang ». Derrière ce pouvoir juridictionnel se dresse bien évidemment la figure de la « Cour suprême ». En d'autres termes, « le dualiste considère que l'exercice d'une fonction de préservation par les tribunaux est partie intégrante d'un *système démocratique bien ordonné* ». Plus encore, « le point clef est que les dualistes ne veulent pas rejeter comme antidémocratiques les sincères efforts de la Cour pour interpréter la Constitution, sous le seul prétexte qu'ils conduisent à l'invalidation de lois ordinaires ; cet effort continu de l'instance judiciaire pour se reporter au passé et pour interpréter le sens de ses réalisations majeures forme une pièce essentielle d'un projet plus ambitieux, consistant à *distinguer la volonté de "Nous le peuple" et les actes de "Nous les politiques"* »⁷⁰³.

⁷⁰⁰ D. BARANGER, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 73 et p. 106.

⁷⁰¹ B. ACKERMAN, *Au nom du peuple. Les fondements de la démocratie américaine*, op. cit., p. 32.

⁷⁰² B. ACKERMAN, *ibid.*, p. 33.

⁷⁰³ B. ACKERMAN, op. cit., p. 37.

Le constitutionnalisme français se fonde désormais sur « l'*obiter dictum* » par lequel le juge constitutionnel a établi que « *la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution* ». Le rapport de la justice constitutionnelle à la « volonté générale » peut se déterminer en lien avec une construction de type dualiste de la légitimité représentative, se formulant en quelque sorte par une distinction entre le *mandat* des représentants de la Nation et la figuration réflexive du « peuple » au sein d'une instance juridictionnelle ; parce que l'interrogation fondamentale *de et pour* le méta – discours démocratique semble être celle-ci : « si la démocratie présuppose qu'il y a un sujet que l'on peut appeler "peuple" et que ce peuple est susceptible d'exprimer sa volonté – [« la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce... »] –, comment, alors, le définir et comment le reconnaître »⁷⁰⁴ ?

Au niveau constitutionnel, le juridisme a cela de commode qu'il permet de conceptualiser le « peuple » et de le rattacher, de la nature même de la norme constitutionnelle, à un « ordre de valeurs » par une intervention *tierce* aux gouvernants et aux gouvernés, car si la chose « ne se laisse pas saisir physiquement », le discours ressent le « besoin de l'inventer pour expliquer la relation mystérieuse que la Constitution entretient avec le temps »⁷⁰⁵. Se met alors en place le jeu de l'interprétation⁷⁰⁶. Au sein de l'Etat de droit démocratique, l'idée de « peuple » se trouve alors non plus seulement constituée, mais instituée afin de lui conférer une cohérence conceptuelle d'ordre historique.

L'admission d'un tel niveau de *représentativité figurative* implique de ne pas « faire l'impasse sur une conception plus substantielle de l'institution, qui se déclinerait aussi en termes de valeurs et de principes – des valeurs et des principes à la fois enracinés dans une mémoire et porteurs d'un projet d'avenir ; (...) contre la conception magique de l'acte constitutionnel, autonome et souverain, se réintroduit l'idée d'une continuité juridique de l'Etat () et des "idées de droit", génératrices d'un droit pré- et trans-constitutionnel »⁷⁰⁷. « Ainsi le concept juridique de "peuple français" a valeur constitutionnelle » en ce qu'« aux termes du premier alinéa du préambule de la Constitution de 1958 "le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et

⁷⁰⁴ P. ROSANVALLON, *Le peuple introuvable*, op. cit., p. 15.

⁷⁰⁵ A. VIALA, « L'esprit des constitutions par-delà les changements », in *La constitution et le temps*, L'Hermès, 2003, pp. 35-36 et p. 36.

⁷⁰⁶ Sur ce point, cf. S. BENETULLIERE, « Le temps et le droit constitutionnel. Un point de vue interdisciplinaire », in F. ROBBE (dir.), *Le temps et le droit constitutionnel*, PUAM, 2010, p. 24.

⁷⁰⁷ F. OST, « L'instantané ou l'institué ? L'institué ou l'instituant ? Le droit a-t-il pour vocation de durer ? », in F. OST, M. VAN HOECKE (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruylant, 1998, pp. 12-13.

complétée par le préambule de la Constitution de 1946" » et que « référence faite au "peuple français" figure d'ailleurs depuis deux siècles dans de nombreux textes constitutionnels »⁷⁰⁸.

Selon le professeur Blachère, « si le "peuple français" exprime sa volonté constituante dans de nombreux textes depuis deux siècles, il faut en déduire que ce peuple ne se résume ni à un "peuple des vivants" ni à un "peuple des morts" »⁷⁰⁹. La réflexivité interprétative du passé sur le présent offre un reflet de solutions pour l'avenir. « L'entité » ou « l'abstraction » ainsi dégagée « comprend non seulement tous les citoyens vivant à une époque donnée, mais aussi tous ceux qui sont morts et ceux qui sont à naître »⁷¹⁰. Là encore, les débats américains autour de « l'idée de la *living constitution* » nous éclairent sur les conditions d'un système démocratique faisant « une place importante aux interprétations produites par les juges dans un processus qui se présente à la fois comme soumis au "droit" et comme orienté vers l'avenir »⁷¹¹. Cette réunion des temps s'avère particulièrement explicite sur la détermination « aux préoccupations contemporaines » des droits et libertés garantis par la Constitution, lorsque la référence formelle renvoie à « 1789 » ou « 1946 ». C'est alors qu'émerge le principe de « sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation »⁷¹² face à l'action législative dans le domaine de la « bioéthique », pour tirer toute la signification de la norme de référence issue du « Préambule de la Constitution de 1946 » en ce qu'il a « réaffirmé et proclamé des droits, libertés et principes constitutionnels en soulignant d'emblée que : "Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le *peuple français* proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés" ».

Cette « trialectique » se retrouve mise en exergue lorsqu'il est constaté que « les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux et par des limitations exigées au nom de l'intérêt général ; que *c'est en fonction de cette évolution que doit s'entendre la réaffirmation* par le préambule de la Constitution de 1958 de la valeur constitutionnelle du droit de propriété »⁷¹³. La réflexion de la volonté du peuple-principe se matérialise dans les moments constitutifs, « par le référendum du 5 mai 1946 » et le rejet

⁷⁰⁸ CC, n° 91-290 DC, 09/05/1991, *Rec.* 50, cons. 12.

⁷⁰⁹ P. BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, op. cit., p. 187.

⁷¹⁰ D. TURPIN, *Droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., PUF, « Quadrige », 2007, p. 222.

⁷¹¹ P. RAYNAUD, « Le judiciaire américain, l'interprétation et le temps », repr. in *Le juge et le philosophe*, Armand Colin, 2009, p. 138.

⁷¹² CC, n° 94-343/344 DC, 27/07/1994, *Rec.* 100, cons. 2.

⁷¹³ CC, n° 89-256 DC, 25/07/1989, *Rec.* 53, cons. 18.

d'un « un projet de Constitution qui faisait précéder les dispositions relatives aux institutions de la République d'une nouvelle Déclaration des droits de l'homme comportant notamment l'énoncé de principes différant de ceux proclamés en 1789 par les articles 2 et 17 précités » alors qu'au contraire, « par les référendums du 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958, le peuple français a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en 1789 »⁷¹⁴.

L'instance représentative de type réflexif et / ou figuratif renvoie donc à une structure complexe, au moins dualiste, du fondement démocratique de l'imputation du pouvoir étatique. En imposant que « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution », le juge constitutionnel développe un principe de « fidélité représentative » et propose, par le développement même de son office, une solution – sorte de technologie constitutionnelle – sur ce qu'il « faut, en effet, une tierce instance, en plus du "vouloir" et de "l'agir", pour obtenir cette réflexivité collective, cette lisibilité de la société pour elle-même, cette figurabilité de sa capacité d'action sur elle-même en lesquelles consiste l'essence ultime du processus démocratique »⁷¹⁵.

⁷¹⁴ CC, n° 81-132 DC, 16/01/1982, *Rec.* 18, cons. 14 et 15.

⁷¹⁵ M. GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Gallimard, 1995, p. 18.

B) Du point de vue de la séparation des pouvoirs

« Ainsi nul part ne voyons-nous les organes législatifs, exécutifs et judiciaires cantonnés dans leur sphère normale d'activité. La séparation des pouvoirs, malgré le culte qui lui est porté, n'est donc bien qu'une illusion ; c'est un mythe ; mais alors quelle est donc la réalité ? »⁷¹⁶.

Il semble qu'il faille revenir aux sources du sens des structures du langage constitutionnel moderne pour tenter d'appréhender ce que recèle la référence au principe de « séparation des pouvoirs » au sein du discours sur l'Etat de droit démocratique. Comme le rappelle une monographie ancienne, « les Assemblées révolutionnaires se firent une conception particulière de la théorie juridique de la séparation des pouvoirs. Cette conception fut un obstacle très sérieux à notre contrôle [de constitutionnalité des lois], car, au nom même de l'organisation des pouvoirs dans l'Etat, les tribunaux furent cantonnés dans la stricte application des lois ordinaires »⁷¹⁷.

L'évocation de ces conceptions lointaines n'est ni absurde, ni outrancière. Encore dans le débat politico-juridique (constitutionnel) contemporain, l'idée de « justice constitutionnelle » se voit opposer l'écueil du « gouvernement des juges ». Un fameux ouvrage d'Edouard Lambert consacra cette notion dans le champ doctrinal français. Au tournant des années 1920, l'expression tend à décrire « l'expérience américaine » qui a vu se développer, au sein du droit constitutionnel des Etats-Unis, fédéral et fédéré, le système du « contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », non plus seulement comme sanction possible des principes de répartition des « compétences » dans l'organisation institutionnelle, mais comme véritable examen « au fond » des actes législatifs, notamment par le biais du concept de « *rule of reasonableness* » des mesures législatives adoptées en particulier dans le domaine social. Sous ce second aspect, cette « seconde forme » de contrôle de constitutionnalité selon les termes mêmes de l'auteur, ledit contrôle « devient à la fois et l'organe d'établissement et l'instrument d'exercice de la suprématie politique du pouvoir judiciaire. Il tend à assurer à la plus conservatrice des trois branches du gouvernement les

⁷¹⁶ P. GAUDEMET, « La séparation des pouvoirs. Mythe et réalité », *D.*, 1961, p. 123.

⁷¹⁷ A. BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Etude critique comparative : Etats-Unis, France*, Roubaud, 1927, p. 254.

moyens de régler, filtrer et endiguer l'activité des deux autres branches coordonnées, mais surtout de la plus remuante et de la plus audacieuse d'entre elles : la législative »⁷¹⁸.

Derrière l'analyse « comparatiste » se révèle l'empreinte d'une « conception française de la séparation des pouvoirs »⁷¹⁹ qui paraît être le fruit d'une déformation. Ainsi, pour le professeur Elisabeth Zoller, « l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 a longtemps donné à penser que les hommes de la Révolution avaient introduit la séparation des pouvoirs dans le droit public français. La réalité est très en-deçà de la fiction. L'article 16 a consacré le mot, mais le droit positif n'a pas véritablement intégré la chose. Réduite à l'essentiel, la théorie de Montesquieu se résume à ceci que le législatif et l'exécutif sont deux puissances égales, deux "vrais" pouvoirs, qui se font équilibre et qui non seulement peuvent, mais doivent pouvoir s'"arrêter" ou s'"empêcher" réciproquement. Cette idée que le pouvoir doit "arrêter" le pouvoir est aux antipodes des idées révolutionnaires »⁷²⁰.

En réalité, l'idée même de « séparation des pouvoirs » heurte la conception du pouvoir souverain de l'Etat, unique et indivisible. Il y aurait plutôt la « séparation du Pouvoir »⁷²¹ en plusieurs « fonctions ». Mais c'est toute l'ambiguïté et la sorte d'imprécision sémantique de ce qu'a développé et systématisé le baron de Montesquieu dans sa description au milieu du XVIIIe siècle de la « constitution d'Angleterre », et qui s'est imprimé par la suite dans l'esprit constitutionnaliste libéral, mais qui a été aussi la source d'interprétations divergentes. Il n'y a qu'à se rappeler que le chapitre 6 du livre XI de *l'Esprit des lois* commence par la considération selon laquelle « il y a dans chaque Etat trois sortes de pouvoirs : la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil. (...) On appellera cette dernière la puissance de juger, et l'autre simplement la puissance exécutrice de l'Etat »⁷²². Il n'est pas étonnant que cette indétermination se retrouve dans l'exposé du corollaire au « principe de la séparation des pouvoirs », « celui qui veut que les trois fonctions fondamentales de l'Etat soient remises à des organes distincts et séparés »⁷²³.

Mais, sans doute du fait de la combinaison du principe de séparation avec celui de l'imputation *démocratique* du pouvoir, l'interprétation de la « séparation » des fonctions s'est

⁷¹⁸ E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, 1921 (rééd. Dalloz, 2005), p. 221.

⁷¹⁹ CC, n° 86-224 DC, 23/01/1987, *Rec.* 8, cons. 15.

⁷²⁰ E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., PUF, 1999, p. 309.

⁷²¹ A partir de : P. JAN, « Les séparations du Pouvoir », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 255.

⁷²² MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois* (1748), éd. Garnier Frères, 1973, t. I, p. 168.

⁷²³ P. GAUDEMET, « La séparation des pouvoirs. Mythe et réalité », *op. cit.*, p. 121.

muée en « hiérarchie » des fonctions. « La spécialisation des organes, loin de garantir leur indépendance mutuelle et d'assurer l'équilibre, conduit à une hiérarchie semblable à la hiérarchie qui existe entre les fonctions »⁷²⁴. L'ontologie du droit constitutionnel français retrouve là son versant rousseauiste, dans la mise en œuvre de l'article 6 de la Déclaration du 26 août 1789 par lequel il est énoncé que « la loi est l'expression de la volonté générale ». « Dans les Assemblées révolutionnaires, le principe de la séparation des pouvoirs fut appliqué dans toute sa rigueur, mais dans un seul sens, pourrait-on dire, chaque fois qu'il s'agissait de protéger le pouvoir législatif contre l'exécutif ou le judiciaire (...). Si bien que, sous l'influence de Rousseau, il y eut bien trois pouvoirs distincts, mais deux furent divisés pour mieux assurer le règne du troisième, le pouvoir législatif »⁷²⁵.

Nous en revenons alors au débat sur les ambivalences de la modernité politique, en ce sens que « même si l'on admet que ce n'est en définitive que sur cette dé-qualification des "pouvoirs" en "fonctions" que les révolutionnaires se sont séparés de Montesquieu, mais que, à tout prendre, ils lui sont restés fidèles en posant le principe que les trois fonctions législatives, exécutives et judiciaires devaient être "séparées", il reste que la séparation des fonctions n'a pas du tout le même sens que la séparation des pouvoirs. Elle ne sert d'ailleurs pas les mêmes finalités. Avec la séparation des fonctions, il n'est plus question de tempérer ou de modérer le pouvoir ; mais simplement d'appliquer la mécanique de la séparation en s'assurant que les fonctions sont attribuées à des organes distincts rigoureusement spécialisés dans leurs tâches et maintenus indépendants l'un vis-à-vis de l'autre »⁷²⁶.

Cette longue citation permet de rappeler les éléments sur lesquels s'est forgée « la doctrine dite traditionnelle ou classique telle qu'elle fut fixée en France dans les facultés de droit à la fin du XIXe [siècle] »⁷²⁷. Cette « doctrine classique du droit public faisait de la séparation des pouvoirs non seulement un principe pratique de bonne politique constitutionnelle, mais aussi un instrument de connaissance de connaissance du droit positif »⁷²⁸, « non seulement » en tant que « principe d'interprétation du droit positif, mais aussi – on serait tenté d'écrire avant tout – une théorie juridique »⁷²⁹.

⁷²⁴ M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1973, p. 15.

⁷²⁵ A. BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Etude critique comparative : Etats-Unis, France*, op. cit., p. 258.

⁷²⁶ E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, op. cit., pp. 312-313.

⁷²⁷ cf. M. LAHMER, « Séparation et balance des pouvoirs », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1407.

⁷²⁸ M. TROPER, « Séparation des pouvoirs », in P. RAYNAUD, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., p. 710.

⁷²⁹ M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, op. cit., p. 11.

L'unité fonctionnelle et l'indépendance supposée des organes permettent normalement d'opérer une classification, au carrefour du droit comparé et de l'histoire constitutionnelle, entre les régimes constitutionnels appliquant de façon presque absolue les principes dégagés pour forger la théorie, et d'autres régimes dont les règles constitutionnelles d'organisation des pouvoirs admettent un certain degré d'« exceptions ou dérogations aux règles de spécialisation ou d'indépendance ». Il s'agit bien là d'une différence de degré mais non de nature, « comme un assouplissement » à une séparation des pouvoirs conçue comme « stricte ou rigide » mais « non comme sa négation »⁷³⁰, ne serait-ce parce que ledit régime marque une irréductible distinction des organes et des fonctions ; « car, évidemment, là où cesse la confusion, la séparation commence »⁷³¹

Du point de vue de l'histoire constitutionnelle, le professeur Michel Troper relevait dans ses travaux de thèse que « les diverses classifications des constitutions françaises, établies par les auteurs qui prennent pour critère le principe de la séparation des pouvoirs, présentent-elles sur un point une similitude frappante : toutes font figurer dans une même classe les Constitutions de 1791 et de l'an III », de même qu'y figure bien souvent la « Constitution de 1848 ». Du point de vue du droit comparé, par la subsumption des critères retenus pour reconnaître la séparation « absolue » des pouvoirs, « il faut ajouter selon de nombreux auteurs la constitution américaine »⁷³².

La remise en cause de ce type d'approche provient non seulement de la lecture même des dispositions constitutionnelles susvisées, c'est-à-dire de leur sens, mais aussi et surtout de leur signification. Comme il est bien souvent souligné, « l'observation des pratiques institutionnelles dément largement cette conception », et il est ajouté que certains « mécanismes institutionnels ne sont compatibles avec la doctrine de la séparation des pouvoirs que si l'on glisse de la notion de distinction à celle de balance ou d'équilibre entre les pouvoirs »⁷³³.

En d'autres termes, c'est la remise en cause d'une conception faussée de l'idée de « séparation des pouvoirs » dont il s'agit, à partir d'ailleurs de la référence à laquelle elle est censée être rattachée et dont elle se réclame. Pour le professeur Troper, « une première conclusion s'impose. *Ni Montesquieu, ni aucune constitution du XVIIIe siècle n'ont entendu*

⁷³⁰ M. LAHMER, « Séparation et balance des pouvoirs », op. cit., p. 1407.

⁷³¹ Voir : C. EISENMANN, « La pensée constitutionnelle de Montesquieu », in *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'Esprit des lois 1748-1948*, Sirey, 1952, spéc. pp. 147-148.

⁷³² M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, op. cit., p. 13 et p. 14.

⁷³³ S. BAUME, B. FONTANA, « La séparation des pouvoirs : sens d'une exigence juridico-politique », in *ID.* (dir.), *Les usages de la séparation des pouvoirs*, Houdiard, 2008, p. 8.

réaliser un système d'organes à la fois spécialisés et indépendants susceptibles de se faire mutuellement contrepoids »⁷³⁴.

Certes, le système de gouvernement modéré du baron de La Brède se fonde sur un principe technique, issu d'une définition et d'une appréhension de type sociologique⁷³⁵ de la « liberté politique », en liaison restreinte avec la modération du pouvoir au sein de l'Etat où la liberté « n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir ». C'est là qu'intervient une anthropologie pessimiste, considérant que « c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites ». Le principe d'organisation constitutionnelle en découle : « pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, *par la disposition des choses*, le pouvoir arrête le pouvoir »⁷³⁶.

Dans le débat doctrinal français qui n'a jamais cessé sur l'énigmatique théorie de Montesquieu, certaines interprétations classiquement admises ont été largement ébranlées par les *re* – lectures du professeur Charles Eisenmann, dans le prolongement d'ailleurs de l'œuvre, sur ce point en tout cas, de Carré de Malberg. Le maître alsacien « avait montré que le principe de la séparation des pouvoirs était absurde, Eisenmann établissait que Montesquieu n'en était pas l'auteur »⁷³⁷, en tout cas pas le principe usuellement employé pour décrire le droit constitutionnel positif. « Le régime constitutionnel décrit dans *l'Esprit des lois* n'est point un régime de séparation des autorités étatiques. La contrariété entre les solutions qui y sont préconisées et les corollaires de cette idée de séparation va même si loin, elle est si flagrante qu'on pourrait s'étonner à première vue que la croyance ait jamais pu s'établir, et davantage encore se maintenir, que cette idée est à la base de la doctrine constitutionnelle de Montesquieu »⁷³⁸, celle précitée du gouvernement modéré, de la nécessité que le pouvoir *arrête* le pouvoir.

« Or, quel moyen veut-on qu'il ait proposé à cet effet ? Réaliser un isolement, un cloisonnement complet de ces divers rouages, chacun dans une sphère à part ; et d'abord confier à chacun une activité distincte à exercer en pleine indépendance. Singulière technique, en vérité, étonnant horloger constitutionnel ! (...) Comment celui qui ne participe pas à une fonction pourrait-il arrêter celui qui l'exerce, dans son exercice »⁷³⁹ ?

⁷³⁴ M. TROPER, « Séparation des pouvoirs », op. cit., p. 710.

⁷³⁵ cf. R. ARON, *Les étapes de la pensée sociologique*, Gallimard, 1967, pp. 26-66.

⁷³⁶ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois* (1748), L. XI, chap. IV, op. cit., t. I, p. 167.

⁷³⁷ M. TROPER, « Charles Eisenmann contre le mythe de la séparation des pouvoirs », *CPP*, n° 2-3, 1985, p. 75.

⁷³⁸ C. EISENMANN, « *L'Esprit des lois* et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Sirey, 1933, repr. *CPP*, n° 2-3, 1985, pp. 12-13.

⁷³⁹ C. EISENMANN, « La pensée constitutionnelle de Montesquieu », op. cit., p. 145.

Ce n'est pas ce que dit Montesquieu dans son ouvrage. Le principe de politique constitutionnelle qu'il livre, à l'aune de la modération du pouvoir, il le formule ainsi, comme condition du « chef-d'œuvre de législation » : « pour former un gouvernement modéré, il faut combiner les puissances, les régler, les tempérer, les faire agir ; donner, pour ainsi dire, un lest à l'une, pour la mettre en état de résister à une autre »⁷⁴⁰. Mais, au-delà de la question de la bonne ou la meilleure politique, la doctrine constitutionnelle, ou théorie du gouvernement modéré et de la liberté politique, qui ressort de *l'Esprit des lois* trouve sa cohérence en l'énoncé d'un principe général dont la règle d'action positive (« il faut... ») constitue le corollaire. L'approche devient alors négative, dans l'optique de ce que ne pourrait pas être, et ce que n'est pas d'ailleurs un « gouvernement modéré », hypothèse désignée sous le terme de « despotisme ». L'éminent philosophe estime que « tout serait perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire les lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers »⁷⁴¹. Cette « règle négative selon laquelle une même autorité ne doit pas cumuler l'exercice de deux fonctions (...) est celle qui est désignée dans le vocabulaire du XVIIIe siècle par l'expression "séparation des pouvoirs" ou "division des pouvoirs" ou encore "distribution des pouvoirs" »⁷⁴².

Ce « retour à Montesquieu » – oserons-nous dire – doit pouvoir signifier que le recours à la « séparation des pouvoirs » dans un discours constitutionnel contemporain sert le renvoi à une *règle négative, relative et contingente*. « Toute répartition des compétences vise au minimum à accroître l'efficacité par la division du travail et à assurer la sécurité juridique (la liberté politique dans le vocabulaire de Montesquieu). Lorsqu'elle désigne la spécialisation des organes, elle est censée en outre garantir la démocratie, puisque chaque norme particulière devra être conforme à la volonté présumée du peuple. Lorsque la séparation des pouvoirs signifie un équilibre des pouvoirs, notamment si le pouvoir législatif n'est pas exercé par les seuls représentants du peuple, mais est partagé entre plusieurs, elle est vue comme une institution libérale. C'est cette polysémie qui permet aux auteurs aussi bien de justifier que de critiquer au nom de la séparation des pouvoirs un très grand nombre d'institutions ou de pratiques constitutionnelles »⁷⁴³.

⁷⁴⁰ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois* (1748), L. V, chap. XIV, op. cit., t. I, p. 71.

⁷⁴¹ MONTESQUIEU, op. cit., L. XI, chap. VI, p. 169.

⁷⁴² M. TROPER, « Charles Eisenmann contre le mythe de la séparation des pouvoirs », op. cit., p. 71.

⁷⁴³ M. TROPER, « Séparation des pouvoirs », op. cit., p. 713.

Comme « tiers-pouvoir » de la fonction juridictionnelle, c'est-à-dire au moins organiquement séparé de l'appareil juridictionnel de droit commun, et à la fonction législative, la juridiction constitutionnelle ne contrevient pas à la règle négative de « non-cumul » ou de « non-concentration » mais plus encore, dans les rapports entre les organes exécutifs et législatifs, son existence appuie l'intention (« l'idée de droit » pour reprendre Georges Burdeau) constituante et son exercice assure l'effectivité de certains principes formels et procéduraux de production normative. Sur le plan matériel, le juge constitutionnel fait respecter la « non-concentration » en ce sens que la volonté législative se voit imposer la réflexivité d'une temporalité spécifiquement constitutionnelle contre les vicissitudes de l'immédiateté, à son échelle, de la politique électorale. Le contrôle de constitutionnalité de la loi se développe dans un schéma dualiste de « contre-pouvoir » mais qui ne saurait, par sa définition même, s'extirper de son caractère identificatoire de « pouvoir ».

A l'aune du caractère relatif et contingent de la règle de « séparation des pouvoirs », il serait possible de dire que l'office de constitutionnalité participe de l'émergence et de la mise en œuvre, dans une organisation constitutionnelle donnée et en vigueur, d'un pouvoir constitutionnel qui caractérise le processus de concrétisation de la norme constitutionnelle. Au regard des caractères de cette normativité, l'opération doit se décomposer entre l'application de la loi constitutionnelle et la garantie de la Constitution. Selon cette perspective, le juge constitutionnel respecte la règle de « non-confusion », en lien avec la compétence de révision constitutionnelle. Quels que soient les degrés d'opposabilité des principes constitutionnels, la fonction juridictionnelle n'a pas le « dernier mot ». Ce serait en quelque sorte une distinction entre dire le droit (*jurisdictio*) et faire le droit. L'opportunité de la révision ne lui appartient pas. En outre, le pouvoir constitutionnel du peuple apparaît comme indivisible et indépassable dans la perception du principe d'imputation du pouvoir dans une société démocratique. Celui-ci peut donc changer de Constitution le cas échéant. La considération de cette hypothèse vient rappeler la « tension fondatrice de l'idée démocratique »⁷⁴⁴ provenant de la réalité du « fait majoritaire » contre la réunion du peuple derrière un idéal d'« unanimité » parce qu'il ne peut y avoir « de démocratie sans formation d'un monde commun, reconnaissance de valeurs partagées qui permettent aux conflits de ne pas monter aux extrêmes de la guerre civile. D'où la nécessité, pour chacune de distinguer les institutions du conflit et celles du consensus ». En dehors de la représentation électorale, la juridiction constitutionnelle ne semble pouvoir trouver sa justification qu'au niveau des moyens du consensus.

⁷⁴⁴ cf. P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique*, op. cit., pp. 26-28.

§ 2 – Le juge constitutionnel, figure du progrès de la technique constitutionnelle

« ... que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous »⁷⁴⁵.

Dans le développement d'une théorie de l'Etat de droit démocratique, l'objet « juge constitutionnel » se situe *au carrefour de principes essentiels et techniques*, en lien avec la nature de la source constitutionnelle. Cette spécificité a nécessité le développement d'un discours dérivé, admettant une conclusion de l'ordre de celle de Paul Bastid sur la « signification actuelle des constitutions », à propos desquelles il arrivait à l'idée qu'« elles fixent dans l'Etat le *statut du pouvoir*, les conditions d'exercice de l'autorité publique ; et par là, même si elles sont vagues ou laconiques, elles expriment la philosophie politique de chaque pays à une certaine période de son histoire. Elles résument par les mécanismes qu'elles créent les principes qui dominent la vie publique, sans avoir besoin de les formuler explicitement. Toute constitution, qu'elle soit coutumière ou écrite, qu'elle soit sommaire ou détaillée, est empreinte par la force des choses d'une certaine idéologie, d'une certaine conception du droit régissant les rapports de la communauté et de ses membres ; et c'est là ce qu'elle présente de véritablement fondamental »⁷⁴⁶.

L'ambivalence soulignée ci-dessus se retrouve dans l'expression « statut du pouvoir dans l'Etat ». Principalement, l'utilisation du terme « statut » n'est pas neutre. L'idée de statut sous-tend fortement celle de droit⁷⁴⁷ ; à partir de là, l'emploi du vocable semble par lui-même sous-tendre une jonction entre la notion d'Etat et celle de droit. L'Etat est une forme d'institution (au sens large) du pouvoir et qui implique un certain nombre de règles applicables à l'exercice de ce dit « pouvoir », sans lesquelles finalement une certaine idée même d'Etat ne peut exister. Cependant, si le « statut » s'impose comme une référence rassurante pour le juriste, il n'en va pas de même du « pouvoir » qui n'apparaît pas comme pouvant être principalement un signifié juridique.

Ce problème d'ordre épistémologique a tenté d'être résolu dans la lignée dogmatique d'un « projet [visant] à unir de nouveau le droit constitutionnel au "politique" et à l'Etat. L'appel à une *Théorie de la Constitution* vise à combler le fossé creusé par le positivisme

⁷⁴⁵ Préambule de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

⁷⁴⁶ P. BASTID, *L'idée de Constitution*, op. cit., p. 184.

⁷⁴⁷ cf. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., PUF, 2007, p. 886 (définissant « statut » comme « un ensemble de règles applicables à une catégorie de personnes... ou d'agents... ou à une institution ; (...) usité pour désigner le Droit applicable »).

juridique entre le droit constitutionnel et la théorie générale de l'Etat»⁷⁴⁸. A l'instar du professeur Olivier Beaud, en matière constitutionnelle, la prescription pour la connaissance « du droit positif » s'oriente vers une donnée factuelle « incontestable : l'existence de constitutions, normes juridiques obligatoires posées et voulues par un auteur appelé le pouvoir constituant. Si le juriste veut décrire le droit positif, il ne peut pas se désintéresser d'un phénomène aussi important que le pouvoir constituant », particulièrement en ce que « celui-ci détermine d'autres notions considérées comme essentielles par la doctrine dominante (pouvoirs constitués, contrôle de constitutionnalité, etc.) ». Or, au sein justement de cette doctrine constitutionnaliste, « Georges Burdeau fait figure d'exception (...) en étant l'un des rares auteurs à fournir une véritable étude, autonome et approfondie, du pouvoir constituant »⁷⁴⁹.

Chez cet auteur, l'appréhension du « statut du pouvoir dans l'Etat » provient d'un cheminement dont l'un des objets initiaux est de « définir l'Etat comme le support abstrait du Pouvoir politique solidaire d'une certaine idée de droit », marquant l'adhésion à un méta-discours politique de type moderne ; « ce que la forme étatique apporte au Pouvoir c'est sa soumission à des règles qui l'empêchent d'être à la discrétion de ceux qui l'exercent »⁷⁵⁰. Au sein d'une théorie politique émerge alors le corollaire dynamique au « statut » par le biais du concept de « système juridique »⁷⁵¹, couvrant deux réalités distinctes : une texture spécifique visée par la notion de « constitution » et une matérialité derrière l'idée de « sanctions au statut ». La construction repose sur une séparation entre la règle de droit et la sanction⁷⁵². La Constitution est un système juridique, « acte déterminateur de l'idée de droit autant que règle d'organisation de l'exercice des fonctions étatiques, reliant là un aspect abstrait de la notion – l'ensemble des dispositions du texte constitutionnel par exemple – et des « apparences tangibles » qui renvoient à la pratique qu'en font les gouvernants, non nécessairement sanctionnée dans les faits. « Constitution » et « sanction » consistent bien en deux objets différents. Toutefois, cela ne veut pas signifier que la « sanction » ne peut pas revêtir le caractère d'une règle de droit concrétisée dans une norme constitutionnelle. Bien au

⁷⁴⁸ O. BEAUD, « Préface. Carl Schmitt ou le juriste engagé », in C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 75.

⁷⁴⁹ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 214 et p. 215.

⁷⁵⁰ G. BURDEAU, *Traité de science politique. Tome IV : Le statut du pouvoir dans l'Etat*, op. cit., p. 7.

⁷⁵¹ G. BURDEAU, op. cit., p. 8.

⁷⁵² *Ibid.*, p. 9, n. 2 : « ... nombreux sont les Etats où la constitution n'est pas appliquée et même ouvertement violée. Ce n'est pas dire cependant qu'elle ne mérite pas d'intérêt (...); [l'intérêt] c'est le fait que les gouvernants ne peuvent ou ne veulent pas remplir leurs fonctions dans les formes qu'elle prévoit ; c'est, plus gravement encore, l'incapacité où se trouve la collectivité de fournir à l'autorité un consensus suffisamment large et ferme pour que la finalité et les modalités d'exercice du Pouvoir puissent s'inscrire dans une norme abstraite et stable »

contraire, elle n'en acquiert que plus de légitimité, eu égard justement à une certaine « idée de droit ». Mais une logique de théorie *générale* de l'Etat impose la distinction, pour faire la place à une part de discours compréhensif, en termes par exemple de processus de développement d'une idée, d'une forme, ou bien d'une institution. Prenons la « justice constitutionnelle », selon la considération suivante : « l'établissement du régime étatique, avec la qualité qu'il implique pour les gouvernants, satisfait théoriquement à l'exigence de la limitation de leur pouvoir. Liés par un statut, ils ne peuvent s'en affranchir sans perdre leur titre juridique à l'exercice de leurs fonctions. Mais, si certaine que soit cette subordination sur le plan des principes, il reste encore à l'assurer en fait. A cette toute fin *toute l'histoire des progrès de la technique constitutionnelle* se ramène à l'invention de mécanismes de plus en plus précis et compliqués destinés à paralyser les velléités d'indépendance dont les gouvernants pourraient faire preuve »⁷⁵³.

Nul doute que le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois fait partie de ces « techniques » évoluées. Par rapport à l'exigence matérielle de « garantie de la Constitution », la solution du juge est-elle la seule envisageable ? Elle est le fruit de la pensée, de l'intronisation de conceptions doctrinales dans le champ constitutionnel à des moments pouvant être historiquement situés. Les contextes d'émergence de cette « ingénierie » constitutionnelle font de la « garantie » une question controversée (A). Plus encore, la dimension doctrinale du discours recourt nécessairement à des arguments de justification et de légitimité, sorte de garanties apportées à la « garantie », de l'instance juridictionnelle en elle-même et par elle-même (B).

⁷⁵³ G. BURDEAU, op. cit., p. 271.

A) La question controversée de la garantie de la Constitution

D'un regard contemporain, la controverse sur la garantie – ou bien encore la « garde » selon les approches – de la Constitution constitue une sorte de mythe de la pensée constitutionnelle ; ce qui n'était qu'un débat de politique constitutionnelle est devenu au fil du temps, des *re*-lectures et des interprétations, une question redoutable de théorie constitutionnelle. Il apparaît que « l'horizon théorique applicable (...) [est] ici spécialement la théorie allemande. On trouve en effet en Allemagne une discussion très élaborée relativement à ce sujet, une discussion qui toutefois semble aujourd'hui terminée ou tout au moins apaisée »⁷⁵⁴ depuis la promotion du paradigme de « l'Etat de droit démocratique » dans l'ordre constitutionnel⁷⁵⁵ de la République fédérale.

En abordant ce problème, l'objet visé est bien évidemment la querelle intellectuelle « ayant opposé, en 1931 sous Weimar, Carl Schmitt et Hans Kelsen à propos de la question de savoir qui, du juge constitutionnel ou du président du Reich, devait garantir la Constitution de Weimar »⁷⁵⁶. L'époque et le contexte politico-institutionnel, comme les protagonistes de la polémique renforcent encore l'ampleur de ce qui n'aurait pu rester qu'un « moment de l'histoire constitutionnelle de Weimar », peut-être même simplement sous l'angle restreint de « l'historiographie doctrinale »⁷⁵⁷.

Ce qu'il reste de cet échange vif « sur la question du *Hüter der Verfassung* » revêt un caractère quelque peu paradoxal. « Chacun en connaît les termes essentiels : alors que pour Kelsen cette tâche ne pouvait être remplie que par un organe juridictionnel, une Cour constitutionnelle, selon Schmitt seul un organe politique, et un organe politique de haut niveau, tel que le Chef de l'Etat, était à même d'assurer une véritable protection de la Constitution. Or, ce débat, par les arguments qui y sont développés, par le prestige même des deux juristes qui y sont impliqués, est considéré, en général, comme le véritable *acte de naissance de la justice constitutionnelle*, au sens actuel du mot »⁷⁵⁸, celui de la *Verfassungsgerichtbarkeit* ou contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois « dont on impute la paternité à Kelsen ».

⁷⁵⁴ C. GUSY, « Juge constitutionnel et "gardien de la Constitution" », in C. GREWE et al., *La notion de « justice constitutionnelle »*, op. cit., p. 161.

⁷⁵⁵ Article 20, § 3 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949.

⁷⁵⁶ O. BEAUD, P. PASQUINO, « Avant-propos », in *La controverse sur « le gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, op. cit., p. 9.

⁷⁵⁷ R. BAUMERT, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, Fond. Varenne, LGDJ diff., 2009, p. 509 et s.

⁷⁵⁸ N. ZANON, « La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle », *AJJC*, 1989, p. 177.

Dans cette optique, il est clair que seul le paradigme kelsénien est passé à la postérité dans le sens des structures conceptuelles liées à la « justice constitutionnelle » ; ce qui fait qu'une large « partie du débat est largement indépendante de la solution retenue par Schmitt, visant à attribuer au Président du Reich la fonction de gardien de la Constitution. Le débat [examiné] concerne strictement les mérites ou les limites du contrôle *juridictionnel* de la constitutionnalité des lois : de ce point de vue, la polémique est une véritable polémique sur la *justice constitutionnelle* »⁷⁵⁹. Il ne faut pas oublier la dimension professorale et scientifique de la controverse susmentionnée. A ce propos, en développant son histoire des idées doctrinales sur le juge constitutionnel « dans les Républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres », Renaud Baumert dit quelque chose de très significatif « pour mieux rendre compte des spécificités de chaque pensée », de la nécessité de varier « les modes d'approches ». Il explique ainsi dans son ouvrage : « la théorie kelsénienne de la justice constitutionnelle fera l'objet d'une analyse plus *analytique*. Cela se justifie par la démarche à la fois très abstraite et très argumentée de Kelsen. Nous chercherons donc surtout à tester la cohérence interne et logique de son propos. Une telle approche n'exclut pas – et même implique – une attention particulière aux arguments politiques de Kelsen, car ils sont essentiels et demeurent assez méconnus en France. Ce n'est donc pas seulement dans la théorie pure du droit mais aussi dans la théorie démocratique de Kelsen que nous chercherons les clefs de ses raisonnements. Enfin, pour Schmitt, nous préfererons une analyse plus *stratégique*. Il nous semble en effet que sa théorie du "gardien de la constitution" n'est que la poursuite par d'autres moyens d'un discours doctrinal qui se conçoit lui-même comme une forme de lutte politique »⁷⁶⁰.

Cette longue considération rappelle un net écart entre l'appréhension du discours kelsénien et celui de l'auteur allemand : en quelque sorte, il y a d'un côté « théorie » et « arguments » tandis que l'autre est composé de « doctrine » et de « lutte », discréditée et répulsive de surcroît sous le sceau de l'Histoire. Les spécialistes de la pensée de Schmitt relèvent que « par-delà l'impossible empathie envers un homme qui s'est gravement compromis politiquement et a apporté sa caution intellectuelle au pire, le lecteur contemporain demeure toutefois sous l'impression d'une pensée par ce qu'elle dénie que par ce qu'elle affirme. (...) Le retour en grâce éditorial dont fait actuellement l'objet la pensée schmittienne conduit à prendre au sérieux, fût-ce pour la réfuter, une œuvre dont la sombre attraction semble provenir de la nostalgie du politique qu'elle exprime »⁷⁶¹.

⁷⁵⁹ N. ZANON, op. cit., p. 189.

⁷⁶⁰ R. BAUMERT, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, op. cit., p. 23.

⁷⁶¹ J. HUMMEL, *Carl Schmitt. L'irréductible réalité du politique*, op. cit., p. 11.

Nous avons pu mesurer tout l'intérêt porté aux nombreux mouvements de l'histoire constitutionnelle française pour appuyer chez l'auteur rhénan la « critique du normativisme kelsénien »⁷⁶², à propos notamment du « véritable fondement du droit, qui est décisionnel, existentiel et "a-normé". D'où l'intérêt de Schmitt pour la situation d'exception, qui révélerait cette vérité dans tout sa nudité »⁷⁶³. Il est clair que la Révolution française lui offre un terrain privilégié de ce qu'il pense être la « réalité » du juridique face au politique

Mais en outre, sur le thème du « gardien de la Constitution », un auteur allemand est venu rappeler que si ledit concept « a été développé par certains juristes allemands pendant la république de Weimar », et pour lequel « le nom de Carl Schmitt désigne le grand *théoricien*, mais pas l'*inventeur* du concept », « la tradition – ou on peut dire aussi : le mythe – historique de la constitution ne prend pas racines en Allemagne, mais à l'étranger et spécialement en France. Dans les toutes premières constitutions (), on rencontre certaines dispositions relatives à la "garantie de la Constitution" »⁷⁶⁴.

Il convient déjà de se rappeler le lien opéré dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 entre « les réclamations des citoyens » et l'idée un peu curieuse de « maintien de la Constitution », comme si la Constituante anticipait sur le caractère éphémère de son œuvre... En tout cas, est promue également dans la Déclaration la notion de « résistance à l'oppression » en vue de « la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme », finalité sociétale rattachée quant à elle directement à la structure constitutionnaliste formulée par les célèbres termes de l'article 16 de la DDHC. La Constitution de l'an I (1793) renouera avec le concept de « résistance à l'oppression », allant même jusqu'à consacrer une sorte de corollaire dans le droit à l'insurrection. L'article 35 de la nouvelle Déclaration des Droits, que « l'acte constitutionnel » de 1793 avait tenté de promouvoir, prévoit « quand le gouvernement viole les droits du peuple » que « l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs ».

Selon une approche différente, l'article 8 du titre VII de la Constitution du 3 septembre 1791 énonce le principe selon lequel ladite Constitution est *déposée* auprès de « la fidélité du Corps législatif, du roi et des juges, à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français ».

⁷⁶² cf. J.-F. KERVEGAN, « La critique schmittienne du normativisme kelsénien », *CPPJ*, n° 27, 1995, p. 57 et s.

⁷⁶³ R. BAUMERT, *op. cit.*, p. 451.

⁷⁶⁴ C. GUSY, « Juge constitutionnel et "gardien de la Constitution" », *op. cit.*, p. 163.

Outre le doute sur la portée normative d'une telle disposition, vérifié à l'épreuve des faits, il semble que « plusieurs idées hétérogènes se trouvaient réunies (...) : ainsi de l'obéissance obligatoire des autorités publiques à la Constitution, de la demande d'une reconnaissance générale du contrat social qui devait former la base politique de la Constitution et encore de l'appel à tous les citoyens pour défendre l'acquis constitutionnel contre les ennemis extérieurs et intérieurs »⁷⁶⁵. Il faut relever que la Constitution du 5 fructidor an III, en son article 377, reproduit le même type de disposition.

D'une façon générale, le professeur François Saint-Bonnet souligne que « la *question de l'organe* constitutionnel qui a la garde de la Constitution et des droits qu'elle proclame est un sujet secondaire au début de la Révolution (au total, on considère que cela est inutile car le peuple lui-même veille) mais une préoccupation capitale dès l'an III. Malgré de beaux débats et quelques pages fécondes, l'idée d'un organe qui serait notamment ou spécialement chargé de la garde de la Constitution ne trouve guère de traduction institutionnelle convaincante avant la Ve République »⁷⁶⁶. Sur le « *Hüter der Verfassung* » de la doctrine allemande, ce regard contemporain ne doit pas faire oublier le caractère finalisé du discours schmittien. « Dans *Théorie de la Constitution*, comme dans *Le Gardien de la Constitution*, Schmitt tente de démontrer que la résolution des contradictions entre normes constitutionnelles ne peut pas relever d'un organe judiciaire, mais seulement d'une compétence politique »⁷⁶⁷, au sens où lui-même les fonde.

A l'encontre de la solution par laquelle « il est souhaitable de résoudre par une procédure juridictionnelle (*justizförmig*) les doutes et les divergences d'opinion sur l'interprétation des lois constitutionnelles », c'est bien sur l'histoire constitutionnelle française, plutôt dans sa tradition autoritaire que dans sa tradition libérale, que Schmitt s'appuie pour convaincre dans le débat weimarien qu'« à la place d'un tribunal avec son apparence de "juridictionnalité", une *instance politique* décide plus honnêtement, comme un "Sénat" à la façon des constitutions napoléoniennes qui prévoyaient un "Sénat conservateur" pour protéger la constitution, par exemple Titre II de la constitution de l'an VIII (1799), art. 15 ss.⁷⁶⁸ ; Titre VIII du sénatus-consulte de l'an XII (1803), art. 57 ss.⁷⁶⁹ ; Titre IV de la

⁷⁶⁵ C. GUSY, op. cit., pp. 163-164.

⁷⁶⁶ F. SAINT-BONNET, « De la longévité de la Ve République. Le nouveau droit constitutionnel et ses gardiens », in D. CHAGNOLLAUD (dir.), *1958-2008. Les 50 ans de la Constitution*, op. cit., p. 138.

⁷⁶⁷ S. BAUME, « Introduction », in H. KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, trad. BAUME, Houdiard, 2006, p. 13.

⁷⁶⁸ cf. part., art. 21, selon lequel le Sénat conservateur « maintient ou annule tous les actes qui lui sont déferés comme inconstitutionnels par... ».

constitution du 14 janvier 1852, art. 29⁷⁷⁰ ; art. 26 du sénatus-consulte du 14 mars 1867⁷⁷¹. On rencontre sinon le danger de voir surgir, au lieu d'une "juridicisation" (*Juridifizierung*) de la politique, une politisation (*Politisierung*) de la justice »⁷⁷².

Un autre aspect de la pensée de Schmitt peut soulever l'intérêt de la doctrine constitutionnelle française. Le professeur Christoph Gusy souligne ainsi qu'une « autre source historique de notre concept [de « gardien »] ne résulte pas du droit positif, mais de la théorie constitutionnelle. C'était une fois de plus Carl Schmitt qui cherchait la base de sa théorie dans la doctrine de Benjamin Constant »⁷⁷³. En effet, en défendant « la thèse selon laquelle le seul gardien possible de la constitution est le chef de l'Exécutif, en l'occurrence le président de la République (de la République de Weimar évidemment). Il entend moderniser la *théorie du "pouvoir neutre"* de Benjamin Constant, mais, en réalité, il la radicalise dans un sens césarien en faisant de la fonction présidentielle le lieu de l'unité politique qui s'oppose à la division politique inhérente au système parlementaire pluraliste »⁷⁷⁴.

Pour le professeur Armel Le Divellec, il semble plutôt que Schmitt ne fait que se rappeler « l'existence de la célèbre théorie » de l'auteur français du XIXe siècle. « A vrai dire, il ne l'expose pas en détail, comme si la seule expression de "pouvoir neutre" comptait pour lui davantage que le fond de la doctrine mobilisée. Très significativement, au contraire, plutôt que de partir des arguments développés par le grand auteur libéral (ou bien de partir du problème de la "garde" d'une constitution qu'il aurait préalablement cerné avec précision), Schmitt argumente en considérant la façon dont on peut justifier le rôle d'un chef de l'Etat dans un Etat fondé sur la distinction des pouvoirs moderne lorsque la logique du gouvernement parlementaire s'est imposée »⁷⁷⁵.

D'un point de vue plus global sur l'œuvre schmittienne, le constat mérite d'être un peu plus nuancé. Il est clair que le recours à Constant s'inscrit dans une stratégie de « lutte

⁷⁶⁹ *Nota.*, art. 70 : « Tout décret rendu par le Corps législatif peut être dénoncé au Sénat par un sénateur, (...) 3° comme n'ayant pas été délibéré dans les formes prescrites par les constitutions de l'Empire, les règlements et les lois ; 4° comme portant atteinte aux prérogatives de la dignité impériale et à celles du Sénat... ».

⁷⁷⁰ « Le Sénat maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés *comme inconstitutionnels* par... ».

⁷⁷¹ « Le Sénat s'oppose à la promulgation : – 1° Des lois qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte à la Constitution, à la religion, à la morale, à la liberté des cultes, à la liberté individuelle, à l'égalité des citoyens devant la loi, à l'inviolabilité de la propriété et au principe de l'immovibilité de la magistrature (...) ».

⁷⁷² C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 257.

⁷⁷³ C. GUSY, « Juge constitutionnel et "gardien de la Constitution" », op. cit., p. 164.

⁷⁷⁴ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., pp. 387-388.

⁷⁷⁵ A. LE DIVELLEC, « Le gardien de la constitution de Carl Schmitt. Eléments sur les paradoxes d'une "théorie" constitutionnelle douteuse », in O. BEAUD, P. PASQUINO (dir.), *La controverse sur « le gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle*, op. cit., pp. 48-49.

conceptuelle »⁷⁷⁶. Le penseur français est identifié au libéralisme politique et comme l'un des théoriciens de la monarchie constitutionnelle « moderne » dont les constructions entrent dans la catégorie des « justifications rationalistes et empiriques de la monarchie [qui] se caractérisent par leur intégration du monarque au système libéral de la distinction des pouvoirs : elles font de la monarchie une simple forme gouvernementale (*Regierungsform*) et du monarque un chef de l'exécutif plus ou moins influent ». Au-delà des modalités d'agencement institutionnel propre à chaque pays, le principe de politique constitutionnelle consiste en ce que « la place du monarque est alors fondée surtout sur le fait qu'il se tient *au-dessus des partis*. (...) Dans l'organisation des différents "pouvoirs", face au législatif et à l'exécutif, le roi en tire une position spéciale. Il devient un *pouvoir neutre*, un *invisible modérateur* qui égalise, tempère et modère toutes les oppositions et frictions entre les diverses fonctions et activités de l'Etat. Cette construction théorique est typique du libéralisme d'Etat de droit de la monarchie parlementaire. *Elle est due à Benjamin Constant* »⁷⁷⁷ qui, dans des écrits de jeunesse, avant de subsumer son « autorité neutre » en des catégories monarchiques, indiquait que « le pouvoir préservateur est, pour ainsi dire, *le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs* »⁷⁷⁸. Nous y reviendrons.

Mais, à ce niveau, ce qu'il faut souligner selon le professeur Gusy, quel que soit le détournement de la théorie de Constant par Carl Schmitt, c'est le constat « une fois encore que si le gardien de la Constitution était désormais le monarque ou le président, on ne l'imaginait pas dans une Cour constitutionnelle. Ici encore les deux traditions, celle du gardien et celle de la Cour constitutionnelle, semblent être différentes »⁷⁷⁹, certains auteurs n'hésitant pas à employer l'image du « dialogue de sourds » dans l'affrontement des conceptions sur ce problème de théorie constitutionnelle. Carl Schmitt et Hans Kelsen « ne parlaient pas en fin de compte de la même chose. Ils se disputaient sur le "gardien de la Constitution" et la "justice constitutionnelle", mais ils n'avaient pas du tout la même perception de ce qu'est une Constitution, ou encore de ce qu'est ou représente l'idée d'une garantie de la Constitution »⁷⁸⁰. Il se dégage une chose qui relève d'un caractère irrémédiable sur le plan logique : l'impossibilité « de prendre position sur le gardien sans opter pour l'une ou l'autre définition de la Constitution et du droit constitutionnel, étant entendu que les deux sont

⁷⁷⁶ R. BAUMERT, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, op. cit., p. 452.

⁷⁷⁷ cf. C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 431 et p. 432.

⁷⁷⁸ B. CONSTANT, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, publ. H. GRANGE, Aubier, 1991, p. 390.

⁷⁷⁹ C. GUSY, « Juge constitutionnel et "gardien de la Constitution" », op. cit., p. 164.

⁷⁸⁰ O. BEAUD, « Kelsen contre Schmitt : un dialogue de sourds ? Conclusion », in *La controverse sur « le gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle*, op. cit., p. 197.

radicalement incompatibles »⁷⁸¹, du point de vue du méta-discours juridique et politique, même chez Hans Kelsen. En effet, bien que l'essai du maître autrichien sur le devoir-être (« *wer soll...* ») du « *Hüter der Verfassung* » s'achève par une opposition entre « science et politique » et que, selon Pasquale Pasquino, « on a l'impression que beaucoup plus que la défense de la constitution, ce qui lui importe est la défense de la science du droit »⁷⁸², ledit ouvrage débute tout de même sur l'idée que « *l'exigence politico-juridique de garanties de la Constitution, c'est-à-dire d'institutions par lesquelles est contrôlée la constitutionnalité des actes de certains organes de l'Etat immédiatement constitutionnels, tel le Parlement ou le Gouvernement, correspond à un principe spécifique à l'Etat de droit, celui de la plus grande conformité possible de la fonction publique au droit* »⁷⁸³.

Sous l'angle plutôt d'une théorie générale de l'Etat, soit d'un *meta* méta-discours de type juridique, visons la notion de « garantie » comme « un *complexe* de normes », dont le contenu s'impose alors comme nécessairement *relatif et contingent*. Certains auteurs peuvent établir que « dans cette perspective, la Ve République dispose de deux gardiens, l'un de facture assez schmittienne en la personne du président de la République doté des articles 5 et 16, l'autre de facture plus kelsénienne avec le Conseil constitutionnel, juge notamment de la constitutionnalité des lois »⁷⁸⁴. Dans une perspective systémique, il peut être possible de dire, comme le professeur Olivier Beaud, que « loin d'être antinomiques, [les] deux thèses () paraissent complémentaires puisqu'elles ne traitent pas du même objet »⁷⁸⁵. La « garantie de la Constitution » recouvre deux modalités, aux propriétés et aux implications différentes. Mais la question du pouvoir en lui-même reste pleinement ouverte. Indéniablement, le « problème de technique juridique est lié en réalité à un autre problème essentiel relatif à la légitimité du contrôle »⁷⁸⁶. Le principe de légitimité réflexive que nous avons essayé de dégager tantôt ne porte pas seulement sur ce que le pouvoir en question reflète mais doit avoir trait au reflet lui-même. En ce sens, « les juges constitutionnels (...) doivent chercher leur légitimité dans leur œuvre même, dans le consensus que leurs décisions sont capables de susciter, dans les enseignements que les motivations et les raisonnements suivis dans un arrêt sage et apprécié peuvent nous donner »⁷⁸⁷.

⁷⁸¹ F. SAINT-BONNET, « De la longévité de la Ve République. Le nouveau droit constitutionnel et ses gardiens », op. cit., p. 139.

⁷⁸² P. PASQUINO, « Gardien de la Constitution ou justice constitutionnelle ? Carl Schmitt et Hans Kelsen », in M. TROPER, L. JAUME (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Bruylant – LGDJ, 1994, p. 146.

⁷⁸³ H. KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, trad. BAUME, op. cit., pp. 63-64.

⁷⁸⁴ F. SAINT-BONNET, op. cit., p. 139.

⁷⁸⁵ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 391.

⁷⁸⁶ O. BEAUD, *ibid.*, p. 390.

⁷⁸⁷ N. ZANON, « La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt... », op. cit., p. 189.

B) L'adéquation du moyen juridictionnel à la garantie

L'analyse se propose de partir de deux séries d'observations éparses, mais dont l'ordre de présentation n'est pas fortuit, eu égard au problème global d'un système de garanties de la Constitution tel que la structure institutionnelle de la Ve République le laisse entendre.

En premier lieu, il est un constat de droit constitutionnel positif qui relève que les « deux gardiens ne se rencontrent pratiquement jamais : la seule hypothèse dans laquelle ils peuvent être amenés à se prononcer sur le même sujet est l'avis obligatoire et public relatif à la réunion des conditions mentionnées au premier alinéa de l'article 16 [de la Constitution], savoir les circonstances de trouble »⁷⁸⁸. Rappelons que « lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier Ministre, des Présidents des assemblées ainsi que du Conseil Constitutionnel ». L'exigence de consultation de la juridiction constitutionnelle a été renforcée par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République. Désormais, en vertu d'un sixième alinéa ajouté à l'article 16, « après trente jours d'exercice des *pouvoirs exceptionnels*, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies ». Le rendu d'un « avis public » sur la mise en œuvre des « pouvoirs exceptionnels » devient « de plein droit » passé un délai de « soixante jours », et peut intervenir « à tout moment au-delà de cette durée ».

En second lieu, il est un résultat théorique de la « garantie juridictionnelle de la Constitution » modélisée par Hans Kelsen comme « élément du système des mesures techniques qui ont pour but d'assurer *l'exercice régulier* des fonctions étatiques »⁷⁸⁹, entraînant une perspective au sein de laquelle « la justice constitutionnelle est appelée à jouer un rôle, pour ainsi dire, de *routine*, non de défense vis-à-vis de la menace contre l'existence même de l'unité constitutionnelle en tant que situation de fait, mais plutôt de contrôle sur la

⁷⁸⁸ F. SAINT-BONNET, « De la longévité de la Ve République. Le nouveau droit constitutionnel et ses gardiens », op. cit., pp. 139-140.

⁷⁸⁹ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle), *RDJ*, 1928, p. 198.

constitutionnalité ou irrégularité constitutionnelle (*Erfassungsmässigkeit*) des actes par lesquels se développe au jour le jour la vie constitutionnelle »⁷⁹⁰.

La distinction entre le régulier et l'exceptionnel sous-tend que s'il y a « synthèse de ces deux conceptions du gardien de la constitution », il n'en reste pas moins que le système fait le choix d'un principe devant primer « en temps normal ». L'argument employé apparaît comme étant celui de l'*efficacité normative*. « Certes, même une Constitution qui ne prévoit pas de tribunal constitutionnel ou d'institution analogue pour l'annulation des actes inconstitutionnels n'est pas totalement dépourvue de sens juridique. Sa violation peut avoir une certaine sanction, lors du moins qu'existe l'institution de la responsabilité ministérielle, sanction dirigée contre certains organes associés à la confection des actes inconstitutionnels, à supposer qu'ils soient coupables »⁷⁹¹. Le niveau de critères liés à l'*efficacité* rejoint une idée de *progrès* de « *technique juridique* ». Comme le note le professeur Beaud, « c'est à ce moment-là du raisonnement que se pose le "problème juridico-technique" des modes de contrôle de constitutionnalité. Les garanties constitutionnelles peuvent être diverses : ce contrôle peut être aussi bien préventif que répressif, ou encore porter sur des hommes (responsabilité politico-pénale des gouvernants) ou sur des actes (annulation ou non-application des actes inconstitutionnels). D'une manière générale, le progrès juridique consiste à passer de la responsabilité et personnelle des gouvernants au contrôle objectif des actes étatiques »⁷⁹².

Et c'est là que « Kelsen explique que seule une juridiction neutre et tierce au sein des pouvoirs constitués peut véritablement protéger la Constitution »⁷⁹³, en développant une sorte d'exigence d'impartialité. Les principes théoriques, techniques et de politique juridique se rejoignent ici dans un horizon indépassable : « lorsque, de manière générale, une institution doit être créée pour contrôler la constitutionnalité de certains actes étatiques immédiatement constitutionnels, plus particulièrement ceux du Parlement et du Gouvernement, ce contrôle ne doit pas être confié à un des organes dont les actes doivent être examinés. *La fonction politique de la Constitution est de contenir l'exercice du pouvoir dans des limites juridiques*. La garantie de la Constitution suppose que les limites juridiques ne soient pas outrepassées. Si une chose n'est pas à mettre en doute, c'est qu'à une telle fonction aucune autre instance n'est

⁷⁹⁰ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, 2^{ème} éd., Il Mulino, 1988, p. 32, trad. et cit. P. PASQUINO, « Gardien de la Constitution ou justice constitutionnelle ? Carl Schmitt et Hans Kelsen », op. cit., p. 148.

⁷⁹¹ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », op. cit., p. 251.

⁷⁹² O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 389.

⁷⁹³ P. BLACHER, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, op. cit., p. 217.

moins appropriée que celle à laquelle la Constitution confère justement l'exercice du pouvoir – que ce soit en tout ou partie –, et qui a donc les moyens juridiques à portée de main, et peut prendre l'initiative politique de violer la Constitution. Car tout le monde s'accorde sur ce principe de technique juridique : *personne ne peut être juge de ses propres affaires* »⁷⁹⁴.

Ce souci d'impartialité rejoint des préoccupations d'ordre phénoménologique quant à la représentation du droit dans un système de pouvoir démocratique, comme le lieu « où l'Etat peut intervenir en guise de Tiers impartial et désintéressé »⁷⁹⁵ et partant de cette perception de « réalité humaine », « c'est surtout en tant que Juge qu'il est censé être vraiment "tiers", c'est-à-dire "impartial et désintéressé" »⁷⁹⁶. La graduation du système remonte jusqu'au droit constitutionnel. Cette neutralité s'exprime bien évidemment dans cette conception revendiquée comme scientifique, de ramener le rapport juridique, envisagé même sur des problèmes substantiels, à la production normative. « On doit reconnaître que la Constitution règle en somme la procédure de la législation, de la même manière exactement que les lois la procédure des tribunaux et des autorités administratives ; que la législation est subordonnée à la Constitution, absolument comme la justice et l'administration le sont à la législation, et que, par suite, le postulat de la constitutionnalité des lois est, théoriquement comme techniquement, absolument identique au postulat de la légalité de la juridiction et de l'administration »⁷⁹⁷. Dans le schéma kelsénien, il se révèle un conflit intellectuel difficilement dépassable. Si le métadiscours juridique peut apparaître neutre, la conception et le développement des moyens le sont de façon malaisée, parce que ceux-ci ne peuvent généralement se comprendre qu'en relation à des fins. « La justice constitutionnelle kelsénienne n'est pas uniquement une "mesure technique" destinée à améliorer la régularité du droit. Elle est aussi légitimée par des arguments proprement politiques dont Kelsen ne fait d'ailleurs pas mystère – au risque d'affaiblir son propos »⁷⁹⁸.

Le raisonnement s'appuie sur des éléments de « réalité », liés à des contextes de pensée, parce que le fondement théorique du discours ne doit pas confiner, selon le propre terme du juriste autrichien, à la « naïveté politique » par rapport à la tendance, dans un système constitutionnel donné, de « l'organe législatif » à se considérer « comme un créateur libre du droit et non comme un organe d'application du droit, lié par la Constitution, alors qu'il l'est théoriquement, bien que dans une mesure relativement restreinte. Ce n'est donc pas

⁷⁹⁴ H. KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, trad. BAUME, op. cit., pp. 64-65.

⁷⁹⁵ Repr. A. KOJEVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981, p. 398.

⁷⁹⁶ cf. A. KOJEVE, op. cit., p. 192.

⁷⁹⁷ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », op. cit., pp. 223-224.

⁷⁹⁸ R. BAUMERT, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, op. cit., p. 366.

sur le Parlement lui-même que l'on peut compter pour réaliser sa subordination à la Constitution. C'est un organe différent de lui, indépendant de lui et par conséquent aussi de toute autorité étatique qu'il faut charger de l'annulation ses actes inconstitutionnels – *c'est-à-dire une juridiction ou tribunal constitutionnel* »⁷⁹⁹.

La justice constitutionnelle est au basculement de l'épistémologie juridique vers la théorie politique, et, par l'image de la représentation parlementaire supposée souveraine, « Kelsen analyse le problème de la démocratie à l'intérieur de ce qu'il appelle la théorie "dynamique" du droit, c'est-à-dire la problématique concernant les méthodes de création de l'ordre juridique »⁸⁰⁰ dont la fondation politique marque indéniablement une « préférence » pour la démocratie⁸⁰¹. Mais, le philosophe allemand Lars Vinx, dans une monographie en langue anglaise, rappelle la chose suivante : « Positive law, in Kelsen's view, is at bottom an instrument for the peaceful and legitimate arbitration of social conflicts in a pluralist society. But positive law cannot play this role if its authority is perceived to be dependent upon external moral or political source of value »⁸⁰².

Selon le professeur Luc Heuschling, s'il ne faut guère s'étonner « que la conciliation entre la théorie politique et la théorie juridique de Kelsen soit quelque peu problématique », le « relativisme des valeurs », censé assurer la valeur scientifique de la coexistence des deux démarches, « débouche curieusement sur l'affirmation d'une préférence pour les idées de la démocratie et de la tolérance au détriment de toute dictature totalitaire »⁸⁰³. Le fait même que les deux démarches coexistent dans le « panthéisme juridique » du maître autrichien, apparaît finalement illustratif d'un « type de droit impliqué par la conception moderne de la démocratie »⁸⁰⁴, et dont le « dilemme » qu'il semble susciter, jusque dans les confins de la pensée juspositiviste censée être hermétique au cognitivisme éthique, provient de l'horizon unanimiste d'une pensée post-moderniste⁸⁰⁵ fixée, selon les points de vue épistémologiques, par les syntagme assimilatoires d'« Etat de droit démocratique » ou de « démocratie libérale » entre le développement des idées modernes autour de l'Etat et de la démocratie.

⁷⁹⁹ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », op. cit., p. 223.

⁸⁰⁰ C.-M. HERRERA, *Théorie politique et juridique chez Hans Kelsen*, Kimé, 1997, p. 118.

⁸⁰¹ O. JOUANJAN, « Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen », in ID. (coord.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, PUF, 2010, p. 37.

⁸⁰² L. VINX, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law. Legality and Legitimacy*, Oxford University Press, 2007, p. 23.

⁸⁰³ L. HEUSCHLING, *Etat de droit. Rechtsstaat. Rule of Law*, op. cit., p. 596.

⁸⁰⁴ cf. J. HABERMAS, « Le paradoxe de l'Etat de droit démocratique », op. cit., p. 76.

⁸⁰⁵ cf. J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 2003, p. 139 : « L'Etat est en effet, on l'a vu, une forme singulière d'organisation politique, apparue avec l'entrée des sociétés occidentales dans l'âge de la modernité : sa construction a pris appui sur un nouvel imaginaire politique qui est lui-même indissociable d'une inflexion des représentations collectives concernant le monde et la société ; reflet de la modernité, l'Etat est devenu l'enveloppe de la relation politique (...); aussi le changement de la configuration étatique doit-elle être considéré comme le révélateur d'une réévaluation plus en profondeur de la logique démocratique ».

L'hypothèse d'un « modèle juridique qui accompagne le projet fondateur de nos démocraties modernes »⁸⁰⁶ permet de lever certaines apories. « Le droit moderne est, en effet, un droit positif, contraignant et individualiste. Ses normes sont produites par un législateur, sanctionnées par l'Etat et ont pour fonction de garantir des libertés subjectives. Selon la conception libérale, l'autodétermination démocratique des citoyens ne peut se réaliser qu'au moyen de ce droit, garantie structurelle de la liberté, si bien que l'idée d'un "règne de la loi" (*rule of law*) qui, historiquement, s'est traduite par l'idée des droits de l'homme, apparaît, à côté de – et avec – la souveraineté populaire, comme une seconde source de légitimation »⁸⁰⁷.

Il faut bien mesurer que le développement d'un tel rapport est le fruit synthétique d'une tension entre la pensée libérale et la pensée démocratique, « à partir de cette source commune qu'est la doctrine du contrat social »⁸⁰⁸ comme paradigme au caractère moderne du débat ontologique sur la possibilité « de faire le lien entre les deux questions (...) de la constitution du peuple et celle de l'incapacité de la loi de nature à fonder par elle-même une société civile »⁸⁰⁹. En termes de philosophie politique, le débat devient donc idéologique et renvoie à la séparation de deux « camps ». Sur un plan phénoménologique, ce « débat théorique » se répercute dans l'indépendance des concepts, « ce qui permet d'envisager tout à la fois un régime libéral qui ne serait pas démocratique et un régime démocratique qui ne serait pas libéral »⁸¹⁰, ce qui n'exclut tout de même pas qu'ils puissent être compatibles⁸¹¹.

L'admission de la synthèse post-moderniste impose le dépassement de ce relativisme des valeurs, par la médiation donc d'un projet juridique nécessairement substantialisé afin d'être en mesure de conclure qu'« il n'est de démocratie que la démocratie libérale : il est impossible de concevoir le bon fonctionnement des élections et du débat démocratique sans le respect préalable des droits de l'homme »⁸¹². Selon le professeur Heuschling, « cette incursion des valeurs dans le droit positif est () inévitable »⁸¹³. C'est un retour à l'essence même du constitutionnalisme, en référence à l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 selon lequel, rappelons-le, « toute société dans laquelle la garantie n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Quoi de mieux alors que la liberté politique comme garantie première et ultime de la liberté individuelle et de consacrer la démocratie comme un droit ?

⁸⁰⁶ J. LENOBLE, A. BERTEN, *Dire la norme. Droit, politique et énonciation*, Bruylant – LGDJ, 1996, p. 4.

⁸⁰⁷ J. HABERMAS, « Le paradoxe de l'Etat de droit démocratique », op. cit., p. 76.

⁸⁰⁸ cf. L. HEUSCHLING, *Etat de droit. Rechtsstaat. Rule of Law*, op. cit., p. 575 et pp. 573-578.

⁸⁰⁹ J.-F. SPITZ, « Le contrat social », *Droits*, n° 12, 1990, p. 33.

⁸¹⁰ L. HEUSCHLING, *Etat de droit. Rechtsstaat. Rule of Law*, op. cit., p. 579.

⁸¹¹ Pour un modèle typologique de ces rapports : N. BOBBIO, *Libéralisme et démocratie*, Cerf, 1996, p. 64.

⁸¹² L. HEUSCHLING, *Etat de droit. Rechtsstaat. Rule of Law*, op. cit., p. 663.

⁸¹³ *Ibid.*, p. 580.

Le prix à payer pour le discours juridique acceptant le fondement finaliste de « l'association politique »⁸¹⁴ est d'ordre doctrinal voire dogmatique. Le rapport admis entre la démocratie et l'Etat de droit se situe au niveau de « l'interdépendance » jusqu'à la « consubstantialité ». Suivant ce postulat, « le juriste se fait nécessairement, quoique parfois à son insu, l'instrument d'une certaine vision de la démocratie »⁸¹⁵. En d'autres termes, la référence démocratique devient en quelque sorte une contrainte argumentative. « La définition du régime juridique des droits de l'homme, et surtout de ses zones d'ombre, ne peut relever, dans un régime qui se veut démocratique, que d'une instance légitimée par les citoyens »⁸¹⁶.

Sur la proposition d'une voie juridictionnelle, le métalangage théorique s'avère devoir être à la recherche de modes de légitimation. Celui qui sera retenu ici revêt un caractère négatif, répondant à une hypothèse de type « *le contrôle de constitutionnalité n'est pas indispensable à la démocratie, mais ne la détruit pas* »⁸¹⁷, à l'image d'une réponse libérale sur ce que « la démocratie n'est qu'un "moyen", qu'un instrument – certes le plus efficace ou, en tout cas, le moins mauvais – pour atteindre la fin ultime qu'est la liberté individuelle »⁸¹⁸.

En tout état de cause, le moyen juridictionnel comme « garantie institutionnelle » des principes de l'Etat de droit s'accommode du paradigme procédural inhérent à la définition du régime démocratique où « l'autonomie politique des citoyens prend corps prend corps dans l'organisation autonome d'une communauté qui se donne librement ses propres lois »⁸¹⁹. La justice constitutionnelle figure en outre un renouvellement, peut-être même une régénération, d'un autre paradigme démocratique, celui de la délibération, c'est-à-dire ce « processus de formation de la volonté, ce moment qui précède le choix et dans lequel l'individu s'interroge sur différentes solutions, avant de se déterminer pour l'une d'entre elles »⁸²⁰. L'objet de la construction réside bien dans le principe de légitimité formulé par le professeur Dominique Rousseau selon lequel « le contrôle de la constitutionnalité des lois est légitime parce qu'il produit une définition de la démocratie qui le légitime »⁸²¹. En somme, le juge constitutionnel est légitime de ce qu'il est capable de réfléchir⁸²² : un office juridictionnel de respect du droit, une éthique fonctionnelle de la décision motivée.

⁸¹⁴ cf. article 2 de la Déclaration de 1789 (*nota.* également dans le préambule).

⁸¹⁵ L. HEUSCHLING, *Etat de droit. Rechtsstaat. Rule of Law*, op. cit., p. 580.

⁸¹⁶ L. HEUSCHLING, *ibid.*, p. 663.

⁸¹⁷ cf. M. TROPER, « Démocratie continue et justice constitutionnelle », in D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, op. cit., p. 127 (en italique dans le texte).

⁸¹⁸ L. HEUSCHLING, op. cit., p. 599.

⁸¹⁹ J. HABERMAS, « Le paradoxe de l'Etat de droit démocratique », op. cit., p. 77.

⁸²⁰ cf. B. MANIN, « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », *Le débat*, n° 33, 1985, p. 78.

⁸²¹ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 557.

⁸²² cf. P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique*, op. cit., spéc. pp. 219-234.

Titre II – Caractère juridictionnel de la décision : une décision nécessairement motivée

Le postulat « non méthodologique » retenu en préambule de ces travaux qui s'est apparenté à une approche fonctionnelle aboutit pourtant *in fine* à des considérations d'ordre méthodologique ou, en d'autres termes, à la description d'éléments méthodologiques eu égard à l'exercice réel de la fonction considérée, celle de juge constitutionnel. De façon stipulative, nous retiendrons ici que l'objet du discours ne concerne « non pas la manière dont le droit fonctionnerait, s'il fonctionnait de manière idéale, mais celle dont il fonctionne réellement »⁸²³, soit dans un matériau jurisprudentiel empiriquement existant.

Il convient alors de rappeler que l'office juridictionnel s'exerce dans un cadre décisionnel et consiste donc, sur le plan juridique, en la production d'un acte identifié par le système juridique. L'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel prévoit en effet comme principe de « fonctionnement du Conseil constitutionnel » que celui-ci rend des « décisions » et concernant l'ensemble de ses compétences en contentieux normatif, en particulier pour ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité des lois⁸²⁴, l'ordonnance organique impose une obligation de motivation, sans autre précision quant à la forme de l'acte juridictionnel.

Plus encore, parce que le débat théorique sur l'interprétation apparaît fondamental concernant le juge constitutionnel, parce que nous avons essayé de mesurer que la portée de ce pouvoir touche, dans une perspective de théorie générale de l'Etat, « quelques uns des problèmes les plus communs, mais aussi des plus fondamentaux du droit constitutionnel : la répartition des compétences entre le constituant, le législateur et le juge constitutionnel, le pouvoir discrétionnaire et la légitimité du juge constitutionnel, la jurisprudence comme source du droit et la définition de la démocratie »⁸²⁵ compatible avec la possibilité pour un juge de sanctionner le travail des représentants de la Nation, la réflexion sur l'acte de jugement doit

⁸²³ M. TROPER, F. HAMON, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 60.

⁸²⁴ Article 20 de l'Ordonnance pour les « déclarations de conformité à la Constitution » correspondant aux saisines « conformément aux articles 54 ou 61 () de la Constitution » ; article 23-11 pour une « question prioritaire de constitutionnalité » (article 61-1 de la Constitution ; loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009).

⁸²⁵ M.-C. PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica – PUAM, coll. « Droit public positif », 1994, p. 24.

être menée selon « *la proposition suivante : une décision [de constitutionnalité]⁸²⁶ est acceptable si elle est motivée* »⁸²⁷. Il faudrait même insister sur cette proposition en l'insérant dans un rapport conditionnel strict, liant de façon presque consubstantielle le concept de motivation à l'idée d'acceptabilité de la décision. Reste qu'à ce stade, il apparaît nécessaire de s'entendre sur le sens de ce que pourrait être une « décision motivée ».

Comme le rappelait le conseiller d'Etat Tony Sauvel dans une monographie célèbre, « motiver une décision, c'est en exprimer les raisons. C'est par là même obliger celui qui la prend à en avoir. C'est éloigner tout arbitraire » et dans la pratique juridictionnelle française, « le jugement motivé remplace l'affirmation par un raisonnement et le simple exercice de l'autorité par un exercice de persuasion »⁸²⁸.

Considérons alors une définition courante de la motivation, comme « l'ensemble des motifs [au sens de *mobile*] d'un jugement »⁸²⁹. Par rapport aux considérations précédemment développées, il paraîtrait possible d'avancer que l'acceptabilité d'une décision juridictionnelle par ceux auxquels elle s'adresse viendrait de ce qu'ils auraient accès aux mobiles (terme synonyme de causes, raisons ou fins) du jugement au travers de la motivation de l'acte matériel parachevant normalement le travail juridictionnel. En quelque sorte, il faudrait pouvoir « remonter des motifs immédiats (...) aux motifs de ces motifs »⁸³⁰.

Il en ressort un niveau de contraintes dans l'exercice de la fonction, lié au caractère suffisamment explicite⁸³¹ de la motivation des décisions de constitutionnalité. En d'autres termes, « les motifs bien rédigés doivent nous faire connaître avec fidélité toutes les opérations de l'esprit qui ont conduit le juge au dispositif adopté par lui »⁸³². La décision ne peut être acceptable que si elle est comprise. En analysant sous l'angle d'une « lecture des arrêts », certains auteurs soulignent en effet que l'accès à « la compréhension technique d'une décision [repose] sur deux types d'éléments : les uns concernent la forme de l'arrêt, sa structure, les mentions qui y figurent, les autres sont relatifs [à la réalité du] contrôle exercé par la juridiction sur les moyens invoqués »⁸³³ à l'instance.

⁸²⁶ cf. L. FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, n° 2, 1986, p. 611 et s.

⁸²⁷ M.-C. PONTHEAUX, *op. cit.*, p. 26.

⁸²⁸ T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, pp. 5-6.

⁸²⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7ème édition, PUF, coll. « Quadrige », 2005, p. 590.

⁸³⁰ L. HUSSON, « Les trois dimensions de la motivation judiciaire », in C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, 1978, p. 73.

⁸³¹ Lointain écho à : A. TOUFFAIT, A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice et notamment de celles de la Cour de cassation », *RTDC*, 1974, p. 487.

⁸³² T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *op. cit.*, p. 48.

⁸³³ A partir de : L. TERESI, « Remarques sur la lecture des arrêts de cassation du Conseil d'Etat », *RFDA*, n° 1, 2010, p. 102.

Le discours fonctionnel sur la contrainte ne porte donc pas sur l'obligation de motiver mais sur la façon de motiver, élément pour lequel il n'existe pas *a priori* de principe ou norme fondant la validité juridique de la décision de constitutionnalité sur laquelle porte l'obligation de motivation dans les « énoncés habilitants »⁸³⁴ de l'organe. « Pourtant, on constate qu'alors même que les textes ne le prévoient pas, [« les décisions non annulables comme celle des cours souveraines »] sont souvent abondamment et soigneusement motivées, alors que leurs auteurs satisferaient pleinement aux dispositions légales ou constitutionnelles, soit en fournissant une motivation plus légère, soit, dans la plupart des cas, en se bornant à énoncer la décision sans justification aucune »⁸³⁵. En effet, le caractère reconnu comme juridiquement habilité ou « authentique » de l'interprétation fournie dans la décision pourrait suffire à établir un rapport strict de validité, s'en tenant à considérer que « les propositions énoncées dans l'acte juridique ont la signification objective de normes, quelle que soit la pertinence ou l'absurdité du raisonnement qui les accompagne ».

Ainsi, « la motivation n'est pas fournie (...) par obligation, ni parce qu'elle permet réellement de fonder la validité d'une décision ». Elle s'impose néanmoins comme une contrainte fonctionnelle à l'acteur juridique envisagé, « une règle de moralité juridique »⁸³⁶ pour le discours du droit de type juridictionnel et dans le discours sur le droit, « elle peut aisément constituer, en sus d'une garantie contre l'arbitraire, un véritable outil de transparence propre à l'acceptation, au-delà donc de la simple compréhension, des décisions de justice »⁸³⁷. Dans cette perspective, l'objet du discours fonctionnel en revient au thème du pouvoir du juge, généralement décrit dans une opération d'interprétation, qui consiste également en un postulat dominant dans une théorie « réaliste » de la connaissance du droit.

Dans un écrit fondateur, le professeur Michel Troper envisageait le pouvoir d'interprétation du juge constitutionnel comme celui d'un « élément » au sein d'un « système comportant d'autres autorités avec lesquelles il a des rapports de force ou de coopération, d'où il résulte une interprétation de la constitution. L'interprétation (...) est le produit du

⁸³⁴ cf. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006, pp. 3-11.

⁸³⁵ M. TROPER, « La motivation des décisions constitutionnelles », in C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, op. cit., p. 297.

⁸³⁶ T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », op. cit., p. 45 ; voir aussi : P. GODDING, « Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Age à la fin du 18^{ème} siècle », in *La motivation des décisions de justice*, op. cit., spéc. pp. 56-67.

⁸³⁷ L. BERTHIER, A.-B. CAIRE, « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme. De l'intime conviction des jurys d'assises à la conviction des destinataires des décisions de justice. Réflexions autour de l'arrêt Taxquet c/ Belgique, 13 janvier 2009, req. n° 926/05 », *RFDA*, 2009, p. 677 (source : base *Dalloz.fr*).

système de relations entre les pouvoirs publics »⁸³⁸. Dès lors, de ce point de vue systémique, sans aller trop en avant dans une analyse stratégique⁸³⁹ de l'acte de constitutionnalité, il apparaît que la contrainte décisionnelle impose à la fonction de juge constitutionnel une recherche explicite (voire une expression) d'équilibre entre le Pouvoir et la Légitimité, de sorte que le juge constitutionnel ne pourrait être regardé ni comme « une simple bouche qui prononce les paroles de la Constitution, ni un organe totalement indépendant par rapport à la norme qui le fonde : il est simplement suffisamment dépendant pour qu'on le tienne comme contraint par le Droit et les exigences de l'acte de connaissance et suffisamment indépendant pour pouvoir développer une stratégie propre »⁸⁴⁰.

Sur un plan épistémologique, pour ce qui relève de l'obligation de motivation, il en ressort le choix d'une approche large en terme de « mobiles » et non pas seulement en terme de « motifs » qui ne s'attacherait qu'aux éléments d'un raisonnement « décisoire »⁸⁴¹ du jugement de constitutionnalité, c'est-à-dire des « raisons (...) que le juge indique comme l'ayant déterminé à se prononcer comme il l'a fait »⁸⁴² ; il s'agirait plutôt ici de la recherche d'un raisonnement décisionnel, englobant le raisonnement « décisoire » dans une motivation non « pas donnée en dépit, mais bien en raison du caractère illusoire de la justification »⁸⁴³ et faisant émerger « la partie rhétorique du raisonnement juridique »⁸⁴⁴ de la décision du juge constitutionnel postulée comme acte communicationnel dans l'exercice d'une fonction.

Si la motivation de la décision de constitutionnalité doit être suffisamment explicite, ce doit être afin de persuader à la fois de la légitimité d'une institution juridictionnelle (chap. 1) et le déploiement d'un pouvoir juridictionnel particulier (chap. 2).

⁸³⁸ M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Recueil d'études en l'hommage de Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 149. Voir aussi : J.-P. LEBRETON, « Les particularités de la juridiction constitutionnelle », *RDP*, 1983, pp. 444-445.

⁸³⁹ cf. J. MEUNIER, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Bruylant – LGDJ, 1994.

⁸⁴⁰ L. HABIB, « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, n° 3, 1986, p. 700.

⁸⁴¹ M.-C. PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, op. cit., p. 20 (cit. M. TARUFFO : « cheminement qui conduit à formuler une solution déterminée à un problème donné »).

⁸⁴² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 590.

⁸⁴³ M. TROPER, « La motivation des décisions constitutionnelles », op. cit., p. 297.

⁸⁴⁴ J.-M. BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, thèse (dact.), Paris II, 1993, p. 25.

Comme le rappelait dans sa thèse le professeur Jean-Michel Blanquer, au sein d'une analyse méthodologique des décisions de constitutionnalité, le constat s'impose que « le style du juge constitutionnel est peu influencé par des éléments spécifiques. La formulation, comme l'apparence générale, est celle d'une décision de justice »⁸⁴⁵.

La décision motivée du juge constitutionnel semble donc s'inscrire dans une culture juridictionnelle dont l'origine remonte aux dispositions de la loi des 16 et 24 août 1790. L'article 15 du titre V de ce texte décrit quatre parties que tout bon jugement doit comporter. Dans la troisième partie, « le résultat des faits reconnus ou constatés par l'instruction et les motifs qui auront déterminé le juge seront exprimés ». La Constitution du 5 fructidor an III énonce dans son article 208 que « les jugements sont motivés, et on y énonce les termes de la loi appliquée ». Dans une étude célèbre, le conseiller d'Etat Tony Sauvel estimait que « la constitution de l'an III conserve aujourd'hui encore un intérêt capital. C'est elle qui a formulé l'idée à laquelle nous obéissons. Elle exige un raisonnement explicite, formel, fait par le juge »⁸⁴⁶. Instaurée en matière de justice pénale⁸⁴⁷ puis de justice civile, cette conduite s'est imposée sans difficultés au moment où les fonctions juridictionnelles du Conseil d'Etat se développaient. Avant même l'existence de la justice déléguée dans l'ordre administratif⁸⁴⁸, les décisions des conseils de préfecture et du Conseil d'Etat étaient motivées.

⁸⁴⁵ J.-M. BLANQUER, op. cit., p. 380.

⁸⁴⁶ T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », op. cit., p. 47.

⁸⁴⁷ Un régime dérogatoire s'est néanmoins installé concernant les arrêts de cour d'assises, le « raisonnement explicite » étant supplanté par le principe de « l'intime conviction » du jury. Depuis 1791, le droit de la procédure pénale est resté constant sur ce point. En droit positif, le Conseil constitutionnel a été saisi d'un « moyen tiré » de ce que « les modes de délibération de la cour d'assises » figurant au Code de procédure pénale portent « atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution ». C'est la première fois que le juge constitutionnel était amené à se prononcer sur la portée constitutionnelle de l'obligation de motivation d'une instance juridictionnelle. Justifiant, en matière de justice pénale, les règles spéciales applicables aux cours d'assises sur le terrain du principe d'égalité devant la justice et l'établissement d'une « situation différente » des « personnes accusées de crime » par rapport aux autres catégories de justiciables, le Conseil érige « l'obligation de motiver les jugements et arrêts de condamnation » en simple « garantie légale » rattachée à « l'exigence constitutionnelle » de l'exclusion de « l'arbitraire » dans la répression des infractions aux « règles de droit pénal » suffisamment compensée, en matière criminelle, par « les modalités de la délibération de la cour d'assises » telle qu'elles sont détaillées dans le Code de procédure pénale (CC, n° 2011-113/115 QPC, 01/04/2011, *M. Xavier P. et autre*, publ. JO, 02/04/2011, p. 5893, cons. 11 ; conformité). Par là, le juge constitutionnel semble confirmer la trop grande place de l'exception dans le système de justice pénale. Dans l'obligation de motivation, nous aurions plutôt vu un principe général concrétisant l'objectif de valeur constitutionnelle lié à la « bonne administration de la justice » (cf. CC, n° 2009-595 DC, 03/12/2009, *Rec.* 206).

⁸⁴⁸ Voir : par exemple : CE, 28/07/1834, *Delucenay*, *Rec. Sirey*, 1834, II, p. 628 ; puis : décret du 30 décembre 1862 et loi du 21 juin 1865.

Malgré les termes évasifs de l'ordonnance du 7 novembre 1958, le rattachement de la fonction du nouveau juge constitutionnel à un office de type juridictionnel devait pouvoir s'insérer dans cette tradition continue. L'argument culturel est d'autant plus fort qu'il provient d'un niveau de discours doctrinal qui tire une expérience interne à l'institution. Ainsi, le doyen Vedel aimait à mettre en garde son auditoire constitutionnaliste enthousiaste au développement et à l'affirmation de la juridiction constitutionnelle dans notre système juridique, au point de dissenter sur la « constitutionnalisation des branches du droit » : « le constitutionnaliste n'est () pas au regard des autres juristes un dieu accueillant par bienveillance au Paradis Adam et Eve (l'un qu'il vient tirer de la terre, l'autre d'une côte du premier). Le jardin du droit est au contraire peuplé de vigoureux adultes qui ne l'ont pas attendu et qui se dotent simplement par goût d'un confort d'un sage régulateur, qui ne leur a certainement pas donné la vie ni l'inspiration. L'expérience que j'ai pu avoir de juge constitutionnel français me conforte dans ce point de vue. *Quand on est sur le siège et que sont en question les contrats, la responsabilité, les sociétés commerciales, le service public lui-même, on prend les notions de base telles qu'elles sont sans les redéfinir ou les réinventer* »⁸⁴⁹.

Si la motivation doit être vue comme un instrument rhétorique de légitimation d'une fonction en quête de juridictionnalisation, la tradition héritée des « vigoureux adultes » porte sur l'acceptation de l'héritage d'un corps de concepts matériels (I) censés appuyer une logique contentieuse (II) de contrôle normatif déjà éprouvée.

⁸⁴⁹ G. VEDEL, « Propos d'ouverture », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica – PUAM, 1998, p. 15.

I. La légitimation fonctionnelle dans « l'élaboration conceptuelle »

« *Que les juristes aient une claire conscience de l'évolution qui affecte leur discipline...* »⁸⁵⁰

Au-delà du discours ayant pour objet la justice constitutionnelle, l'interrogation trouve ici un écho disciplinaire, dans le cadre d'« une analyse du statut auquel le droit constitutionnel semble aspirer, en tant que discipline académique, dans le monde universitaire actuel, depuis que le Conseil constitutionnel existe. (...) Il est en effet difficile de ne pas observer une assez profonde évolution de la discipline (..) depuis les années 1970, c'est-à-dire une mutation du discours dominant par lequel elle se représente à elle-même ses propres méthodes et sa fonction essentielle »⁸⁵¹.

Jusqu'au milieu des années 1990, le champ doctrinal constitutionnaliste semble s'accorder sur l'axiome d'inspiration normativiste construisant le type de discours selon lequel : « grâce à la Constitution de 1958 et au dynamisme constructif du Conseil constitutionnel, les normes du degré le plus élevé dans notre ordonnancement juridique ne sont plus des vœux pieux adressés à un Parlement souverain et leur respect est substantiellement sinon totalement assuré »⁸⁵². En d'autres termes, « depuis que la Constitution apparaît comme une norme enfin sanctionnée, la science proprement juridique de l'Etat devient enfin possible »⁸⁵³. Comme le rappelle le professeur Constance Grewe, la « résurrection »⁸⁵⁴ de la « notion de Constitution » au travers du développement de la jurisprudence constitutionnelle fait que « le droit constitutionnel se révèle comme une nouvelle discipline juridique. Son objet s'est considérablement enrichi ; il n'est plus exclusivement tourné vers le pouvoir et les institutions politiques mais bien plus vers les individus et leurs droits. (...) De ce fait, cette nouvelle matière a une allure tout aussi technique que les autres matières juridiques »⁸⁵⁵. En quelque sorte, sur le plan académique, le « choix » du droit constitutionnel jurisprudentiel pour « l'école » dominante « provient de la volonté de banalisation du droit constitutionnel vis-à-vis des autres branches du droit. Le droit

⁸⁵⁰ G. BURDEAU, « Une survivance : la notion de Constitution », in *L'évolution du droit public. Etudes offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 53.

⁸⁵¹ O. CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution et la science du droit », in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, LGDJ, 1999, p. 107 et p. 113.

⁸⁵² G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », *CCC*, n° 1, 1996, p. 57.

⁸⁵³ cf. O. CAYLA, op. cit., p. 112.

⁸⁵⁴ D. ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 5.

⁸⁵⁵ C. GREWE, « L'actualité du droit constitutionnel ou la résurrection d'une discipline juridique », in *Du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Mélanges Raymond Goy*, PU Rouen, 1998, p. 86.

constitutionnel est du droit : preuve en est, il a son juge »⁸⁵⁶. Ceci ressort par exemple nettement de la « tentative de définition » du droit constitutionnel, fournie par le doyen Louis Favoreu à l'occasion de la création de la *Revue française de droit constitutionnel*, « comme le droit de la Constitution sanctionné par un juge »⁸⁵⁷.

Une approche pragmatique de ce discours constitutionnaliste et de sa visée dans le champ des disciplines juridiques permet de faire émerger une « cause » plus « idéologique » que celle de l'autonomisation académique et scientifique. Elle tend à déceler pour la discipline constitutionnelle ainsi pratiquée un élargissement du « champ traditionnel de ses descriptions à l'étude du fondement constitutionnel des libertés fondamentales et, ce faisant, elle revendique la fidélité à l'héritage humaniste du constitutionnalisme moderne, en vantant le parachèvement de celui-ci grâce au dépassement de l'"Etat légal" par l'"Etat de droit" », d'où « il en découle alors une certaine propension du constitutionnaliste à affirmer le primat de sa discipline sur celles étudiant les autres branches du droit »⁸⁵⁸.

En effet, le doyen Favoreu estimait de façon constante dans ses écrits que « jusqu'en 1958, il manquait en France un degré à la hiérarchisation des règles, le Conseil d'Etat assurant simplement le respect du principe de légalité à l'égard des actes administratifs. Les choses ont changé avec la création du Conseil constitutionnel : la "légalité ordinaire" est subordonnée à la "légalité constitutionnelle", et progressivement, la jurisprudence du Conseil constitutionnel élabore le principe de constitutionnalité »⁸⁵⁹, développant une « masse de normes (...) devenues très abondantes et [qui] occupent de plus en plus de place au sommet de l'ordre juridique. Par ailleurs, à la différence des principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'Etat, les normes constitutionnelles ont vocation à couvrir ou influencer l'ensemble des branches du droit : qui plus est, il n'y a pas de risques de divergences entre ordres de juridictions (car les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles) ni d'opposition entre "publicistes" et "privatistes" (car les normes constitutionnelles ignorent les distinctions entre droit public et droit privé) »⁸⁶⁰. Le « bilan », au « début des années quatre-vingt-dix », peut se dresser en ce que le droit

⁸⁵⁶ X. MAGNON, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, op. cit., p. 242.

⁸⁵⁷ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 79.

⁸⁵⁸ O. CAYLA, op. cit., p. 113 et p. 114.

⁸⁵⁹ L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 33.

⁸⁶⁰ L. FAVOREU, « Dualité ou unité d'ordre juridique : Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat participent-ils de deux ordres juridiques différents ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, LGDJ – Montchrestien, 1988, p. 158.

constitutionnel est « envisagé comme "droit de la Constitution" puis comme "Constitution du droit" »⁸⁶¹.

Nous avons donc évoqué à ce sujet la mise en garde du doyen Vedel qui, observateur privilégié des mutations du droit constitutionnel, lança ce qu'il est possible d'appeler une véritable controverse dans le champ de l'épistémologie constitutionnaliste dominante : « notre enthousiasme "civique", "professionnel", "corporatiste", pour la constitutionnalisation n'est pas sans fondement, mais je voudrais qu'il s'accompagne de () garde-fous »⁸⁶², afin de ne pas en avoir une « conception fantasmagorique », c'est-à-dire une « vision » qui « ne ressemblerait en rien à la réalité historique et sociologique » et « serait une totale méprise sur ce que l'on pourrait appeler le paysage juridique français et le terroir de notre droit »⁸⁶³.

Du point de vue « du contenu logique et conceptuel des catégories propres à chaque branche du droit »⁸⁶⁴, « le droit constitutionnel [n'en] est ni la source historique et juridique (...) ni le démiurge des concepts et des méthodes »⁸⁶⁵ qui leur sont propres et, eu égard à la donnée systémique amenant au constat selon lequel, dans le cadre du seul contrôle de constitutionnalité des lois *a priori*, « le juge ordinaire a la maîtrise pratique de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel »⁸⁶⁶, il a fallu nécessairement que « même dans la revendication de sa compétence et de son rôle, le Conseil ne se [prît] jamais comme une Cour suprême »⁸⁶⁷ dont la jurisprudence serait « considéré théoriquement (...) comme l'instrument destiné à assurer par en haut la cohérence interne du système étatique, l'accord de ses parties, en un mot son unité totale »⁸⁶⁸.

Il apparaît donc que la divergence fondamentale – en ce qu'elle a trait aux fondements de la discipline – qui a émergé entre les deux grandes figures académiques qu'ont été le doyen Vedel et le doyen Favoreu, porte sur un débat épistémologique majeur quant au discours sur la justice constitutionnelle entre un paradigme comparatiste de signification (§ 1) et un paradigme publiciste autour du sens structurel (§ 2) de l'office du juge constitutionnel.

⁸⁶¹ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », op. cit., p. 73.

⁸⁶² G. VEDEL, « Propos d'ouverture », in *La constitutionnalisation des branches du droit*, op. cit., p. 18.

⁸⁶³ G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », op. cit., p. 57.

⁸⁶⁴ O. CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution et la science du droit », op. cit., p. 114 (note).

⁸⁶⁵ G. VEDEL, « Aspects généraux et théoriques », in *L'unité du droit.. Mélanges en l'honneur de Roland Drago*, Economica, 1996, p. 6.

⁸⁶⁶ D. de BECHILLON, N. MOLFESSIS, « Le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit. Propos introductifs », CCC, n° 16, 2004, p. 102.

⁸⁶⁷ G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », op. cit., p. 58.

⁸⁶⁸ C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, LGDJ, 1928, rééd. Economica-PUAM, 1986, p. 22.

§ 1 – La signification conceptuelle de l’office de constitutionnalité par le développement d’une culture comparatiste externe

Au niveau épistémologique et d’un discours voulu comme théorique sur les discours juridiques ayant pour objet la justice constitutionnelle, l’examen de la présence d’éléments langagiers relevant de catégories du droit comparé ou « étranger » s’intéresse donc d’abord, de façon critique, aux finalités d’un certain type de discours *sur* le droit et l’objet considéré dans la présente étude (A), tout en n’invalidant pas *a priori* l’orientation analytique de l’emploi, au sein du discours *du* droit, de l’argument de droit comparé à l’appui du raisonnement constitutionnel interne (B), « en particulier pour la protection des droits fondamentaux »⁸⁶⁹.

A) Du point de vue du discours sur le droit : la légitimation de l’objet par le recours au droit comparé

Certaines analyses récentes en termes d’histoire des idées doctrinales ont été menées du constat selon lequel, sur un objet aussi important « dans les systèmes juridiques et politiques contemporains » que le contrôle de constitutionnalité des lois, « la doctrine française n’a pas toujours prêté à sa propre histoire l’attention qu’elle méritait » alors que le discours dominant emploie un présupposé sur le plan épistémologique qui sous-tend des considérations d’ordre historique, révélant, par « un biais méthodologique », une « conception quelque peu téléologique de l’histoire constitutionnelle ». En effet, « on a souvent laissé entendre qu’il y avait, derrière sa réalisation, une sorte de nécessité historique plus ou moins dictée par la logique du *droit public de type continental* »⁸⁷⁰ dans ses structures compréhensives (1) comme dans les méthodes explicatives (2) qui les appuient dans l’énoncé des fondements normatifs des ordres constitutionnels comparables.

1. Le droit comparé comme modèle compréhensif

Il nous semble que ceci s’avère assez caractéristique d’un certain nombre de discours sur le « modèle européen » de justice constitutionnelle. Ainsi, en tête de son célèbre manuel, le professeur Dominique Rousseau évoque un « mouvement général des démocraties » vers le

⁸⁶⁹ M.-C. PONTHEAUX, « Le recours à "l’argument de droit comparé" par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques », in F. MELIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *L’interprétation constitutionnelle*, Dalloz, 2005, p. 167.

⁸⁷⁰ R. BAUMERT, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, Fond. Varenne, LGDJ diff., 2009, p. 526.

choix d'un « modèle » qui « inspira les constituants européens (...) lorsqu'ils décidèrent d'introduire, à des moments différents liés à l'évolution de leurs pays respectif, le contrôle de la constitutionnalité des lois »⁸⁷¹. Le fil pédagogique du discours use alors du procédé rhétorique de la globalisation et de la généralité : « tous les Etats de l'Europe occidentale (...) ont mis en place un système de contrôle de la constitutionnalité des lois inspiré, avec des degrés variables, du modèle kelsénien »⁸⁷².

A ce sujet, dans l'emploi de ce « biais méthodologique » spatio-temporel, il en va de même dans l'œuvre du doyen Favoreu dans laquelle il affirme que « le développement de la justice constitutionnelle est certainement l'évènement le plus marquant du droit constitutionnel européen de la seconde moitié du XXe siècle. On ne conçoit plus aujourd'hui de système constitutionnel qui ne fasse place à cette institution, et en Europe toutes les nouvelles Constitutions ont prévu l'existence d'une Cour constitutionnelle »⁸⁷³. Cependant, il convient de relever une certaine évolution dans l'approche de l'auteur qui est en effet passé dans la somme de ses écrits, à propos de l'étude du « contenu » du principe de constitutionnalité, de « l'examen de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en suivant les voies magistralement tracées par le professeur Eisenmann⁸⁷⁴ à propos du principe de légalité »⁸⁷⁵ au paradigme du « droit constitutionnel comparé »⁸⁷⁶, ou, en d'autres termes, à l'idée d'un « rejet de l'administrativo-centrisme » dans la définition du droit constitutionnel comme « droit de la Constitution ». Le choix ainsi formulé doit faire que, sur le plan épistémologique, « ce n'est pas à partir des notions et des concepts de droit administratif que l'on va définir ce qu'est une juridiction constitutionnelle : les caractères distinctifs de celle-ci doivent être dégagés à partir de la théorie de la justice constitutionnelle, telle qu'elle peut être établie en droit comparé », en arrivant au postulat selon lequel le contentieux constitutionnel « relève du droit comparé et n'est intelligible qu'au regard de celui-ci »⁸⁷⁷.

Il apparaît que le tournant dans l'expression de la pensée du doyen aixois puisse se situer dans la contribution à un colloque marquant de 1988, dont les actes ont été publiés sous le titre *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*. A propos de la description des rapports entre les deux organes et dans la problématique de « l'orientation et même la direction de l'ordre juridique », l'auteur rappelle que « jusque-là, le Conseil d'Etat s'était assuré une influence

⁸⁷¹ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2010, p. 14 et p. 18.

⁸⁷² D. ROUSSEAU, op. cit., p. 90.

⁸⁷³ L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, PUF, 3^{ème} éd., 1996, p. 3.

⁸⁷⁴ Référence à : C. EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », *E.D.C.E.*, 1957, p. 27.

⁸⁷⁵ L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », op. cit., p. 33.

⁸⁷⁶ L. FAVOREU, « Légalité et constitutionnalité », *CCC*, n° 3, 1997, p. 73.

⁸⁷⁷ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », op. cit., p. 82.

importante sinon décisive en ce domaine ; mais, depuis quelque temps, l'influence du Conseil constitutionnel tend à se substituer à celle du Conseil d'Etat ». Dans son raisonnement, il est établi qu'« en toute hypothèse, le processus d'intégration du Conseil constitutionnel dans l'ordre juridique est largement entamé et pratiquement irréversible, car l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel est inscrite dans la Constitution »⁸⁷⁸, et que si « la tentation [a été] forte, face à un nouveau venu, de l'écarter du jeu au motif qu'il ne ressemble pas à ceux qui, jusque-là, en ont été les acteurs ou les partenaires », l'un des arguments forts face à la contestation de la qualité juridictionnelle du Conseil consiste à relever que « le Conseil constitutionnel fait partie de la famille des juridictions constitutionnelles »⁸⁷⁹, « admis, dès qu'il l'a demandé, comme membre titulaire de la Conférence des Cours et Tribunaux constitutionnels européens qui s'est tenue à Lisbonne en 1987 ; *et la doctrine de droit comparé se prononce dans le même sens* »⁸⁸⁰.

Et, nous l'avons déjà évoqué, il en résultera dès lors un élément structurant de « l'école aixoise de droit constitutionnel » dans la détermination de son objet et de son positionnement scientifique et académique, partant de la réalité normative qui impute à « l'intervention du juge constitutionnel, comme dans les autres pays dotés d'une justice constitutionnelle », une transformation du droit constitutionnel⁸⁸¹ en culture juridique comparatiste⁸⁸². « Il ne s'agit plus d'étudier, pays par pays, les institutions politiques mais de présenter un raisonnement de fond et des techniques utilisés dans les divers pays dans une perspective »⁸⁸³ globalisante.

Il paraît indéniable que, « sans qu'il s'agisse d'une démarche vraiment planifiée, l'approche comparatiste et surtout de droit étranger est utilisée de manière générale comme élément de justification de la démarche entreprise au niveau national. En France, envisager le droit constitutionnel national comme étant du "droit" doté d'un juge "véritable", c'est-à-dire qui présente la qualité d'une juridiction, est d'autant plus pertinent qu'une analyse identique est conduite dans d'autres pays »⁸⁸⁴, ce qui serait finalement un facteur d'objectivation du discours. En effet, pour le doyen Favoreu, « le mérite du droit comparé est de relativiser les différences ». Par exemple, « en invalidant les lois des parlements et encore davantage en

⁸⁷⁸ L. FAVOREU, « Dualité ou unité d'ordre juridique : Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat participent-ils de deux ordres juridiques différents ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, op. cit., pp. 154-155.

⁸⁷⁹ L. FAVOREU, op. cit., p. 152.

⁸⁸⁰ L. FAVOREU, *ibid.*, p. 154.

⁸⁸¹ cf. L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », op. cit., p. 83.

⁸⁸² « Et il faut entendre par juge constitutionnel, en droit comparé... » (L. FAVOREU, *ibid.*).

⁸⁸³ L. FAVOREU, « Préface », in *Droit constitutionnel*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2009, pp. VI-VII.

⁸⁸⁴ X. MAGNON, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », op. cit., p. 248.

développant de plus en plus la technique des réserves d'interprétation (qui s'imposent à toutes les autorités législatives, exécutives et juridictionnelles), les cours constitutionnelles, en réalité, apparaissent comme participant à l'élaboration des lois et donc comme des sortes de colégislateurs. Ce qui est parfois relevé comme une marque d'originalité du Conseil constitutionnel en France est en fait d'une grande banalité en droit comparé »⁸⁸⁵.

Comme le relève Renaud Baumert dans son ouvrage de thèse, « en inscrivant le Conseil constitutionnel dans le modèle européen, on peut arguer de sa "normalité" : il est une véritable juridiction comparable à celles de nos voisins »⁸⁸⁶. Une posture intellectuelle risquée émerge alors et ferait que « le modèle [tende] à évoluer d'outil épistémologique qu'il était en un idéal politique qu'il permet d'accomplir. L'idéal type est substantialisé en un type idéal permettant la réalisation de l'Etat de droit et la protection des droits fondamentaux »⁸⁸⁷. Comment alors « démontrer le caractère authentiquement juridique – c'est-à-dire apolitique – de son ouvrage »⁸⁸⁸ ?

Sur le plan théorique, s'oppose alors l'écueil d'une certaine circularité. Comme la notion de justice constitutionnelle n'existe que dans le discours doctrinal, en tout cas pour ce qui est de l'ordre juridique français, elle ne peut trouver son bien-fondé sur le plan juridique que dans la production de celui-ci ; comme il est aussi vrai « que la légitimation de la dogmatique est généralement facilitée par celle du juge dont on interprète les décisions »⁸⁸⁹.

C'est là que, sur le plan de l'historicité du discours, resurgit la question du « biais téléologique »⁸⁹⁰ qui « consiste à ne chercher dans le passé que les éléments qui confirment le "sens de l'histoire" qu'on a préalablement posé ». Certes, dans le débat français autour du juge constitutionnel et du contrôle de constitutionnalité des lois, ce « sens » se caractérise par le développement et la consolidation de l'axiome des deux modèles, américain et européen, de justice constitutionnelle. Selon Renaud Baumert, « si cette classification n'a pas été initialement pensée pour rendre compte de l'histoire des idées et des débats doctrinaux, on a néanmoins fini par s'en servir comme d'une clef de lecture historique quasiment exclusive. La thèse consiste à dire qu'une "conscience juridique" favorable au contrôle de constitutionnalité fleurit dans toute l'Europe de l'entre-deux-guerres et qu'elle reconnaît en Kelsen son principal héraut » ; c'est-à-dire que « non seulement la supériorité des institutions contemporaines est

⁸⁸⁵ L. FAVOREU, « La notion de Cour constitutionnelle », in *De la Constitution. Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Helbing & Lichtenhahn, Suisse, 1996, pp. 17-18.

⁸⁸⁶ R. BAUMERT, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, op. cit., p. 539.

⁸⁸⁷ E. MAULIN, « Aperçu d'une histoire française de la modélisation des formes de justice constitutionnelle », in C. GREWE et al., *La notion de « justice constitutionnelle »*, op. cit., pp. 152-153.

⁸⁸⁸ R. BAUMERT, op. cit., p. 539.

⁸⁸⁹ R. BAUMERT, *ibid.*

⁸⁹⁰ R. BAUMERT, op. cit., pp. 526-527.

attestée par l'autorité prophétique de ceux qui les auraient pressenties, mais inversement, la qualité de prophète académique se déduit de la prescience qu'on prête à une doctrine soigneusement sélectionnée ».

2. Le droit comparé comme méthode explicative des concepts de constitutionnalité

Ainsi, le paradigme comparatiste est censé dépasser l'écueil dogmatique au discours significatif et finaliste à propos de la justice constitutionnelle, par le passage vers un discours au moins d'ordre méthodologique⁸⁹¹ quant au rapport à l'objet. Mais, plus encore, « le droit comparé n'est pas la science d'une législation transnationale »⁸⁹² mais bénéficie d'une capacité explicative élevée qui en fait « un élément nécessaire de la connaissance des droits nationaux » de façon scientifique en ce sens que « son objet (...) rejoint celui de la théorie du droit »⁸⁹³ en tant que méta-langage juridique (ultime ?) de type normativiste, justement parce qu'« en présence d'énoncés linguistiques différents dans plusieurs langues, mais portant sur un même objet, il convient d'en restituer le sens par rapport à cet objet commun. Toute expression étrangère doit être rattachée à un concept général permettant de restituer sa signification »⁸⁹⁴.

Il en résulte, pour le professeur Otto Pfersmann, que « si l'on veut s'orienter dans l'ensemble des systèmes juridiques, il faut par conséquent des concepts suffisamment fins et suffisamment généraux en vue d'appréhender une multitude de structures possibles. Le droit comparé ne fait qu'imputer les concepts théoriques de structures possibles à des ordres juridiques actuels en ajoutant [par exemple] "en droit français" »⁸⁹⁵. Dans cette perspective, une illustration peut en être fournie dans l'emploi du concept « générique » de « droits fondamentaux », « pratiquement inconnu en France il y a une [trentaine] d'années : non pas

⁸⁹¹ X. MAGNON, op. cit., p. 249 et s.

⁸⁹² O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC*, n° 2, 2001, p. 279 ; semblant corriger sur ce point L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, n° 2, 1994, cf. part. p. 559 : « La légitimité du contrôle juridictionnel des lois est fonction du type de fonctionnement des régimes politiques » ; plus encore : L. FAVOREU, « De la démocratie à l'Etat de droit », *Le débat*, n° 64, 1991, pp. 160-161 (« Les cours constitutionnelles qui ont été instituées en Autriche, Allemagne fédérale, France, Italie, Espagne ou Portugal et... Belgique, ne peuvent, en aucun cas, se voir imputer les défauts ou imperfections d'un modèle différent, celui des Etats-Unis, qui aurait incontestablement pu – s'il avait été appliqué en Europe – avoir des conséquences [en terme de gouvernement des juges] telles que celles qui sont décrites par les adversaires du contrôle de constitutionnalité des lois. Ces cours constitutionnelles ont un comportement très "progressiste" en matière de protection de libertés et droits fondamentaux et ce sont elles qui, au contraire, ont montré la voie aux législateurs des différents pays concernés »).

⁸⁹³ O. PFERSMANN, op. cit., p. 283 et p. 277.

⁸⁹⁴ X. MAGNON, op. cit., p. 283.

⁸⁹⁵ O. PFERSMANN, op. cit., p. 285.

que l'expression "droits fondamentaux" ou "libertés fondamentales" n'aient pas été utilisées parfois ; mais elle l'était avec un sens qui ne pouvait être celui qui est donné en droit comparé »⁸⁹⁶, directement puisé dans le droit allemand⁸⁹⁷.

Le haut degré de généralité permet au concept envisagé, et par lui à l'ensemble du langage constitutionnel, d'acquiescer un caractère « avantageux », voire « commode ». Ainsi, les « droits fondamentaux » désignent « une certaine catégorie de normes formellement constitutionnelles (...). En tant qu'il décrit des structures juridiques à l'aide de concepts généraux, le comparatiste élimine les connotations extrajuridiques des énoncés non interprétés et il les identifie dans un espace continu de variantes »⁸⁹⁸. C'est-à-dire qu'en posant la définition selon laquelle les droits fondamentaux ne recouvrent « ni plus ni moins » que « les droits et libertés protégés par des normes constitutionnelles ou (et) européennes et internationales », il n'est pas directement fait référence à un contenu, mais son emploi tend à faire « correspondre » une « structure normative » avec « une série de traits et un régime uniquement concevables dans un cadre constitutionnel ou international (européen) »⁸⁹⁹. Il ne s'agit donc pas dans le discours d'une ontologie en termes de valeurs fondamentales mais d'une ontologie de type normatif liée à des propriétés formelles quant à la caractérisation d'un niveau de juridicité du concept considéré, soit « tous les droits et libertés protégés constitutionnellement ou internationalement sans avoir à distinguer (...) entre droits de la première génération (libertés classiques, impliquant un devoir d'abstention de l'Etat) et droits de la deuxième génération (droits économiques et sociaux dont certains imposent à l'Etat d'agir) voire de la troisième génération »⁹⁰⁰.

Pour les professeurs Constantinesco et Pierré-Caps, « demeure l'objection que cette catégorie n'est que doctrinale et n'est pas reçue, en tant que telle par le droit positif français »⁹⁰¹, au niveau des sources constitutionnelles formelles tout au moins. Le discours doctrinal constitutionnaliste se trouverait néanmoins légitimé en quelque sorte par le Conseil constitutionnel qui a fait apparaître le concept dans les motifs de ses décisions de constitutionnalité. Cependant, le paradigme comparatiste ne semble pas totalement validé

⁸⁹⁶ L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 867.

⁸⁹⁷ Sur cette question, pour des travaux en langue française : C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, pp. 116-150 ; O. JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, n° spéc., 1998, p. 44 ; D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, 2001, pp. 2-3 et pp. 57-101 sur la recherche de fondements historiques à « la consécration du rang supra-législatif des droits fondamentaux par la Loi fondamentale » (p. 90).

⁸⁹⁸ O. PFERSMANN, op. cit., p. 285 et p. 287.

⁸⁹⁹ L. FAVOREU et al., op. cit., p. 872.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, p. 874.

⁹⁰¹ V. CONSTANTINESCO, S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 289.

dans l'interprétation « authentique », le corpus des décisions du Conseil constitutionnel ne laissant apparaître qu'un usage limité et varié du syntagme de « droits fondamentaux » ou d'un qualificatif lié au « caractère fondamental » d'un droit⁹⁰² ou d'une liberté⁹⁰³.

En effet, « les références faites par le Conseil constitutionnel aux droits ou libertés fondamentaux sont peu nombreuses au regard, d'une part, de la diffusion de la notion dans le vocabulaire des constitutionnalistes et, d'autre part, des références de plus en plus fréquentes qui y sont faites par les auteurs des saisines »⁹⁰⁴.

En outre, il est remarqué⁹⁰⁵ que « si, dans certaines décisions, le Conseil constitutionnel utilise cette expression pour justifier le bénéfice de ces droits aussi bien aux étrangers qu'aux nationaux, dans d'autres décisions, au contraire, il ne semble tirer aucune conséquence juridique identifiable de la qualification de droits fondamentaux »⁹⁰⁶. Dans la première hypothèse évoquée, l'emploi de la fondamentalité se ferait dans le sens d'une « catégorisation » attachée à certaines qualités ou certains attributs dont découleraient des régimes juridiques spécifiques applicables à leurs titulaires, dans la limite d'une « conception structurelle du "fondamental" »⁹⁰⁷ devant régir un ensemble de situations comparables⁹⁰⁸ ou de relations réciproques⁹⁰⁹ « (état et non qualité) susceptibles d'être éprouvés par tous »⁹¹⁰ au sein de l'ordre constitutionnel entre les sujets de droits et libertés. Dans la seconde hypothèse, les « droits fondamentaux de valeur constitutionnelle » seraient plutôt envisagés comme une « catégorie jurisprudentielle »⁹¹¹ qui, en raison de l'absence de liste (-s) expresse (-s) figurant dans le système des sources constitutionnelles, se présente intrinsèquement « comme une

⁹⁰² CC, n° 81-132 DC, 16/01/1982, *Rec.* 18, cons. 16, à propos du droit de propriété.

⁹⁰³ CC, n° 84-181 DC, 11/10/1984, *Rec.* 78, cons. 36 ; n° 94-345 DC, 29/07/1994, *Rec.* 106, concernant le « droit de libre communication » et la « liberté de parler, d'écrire et d'imprimer ».

⁹⁰⁴ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les droits et libertés fondamentaux en France. Genèse d'une qualification », in A. LYON-CAEN, P. LOKIEC (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2005, p. 18.

⁹⁰⁵ cf. P. WACHSMANN, « L'importation en France de la notion de "droits fondamentaux" », *RUDH*, 2004, p. 45.

⁹⁰⁶ S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Fondation Varenne, LGDJ diff., 2008, p. 10.

⁹⁰⁷ cf. V. CHAMPEIL-DESPLATS, op. cit., p. 28 : « Les droits ou libertés fondamentaux sont ici ceux sans lesquels un système juridique, un sous-système ou un élément du système perdrait ou changerait substantiellement son identité, sa cohérence ou son mode de fonctionnement. Les droits ou libertés fondamentaux sont constitutifs et au fondement d'un système ou d'un ensemble organisé ».

⁹⁰⁸ CC, n° 89-269 DC, 22/01/1990, *Rec.* 33, cons. 33 : « Considérant que le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques à la condition de respecter les engagements internationaux souscrits par la France et les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ».

⁹⁰⁹ CC, n° 98-401 DC, 10/06/1998, *Rec.* 258, cons. 3 : « ... en ce qui concerne en particulier les droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés ».

⁹¹⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS, op. cit., p. 29.

⁹¹¹ cf. J. FAVRE, B. TARDIVEL, « Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de "libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle" », *RDP*, n° 5, 2000, p. 1411.

catégorie ouverte dont le Conseil constitutionnel livre le contenu au cas par cas »⁹¹², sans avoir posé de définition matérielle préalable ; et, selon le professeur Véronique Champeil-Desplats, « si l'indétermination des notions juridiques est admise, il devient préférable (...) d'appréhender leurs fonctions dans l'argumentation et le système juridiques », c'est-à-dire par « une analyse stratégique de l'utilisation de la notion par les acteurs du système juridique »⁹¹³.

B) Du point de vue du discours du droit : « l'argument de droit comparé » à l'appui du raisonnement constitutionnel

Dans une approche comparatiste justement, le professeur Marie-Claire Ponthoreau souligne que « vu de France, le recours à "l'argument de droit comparé" par le juge constitutionnel, en particulier pour la protection des droits fondamentaux, se présente comme une méthode d'interprétation nouvelle de la Constitution. Dans ses décisions, le Conseil constitutionnel ne fait jamais référence de manière explicite au droit étranger ou, plus exactement, à une ou plusieurs décisions de Cours constitutionnelles étrangères ou bien à des travaux doctrinaux étrangers »⁹¹⁴, ce que viennent d'ailleurs confirmer eux-mêmes des anciens membres⁹¹⁵ de la juridiction constitutionnelle. La communication institutionnelle autour des décisions semble permettre néanmoins le développement doctrinal de la catégorie de l'emprunt :

1. Premier niveau d'argument : l'emprunt conceptuel

Il n'en reste pas moins que l'analyse du recours par le juge constitutionnel au concept de « droits fondamentaux » semble inscrire de façon indéniable ce choix discursif⁹¹⁶ dans cette perspective. L'analyse de type « stratégique » évoquée ci-dessus ramène, rappelons-le, « comme toute problématique théorique », à « certains postulats. Le premier est que toute institution cherche à développer sa légitimité. Le second est que toute institution vise à

⁹¹² V. CHAMPEIL-DESPLATS, op. cit., p. 17.

⁹¹³ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *D.*, 1995, chron., p. 326 et p. 328.

⁹¹⁴ M.-C. PONTTHOREAU, « Le recours à "l'argument de droit comparé" par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques », op. cit., p. 167.

⁹¹⁵ cf. par exemple : O. DUTHEILLET de LAMOTHE, « Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel », 6^{ème} Congrès mondial de droit constitutionnel, Santiago, Chili, 16/01/2004, source : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/comparatif.pdf.

⁹¹⁶ J. FAVRE, B. TARDIVEL, « Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de "libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle" », op. cit., part. pp. 1414 et s.

accroître son pouvoir. Ces postulats définissent l'objectif stratégique de l'institution : l'optimisation de son rapport Légitimité / Pouvoir »⁹¹⁷.

Sur le plan de la Légitimité, le professeur Champeil-Desplats paraît fondée à soutenir que dans l'emploi de la catégorie des « droits fondamentaux » au sein du langage conceptuel développé par le juge constitutionnel, « la référence au "fondamental" remplit une fonction de légitimation du pouvoir [qui] s'inscrit dans le cadre d'un rapprochement terminologique avec les principaux ordres juridiques européens et avec la Convention européenne des droits de l'homme. Cela prend un relief particulier dans le contexte européen d'harmonisation des systèmes juridiques⁹¹⁸. Ce rapprochement est en effet très précieux notamment pour le Conseil constitutionnel qui peut ainsi se prévaloir de catégories de référence utilisées par des juridictions nationales (Allemagne, Espagne, Portugal) ou européenne dont l'existence a pu susciter plus d'adhésion que la sienne »⁹¹⁹.

Sur le plan du Pouvoir, la référence à la fundamentalité ou plus précisément, au qualificatif de « fondamentaux » à propos de droits et libertés apparaît plutôt de l'ordre de l'affirmation ou de la revendication de la finalité légitime d'un pouvoir lié à l'exercice d'un office de rang constitutionnel dans l'ordre juridique interne.

En ce sens, l'invocation de la « valeur constitutionnelle » s'impose comme un ressort rhétorique. En effet, Jérôme Favre et Boris Tardivel avancent ainsi qu'une « explication conjoncturelle semble valablement pouvoir être avancée. Il se trouve que les "libertés et droits fondamentaux" ont à chaque fois été invoqués dans des décisions d'une signification particulière en tant que sous-tendues par un contexte politique fort »⁹²⁰ qui influe de façon indéniable sur le contexte argumentatif. L'évocation de la loi sur les nationalisations, de la loi sur les entreprises de presse dite « loi Hersant » ou bien encore de la loi « Aubry » sur la réduction du temps de travail semble suffisante pour illustrer la particularité des contextes politiques évoqués et souligne aussi la particularité du caractère, de l'ordre de l'exceptionnel, du recours aux « droits fondamentaux ». Cela situe également le niveau du conflit et de la

⁹¹⁷ L. HABIB, « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1986, p. 711.

⁹¹⁸ D'autant plus dans le cadre intégratif de l'Union européenne, où la consécration prétorienne des « droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales » en « principes généraux » du droit de l'Union a été inscrite dans le corps même des traités institutifs (art. 6 TUE). Reste à savoir si la reconnaissance au rang de « traité » de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne sera pas source d'une nouvelle concurrence, la CJUE ayant déjà eu l'occasion de rappeler le caractère « autonome » de l'interprétation qu'elle peut faire d'un « droit fondamental » dans l'ordre juridique communautaire (cf. CJUE, Gr. ch., *Meki Elgafaji et Noor Elgafaji contre Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-465/07, *Rec.* I-921).

⁹¹⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les droits et libertés fondamentaux en France. Genèse d'une qualification », *op. cit.*, p. 34.

⁹²⁰ J. FAVRE, B. TARDIVEL, *op. cit.*, p. 1413.

conciliation⁹²¹ nécessaire entre normes constitutionnelles, donc de même valeur juridique, à laquelle va devoir opérer le juge constitutionnel, situant son raisonnement « dans les couches les plus profondes des fondations sur lesquelles repose l'édifice constitutionnel »⁹²² ; pour simplifier, dans l'équilibre « tectonique » des logiques ontologiquement distinctes de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et du Préambule de la Constitution de 1946.

Caractéristique de ce type de raisonnement semble être le dégagement du caractère « fondamental » du droit de propriété qui s'est imposé ensuite comme une finalité directrice de l'office de constitutionnalité dans l'affaire dite des « nationalisations », considérant sa « conservation » comme « l'un des buts de la société politique »⁹²³. Dans cette fameuse décision du 16 janvier 1982⁹²⁴ en effet, le juge constitutionnel ne peut que constater au départ de son raisonnement que l'alinéa 9 du Préambule de 1946 dispose que « tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité » et que « l'article 34 de la Constitution place dans le domaine de la loi les nationalisations d'entreprises et les transferts d'entreprises du secteur public au secteur privé » de même que « la détermination des principes fondamentaux du régime de la propriété ». Dès lors, « l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée » par le juge constitutionnel. Mais, il peut relever aussi que « le préambule de la Constitution de 1946 réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et tend seulement à compléter ceux-ci par la formulation des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps » et que c'est ce rapport de complément et de confirmation que retient le préambule de la Constitution en vigueur pour ériger elle-même son attachement aux principes de 1946. L'inconstitutionnalité pourrait donc provenir de ce que les opérateurs juridiques seraient en mesure d'établir « que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions précitées de la Déclaration de 1789 » dont l'article 17 énonce lui-même que la « nécessité publique, légalement constatée », peut exiger une privation de l'individu de son droit de propriété. Il est bien évident que les contours de cette « nécessité publique » ne peuvent être les mêmes en 1789 que de « nos jours » et au moment où il statue,

⁹²¹ cf. *supra*, 1^{ère} partie, titre I, chap. 1, § 2.

⁹²² M.-C. PONTTHOREAU, *op. cit.*, p. 168.

⁹²³ CC, n° 81-132 DC, préc., cons. 16.

⁹²⁴ Cons. 13 à 20.

le juge constitutionnel doit prendre en compte que « les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général » ; mais parce qu'il a pu établir (ou rétablir) que « les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle », le Conseil peut se référer, « en invoquant () la lettre de la Déclaration »⁹²⁵, aux fondements « naturels, inaliénables et sacrés » de celle-ci et le transposer en une affirmation d'un degré élevé de justiciabilité.

Un autre exemple peut être évoqué avec la décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998⁹²⁶. L'objet de la loi contrôlée en l'espèce pousse le juge constitutionnel à réaffirmer le respect par le législateur des « droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés », quand bien même tiendrait-il de l'article 34 de la Constitution de « pouvoirs » concernant la détermination des « principes fondamentaux (...) du droit du travail ». Le Conseil note d'abord que « la loi déférée fixe la durée légale du travail effectif à trente-cinq heures par semaine, au 1^{er} janvier 2000 pour les entreprises de plus de vingt salariés, et au 1^{er} janvier 2002 pour les autres entreprises ». En d'autres termes, de façon unilatérale, le législateur décide de bouleverser l'ensemble des relations régies par le Code du travail et de façon encore plus originale, « dans le but d'inciter les entreprises à réduire, par anticipation, d'ici l'une ou l'autre de ces échéances selon le cas, la durée du travail, tout en créant ou en préservant des emplois, la loi comporte un dispositif d'aides financières venant en déduction des charges patronales de sécurité sociale, dont la mise en œuvre est subordonnée à la conclusion d'un accord collectif de travail ». Cet aspect des choses est particulièrement critiqué, particulièrement dans la saisine des parlementaires d'opposition. L'enjeu socio-économique est particulièrement important, de même que l'enjeu politique puisqu'il s'agit d'un engagement majeur de la nouvelle majorité à l'Assemblée nationale à ce moment-là.

A l'instar du raisonnement tenu sur les normes constitutionnelles applicables aux nationalisations, dans un contexte particulier « d'alternance »⁹²⁷, « de controverses et de revendications de prétention », « l'appel au "fondamental" prend place dans [une] logique ascensionnelle de l'argumentation ». Du point de vue du juge constitutionnel, interprète authentique au sein de l'ordre juridique et en tant que tel, « producteur de norme juridique », le concept générique de « droits fondamentaux » lui « permet de modifier le statut des droits

⁹²⁵ cf. R. SAVY, « La constitution des juges », *D.*, 1983, chron., p. 107.

⁹²⁶ Préc., *Rec.* 258.

⁹²⁷ Sur cette question : M.-C. STECKEL, *Le Conseil constitutionnel et l'alternance*, LGDJ, 2002.

en cause (niveau de protection, priorité d'application...), sans nécessairement leur conférer une valeur supérieure dans la hiérarchie des normes. Le Conseil constitutionnel, on le sait, ne confère pas aux droits fondamentaux constitutionnels une valeur hiérarchique supérieure (...).

La seule exigence à respecter est que le processus de conciliation ne conduise pas à réduire le niveau de garantie d'exercice des droits fondamentaux »⁹²⁸.

Au final, sur l'emprunt conceptuel externe lié au syntagme de « droits fondamentaux » et dans la perspective du discours sur la signification de l'office interne de constitutionnalité, « on peut se demander si les juges ne trouvent pas dans le droit étranger un support pour mieux comprendre leur propre droit et ainsi aborder de "manière plus créative ou avec plus de perspicacité"⁹²⁹ un problème juridique nouveau ou / et controversé »⁹³⁰ ; ce qui semble s'être posé à la juridiction constitutionnelle lorsqu'elle a été amené à trancher la question du « statut constitutionnel des étrangers » qu'il semble « possible de résumer ainsi : si, à la différence des Français, les étrangers ne disposent pas d'un droit d'entrée et de séjour sur le territoire de la République, ils bénéficient, une fois régulièrement installés, des mêmes droits fondamentaux que les nationaux et le législateur peut leur imposer "des dispositions spécifiques" que si elles sont destinées à assurer la sauvegarde de l'ordre public, objectif de valeur constitutionnelle »⁹³¹. Il est intéressant de relever une certaine évolution dans la formulation proposée par le juge constitutionnel. Dans la première décision où figure le principe selon lequel le législateur doit « respecter (...) les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République »⁹³², était également accolé le respect « des engagements internationaux de la France », de sorte que le juge aurait laissé penser que la norme de fondamentalité⁹³³ à propos des droits et libertés pouvait être cherchée dans les sources constitutionnelles mais aussi dans des sources internationales. A propos d'une loi postérieure, « relative à la maîtrise de l'immigration », le Conseil est venu rappeler que « l'appréciation de la constitutionnalité des dispositions que le législateur estime devoir prendre ne saurait être tirée (...) de la conformité de la loi avec les

⁹²⁸ V. CHAMPEIL-DESPLATS, op. cit., p. 36.

⁹²⁹ M.-C. PONTHEAU, cit. et trad. A.-M. SLAUGHTER, « A Global Community of Courts », *Harvard International Law Journal*, n° 44, 2003, p. 201.

⁹³⁰ M.-C. PONTHEAU, « Le recours à "l'argument de droit comparé" par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques », op. cit., p. 170.

⁹³¹ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 481.

⁹³² CC, n° 89-269 DC, préc., cons. 33.

⁹³³ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'enrichissement mutuel (...) Vers un contrôle de "fondamentalité" ? », op. cit., p. 135 : « il faudrait mettre fin à la distinction entre les droits fondamentaux entre les droits fondamentaux nationaux et ceux qui sont garantis par le droit international et européen. Le caractère transversal des droits fondamentaux ne s'accommode point d'une telle séparation ».

stipulations de conventions internationales mais résulte de la confrontation de celle-ci avec les seules exigences de caractère constitutionnel »⁹³⁴. Ainsi, en vertu d'une jurisprudence bien établie⁹³⁵, « si le Conseil constitutionnel ne vérifie pas dans le cadre de l'article 61 que la loi est conforme aux traités, cela ne signifie pas que le législateur soit autorisé à transgresser la règle de suprématie du traité sur la loi interne édictée par l'article 55 de la Constitution »⁹³⁶.

Il apparaît alors que l'emploi du concept de « droits fondamentaux » en la matière, inspiré donc du droit comparé à partir du moment où il n'existe pas dans les sources juridiques internes, va aboutir en quelque sorte dans le langage constitutionnel employé par l'organe émetteur de l'acte constitutionnel à ce que le professeur Otto Pfersmann, du point de vue d'un méta-discours comparatiste sur le droit, désigne comme une « interprétation conceptuelle différenciée »⁹³⁷ qui, sous l'angle de l'analyse d'un discours provenant de la sphère « authentique » du droit, pourra être qualifiée d'« inversée » puisqu'elle aboutit *in fine* à une réaffirmation du champ constitutionnel interne en matière de droits et libertés.

Ceci s'avère particulièrement net, selon nous, dans la reconnaissance constitutionnelle du droit d'asile⁹³⁸ et de l'évolution qu'en a fait le juge constitutionnel dans sa décision controversée du 13 août 1993⁹³⁹. En effet, il semble que le Conseil constitutionnel ait notamment « surpris en affirmant que non seulement l'alinéa 4 du Préambule [de 1946] produisait directement des effets mais qu'au surplus il fallait désormais l'interpréter comme comportant l'obligation pour l'Etat (d'une manière générale) d'autoriser le demandeur d'asile à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande »⁹⁴⁰. De la sorte, dans la sphère des conventions internationales, le droit d'asile se présente comme une prérogative de l'Etat, tandis qu'en filigrane du raisonnement du juge constitutionnel, ledit droit doit bénéficier, « sur les territoires de la République », à « *tout homme* persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ».

Dès lors, dans la lignée d'un commentaire autorisé, « au sein du statut constitutionnel des étrangers tel qu'il est défini par la décision du 13 août 1993, on peut se demander en conclusion, ce qui prédomine : est-ce le particularisme de la situation du non-national ou, au

⁹³⁴ CC, n° 93-325 DC, 13/08/1993, *Rec.* 224, cons. 2.

⁹³⁵ CC, n° 74-54 DC, 15/01/1975, *Rec.* 19, cons. 7 ; n° 86-216 DC, 03/09/1986, *Rec.* 135, cons. 6 ; n° 89-268 DC, 29/12/1989, *Rec.* 110, cons. 79.

⁹³⁶ B. GENEVOIS, « Un statut constitutionnel pour les étrangers. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993 », *RFDA*, 1993, p. 871 et s. (source : base *Dalloz.fr*).

⁹³⁷ O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *op. cit.*, p. 287.

⁹³⁸ CC, n° 79-109 DC, 09/01/1980, *Rec.* 29, cons. 1 ; n° 80-116 DC, 09/01/1980, *Rec.* 36, cons. 5 ; n° 91-294 DC, 25/07/1991, *Rec.* 91, cons. 31.

⁹³⁹ CC, n° 93-325 DC, *préc.*, cons. 81.

⁹⁴⁰ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, 15^{ème} éd., n° 36, p. 636.

contraire, l'affirmation d'une protection constitutionnelle qui vaut pour quiconque réside sur le territoire de la République ». Pour l'auteur, il paraît de façon assez claire qu'« en définitive, la décision du 13 août 1993 ne concerne pas seulement la situation des étrangers mais les droits et libertés constitutionnellement garantis à toute personne »⁹⁴¹. En définitive surtout, le concept générique de « droits fondamentaux » reste un signifiant conceptuel « étranger » à l'ordre constitutionnel interne où la catégorie s'est muée, sous l'impulsion d'ailleurs du pouvoir de révision constitutionnelle puis du législateur organique, en « droits et libertés garantis par la Constitution » figurant à l'article 61-1 de la Constitution et à l'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, distincts par exemple des « droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne »⁹⁴² jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, ou des « droits fondamentaux appartenant à toute personne humaine »⁹⁴³ dans le champ d'application du Traité instituant une Cour pénale internationale.

⁹⁴¹ B. GENEVOIS, « Un statut constitutionnel pour les étrangers (...) », op. cit. (base *Dalloz.fr*).

⁹⁴² cf. CC, n° 2004-496 DC, 10/06/2004, *Rec.* 101, cons. 7.

⁹⁴³ CC, n° 98-408 DC, 22/01/1999, *Rec.* 29, cons. 12.

2. Second niveau d'argument : l'emprunt méthodologique

La décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008⁹⁴⁴ a été l'occasion pour le Conseil constitutionnel d'extérioriser, au sein même de la rédaction des motifs, la mise en œuvre de « la plénitude des techniques de contrôle susceptibles d'être opérées sur »⁹⁴⁵ le type de mesure pénale en cause lors de cette saisine. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*, les parlementaires requérants contestent le dispositif « de la rétention de sûreté et de la surveillance de sûreté » prévu comme particulier par son inscription formelle au code de procédure pénale, en ce sens également, sur un plan plus matériel, qu'il est censé être applicable aux personnes concernées « après l'exécution d'une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour les crimes d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration commis soit sur une victime mineure, soit sur une victime majeure à condition, dans ce dernier cas, que le crime ait été commis avec certaines circonstances aggravantes ».

Ainsi, comme le prévoit le nouvel article 706-53-13 du Code mentionné ci-dessus, si « la rétention de sûreté consiste dans le placement de la personne intéressée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure », il n'en reste par moins, du point de vue de situations individuelles d'ordre exceptionnel, que celles pour lesquelles « il est établi, à l'issue d'un réexamen de leur situation intervenant à la fin de l'exécution de leur peine, qu'elles présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité, peuvent faire l'objet à l'issue de cette peine d'une rétention de sûreté ».

Eu égard aux moyens développés dans la saisine, le juge constitutionnel se retrouve face à une sorte de dilemme quant à la qualification du régime de « sûreté » pénale, dans le prononcé de la « rétention » et de son prolongement dans le concept de « surveillance », « si la rétention de sûreté n'est pas prolongée ou s'il y est mis fin en application » des conditions prévues par la loi et « si la personne présente des risques » de récidive des infractions criminelles conditionnant l'application du régime procédural dérogatoire ; outre le fait que, comme le souligne les auteurs commentant les *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, « dans la pratique, ce type de situation pouvait parfaitement être réglée par la procédure de

⁹⁴⁴ *Rec.* 89.

⁹⁴⁵ cf. CCC, n° 24, 2008, p. 21.

l'hospitalisation d'office des personnes susceptibles de compromettre l'ordre public et la sécurité des personnes désormais régie par la loi du 4 mars 2002, cette nouvelle procédure de rétention de sûreté, quelle que soit l'analyse juridique que l'on peut en faire, apparaît bel et bien comme une "peine après la peine" »⁹⁴⁶.

L'enjeu n'est pas mince. La « peine » est au fondement de la constitutionnalisation de la matière pénale, notamment à partir de la concrétisation normative de l'article 8⁹⁴⁷ de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 selon lequel « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ». Au niveau constitutionnel, il semble en ressortir qu'au champ de la garantie pénale doit correspondre celui défini par la mesure « ayant le caractère d'une punition »⁹⁴⁸. S'il s'agit bien du critère retenu par le Conseil constitutionnel pour distinguer « le régime des peines de celui des mesures qui n'ont pas ce caractère punitif », « à la définition qui pourrait, il est vrai, être réductrice et trop rigide, est préféré le faisceau d'éléments qui permet de mieux appréhender l'extrême diversité des mesures adoptées par le législateur »⁹⁴⁹. En d'autres termes, en l'espèce, « le Conseil dit ce que la rétention de sûreté n'est pas mais ne dit pas ce qu'elle est »⁹⁵⁰. Il est souligné, sur cet objet juridique non identifié en droit français, que, « même confrontée aux critères dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme, l'hésitation est permise : la nature et la gravité de la rétention de sûreté penchant en faveur de la qualification de peine, tandis que son but préventif et son éloignement de la faute la détachent de cette étiquette »⁹⁵¹. Cependant, il s'avère possible de vérifier, bien que cela ne soit pas censé lier l'appréciation du juge constitutionnel, le fait selon lequel « le code pénal ne rejette pas l'idée que certaines sanctions aient pour objet d'être des mesures de sûreté mais il fait le choix de les qualifier de peines complémentaires car elles sont ressenties comme telles et présentent un caractère afflictif et/ ou contraignant. Qualifiées de peines complémentaires, les mesures de sûreté bénéficient de toutes les garanties dont bénéficient les peines »⁹⁵².

Or, la réponse constitutionnelle paraît reposer sur un paradoxe, voire une contradiction. Par analogie avec les caractères mis en exergue à propos de la « surveillance électronique mobile », en ce que la rétention de sûreté « repose non sur la culpabilité du

⁹⁴⁶ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, op. cit., n° 48, p. 823.

⁹⁴⁷ CC, n° 79-109 DC, 09/01/1980, *Rec.* 29, cons. 7 ; surtout : n° 80-127 DC, 20/01/1981, *Rec.* 15, cons. 7.

⁹⁴⁸ cf. CC, n° 2008-562 DC, préc., cons. 8.

⁹⁴⁹ B. de LAMY, « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? », *RSC*, n° 1, 2009, p. 168.

⁹⁵⁰ C. LAZERGUES, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *RSC*, n° 3, 2008, p. 740.

⁹⁵¹ B. de LAMY, op. cit., p. 169.

⁹⁵² C. LAZERGUES, op. cit., p. 741.

condamné, mais sur sa dangerosité » et « qu'elle a pour seul but de prévenir la récidive »⁹⁵³, l'éventuelle mise en œuvre de cette procédure « n'est ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition ; que la surveillance de sûreté ne l'est pas davantage ; que, dès lors, les griefs tirés de la méconnaissance de l'article 8 de la Déclaration de 1789 sont inopérants », tout comme « le grief tiré de la violation de la présomption d'innocence ». Simplement, comme le relève le professeur Bertrand de Lamy, « la décision commentée devait être dictée davantage par des considérations de philosophie pénale à la lumière des principes posés dans la Déclaration de 1789 : la France peut-elle abandonner le modèle qui est traditionnellement le sien et laisser émerger, dans l'environnement pénal, la notion de "dangerosité" jouxtant celle de "culpabilité" et pouvant donner lieu à des mesures de même nature »⁹⁵⁴ ?

Dans cette lignée d'analyse, d'autres commentaires ont fait remarquer que, « historiquement, le droit positif français a toujours fait preuve de réticence en matière d'adoption de mesures *ante delictum*, c'est-à-dire, en l'absence de toute infraction légalement constatée. La récidive, dans le domaine des délits et crimes sexuels, a cependant incité le législateur à mettre en place un arsenal de dispositions, dont les plus connues sont le suivi socio-judiciaire, l'injonction de soins, la surveillance électronique mobile et la surveillance judiciaire des personnes les plus dangereuses »⁹⁵⁵.

Du point de vue de la qualification juridique, par le cadre prévu par l'article 706-53-14 du code de procédure pénale en vertu duquel une commission *ad hoc* « conclut à la particulière dangerosité du condamné [et] peut proposer, par un avis motivé, que celui-ci fasse l'objet d'une rétention de sûreté dans le cas » notamment de l'insuffisance du cadre préventif préexistant à la mise en place du dispositif, le législateur fournit l'indication que la rétention de sûreté « est un degré supplémentaire dans la panoplie des mesures de sûreté »⁹⁵⁶.

Du point de vue de la nature juridique en revanche, les principes constitutionnels couvrent le champ de la privation de liberté, en tant que qualité irréductible de l'individu dans l'ordre constitutionnel. Le sens en jeu ici semble devoir constituer le plus petit dénominateur commun à l'idée de liberté pouvant être définie comme un principe général⁹⁵⁷ de droit. « Au soutien de [cette] approche, la liberté individuelle est assimilée à la "sûreté". Sa définition classique se résume à son tour en deux mots "*habeas corpus*", ce qui signifie littéralement

⁹⁵³ cf. CC, n° 2005-527 DC, 08/12/2005, *Rec.* 153, cons. 14.

⁹⁵⁴ B. de LAMY, « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? », *op. cit.*, pp. 169-170.

⁹⁵⁵ W. BENESSIANO, « Mesures de sûreté, conflits de lois dans le temps et droit constitutionnel pénal. A propos, notamment, de la décision n° 2008-562 DC du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 76, 2008, p. 847.

⁹⁵⁶ cf. CCC, n° 24, 2008, p. 20.

⁹⁵⁷ P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 20^{ème} éd., LGDJ, 2008, p. 136.

"avoir son corps" »⁹⁵⁸. Ce sens physique⁹⁵⁹ est l'un des rares concernant la liberté individuelle « à figurer dans le texte de la Constitution du 4 octobre 1958 », en se référant à son article 66 selon lequel « nul ne peut être arbitrairement détenu ». Considérant la rétention de sûreté, le juge constitutionnel paraît trouver les critères d'une détention de la liberté physique d'autant plus rigoureuse quant à sa « durée » légale d'un an, « son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction »⁹⁶⁰. Dès lors, la garantie constitutionnelle liée à la « nature privative de liberté » d'une action législative est en mesure de subsumer non seulement la peine punitive mais aussi toute autre mesure « exceptionnelle »⁹⁶¹ insérée dans le corpus normatif formant la procédure pénale et « qui conduit à une privation totale de liberté ». En dehors du cadre répressif, lié à la culpabilité, le régime de la « dangerosité » « doit respecter le principe (...) selon lequel la liberté de la personne ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire »⁹⁶². Ce « critère de la "rigueur nécessaire" » apparaît comme l'un des accompagnements dans la jurisprudence constitutionnelle du tournant proactif⁹⁶³ des politiques pénales se mesurant dans la finalité des instruments de procédure pénale.

Pour en revenir à la prévention de la récidive « par des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité », le raisonnement constitutionnel se trouve nécessairement dans l'opposition entre la sûreté individuelle et la sûreté sociétale. Ces deux pôles sont les fondements nécessaires de la société libérale héritée dans l'ordre constitutionnel en vigueur de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Si selon l'article 5 de ce texte, « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société », « l'article 12 de la Déclaration de 1789, rarement cité, nous indique que "la garantie des droits de l'homme et du citoyen", celle-là même qui est une condition de la démocratie, "nécessite une force publique". Or le but de la force publique, c'est le maintien de l'ordre public, ordre public qui ne doit pas être "troublé", nous dit l'article 11, ordre public dont la Constitution de 1848 avait fait l'une des bases de la République »⁹⁶⁴.

⁹⁵⁸ A. PENA-SOLER, in L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 908.

⁹⁵⁹ cf. J. GICQUEL, J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22^{ème} éd., Montchrestien, 2008, p. 84.

⁹⁶⁰ CC, n° 2008-562 DC, préc., cons. 10.

⁹⁶¹ cf. CCC, n° 24, 2008, p. 21.

⁹⁶² CC, n° 2005-527 DC, préc., cons. 16.

⁹⁶³ Pour exemple, nous nous permettons de renvoyer à : V. THIBAUD, « Législation antiterroriste, lutte contre la criminalité organisée : le Conseil constitutionnel face aux politiques pénales contemporaines », in AFDC, *VIIe Congrès français de droit constitutionnel*, Paris, 26/09/2008, publication : <http://www.afdc.fr/congresParis/comC5/ThibaudTXT.pdf>.

⁹⁶⁴ R. FRAISSE, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », *LPA*, n° 46, 2009, p. 75.

La solution de principe réside en ce « qu'il incombe en effet au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ». Néanmoins, la particularité sous-jacente de la rétention de sûreté, tant par ses destinataires que dans ses modalités d'application, fait que le juge ressent le besoin de mettre « en œuvre la plénitude des techniques de contrôle susceptibles d'être opérées sur cette mesure ». En l'espèce, « les atteintes portées à l'exercice [des] libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi ». Il pourrait être seulement souligné que l'organe juridictionnel exerce un contrôle de proportionnalité qui, somme toute, « n'est pas inédit dans la jurisprudence constitutionnelle française ». Les analyses communément admises de ce contrôle l'ont vu comme semblant « emprunter les différentes voies de contrôle de proportionnalité telles qu'elles ont été systématisées par la Cour constitutionnelle et la doctrine allemandes »⁹⁶⁵ ; mais en interne de la juridiction constitutionnelle de reconnaître également que, « contrairement à certaines cours suprêmes ou constitutionnelles étrangères, où les trois éléments du triple test [sont] actionnés simultanément pour contrôler une limitation d'un droit ou d'une liberté »⁹⁶⁶, avant d'être saisi de la loi instaurant la rétention de sûreté dans les normes de procédure pénale, « le Conseil n'avait jamais utilisé ensemble les trois éléments de ce triple test mais séparément ou deux par deux »⁹⁶⁷ alors que, suivant « l'argument de droit comparé », il apparaît que ceux-ci constituent un principe de proportionnalité qui s'apparente, selon les termes de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, à une « norme constitutionnelle générale au regard de laquelle la liberté d'agir peut être restreinte »⁹⁶⁸. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois, la décision n° 562 DC du 21 février 2008 reste le seul précédent en la matière. En d'autres termes, le degré d'exception de la mesure a créé l'opportunité d'un plein contrôle de l'atteinte à la liberté individuelle, à l'inverse de la tendance mise en exergue dans des études en volume de la jurisprudence selon laquelle, à propos des libertés de l'individu, « le contrôle de proportionnalité sur les atteintes qui y sont portées est le plus souvent restreint, les atteintes légères à la liberté individuelle *stricto sensu* faisant d'ailleurs l'objet d'un traitement identique »⁹⁶⁹.

⁹⁶⁵ V. LE BIHAN, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 30, 1997, p. 227.

⁹⁶⁶ R. FRAISSE, *op. cit.*, p. 77.

⁹⁶⁷ cf. *CCC*, n° 24, 2008, p. 21.

⁹⁶⁸ cf. *BVerfGE*, t. 90, pp. 145-199, spéc. p. 172 ; trad. M. FROMONT, in *GDCCE*, *op. cit.*, n° 1, p. 5.

⁹⁶⁹ V. LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *CCC*, n° 22, 2007, p. 144

Le recours à l'Allemagne semble s'opérer presque naturellement par le rapprochement des législations, sur un plan formel – le dispositif allemand comparable se dénomme « détention de sûreté » (*Sicherungsverwahrung*) selon la traduction⁹⁷⁰ demandée par le Conseil constitutionnel – et matériel. Le précédent constitutionnel allemand⁹⁷¹, issu d'un recours constitutionnel individuel sur le fondement de l'article 93, alinéa 4 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949, serait opératoire en vue de la concrétisation constitutionnelle interne au droit français applicable à la matière pénale. Mais il n'a pas été manqué de souligner une forme de « relativisme »⁹⁷² à « ce contrôle de la proportionnalité, bien que désormais plus raffiné » en apparence. Du point de vue de la portée du standard de contrôle appliqué, cette apparence « peut apparaître comme choquante ». Il ressort de la décision du 21 février 2008 que « le Conseil ne vérifie pas si la mesure, même nécessaire n'est pas, par les charges qu'elle crée, hors de proportion avec le résultat recherché ». La distinction formelle sur la « proportionnalité » du régime de la rétention de sûreté reste placée sous le sceau de la nécessité. La méthode du juge « emprunte donc à ses modèles – dans la jurisprudence constitutionnelle allemande, le contrôle de la nécessité est également dominant – mais s'en éloigne au moins sur un point : le contrôle de la nécessité exercé chez nous est, sauf exception, entendu plus restrictivement »⁹⁷³. En étudiant de façon comparative⁹⁷⁴ « le recours à "l'argument de droit comparé" par le juge constitutionnel », le professeur Marie-Claire Ponthoreau en arrive à l'idée selon laquelle « les problèmes liés à l'utilisation de cette méthode ne semblent toutefois pas se poser dans les mêmes termes selon que les juges constitutionnels l'emploient de manière répétée ou, au contraire, occasionnelle. Dans cette dernière hypothèse, le risque est de voir "l'argument de droit comparé" se transformer en argument d'autorité : "cela se pratique ailleurs, c'est bon pour nous". Dès lors, le recours à "l'argument de droit comparé" est avant tout rhétorique »⁹⁷⁵. Il faut alors rappeler la relation entre le juge et l'auditoire institutionnel de la décision. Le contrôle porte au moins autant sur

⁹⁷⁰ Réalisée par O. JOOP comme l'atteste le *Dossier documentaire* accompagnant la décision n° 2008-562 DC disponible sur le site Internet du Conseil constitutionnel (source : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2008/2008-562-dc/dossier-documentaire.12346.html>). La traduction littérale du terme « Verwahrung » amène aussi à l'idée de « garde »...

⁹⁷¹ *BVerfG*, 2 BvR 2029/01 vom 5.2.2004.

⁹⁷² cf. *GDCC*, op. cit., n° 48, p. 827.

⁹⁷³ V. LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », *LPA*, n° 46, 2009, p. 65.

⁹⁷⁴ Voir : M.-C. PONTTHOREAU, « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, n° 1, 2005, p. 7 et s.

⁹⁷⁵ M.-C. PONTTHOREAU, « Le recours à "l'argument de droit comparé" par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques », op. cit., p. 180.

la mesure que sur le degré de pouvoir discrétionnaire mis en œuvre dans l'appréciation législative de la matière concernée.

Au final, avec la décision sur la rétention de sûreté, par l'extériorisation dans la motivation d'un « argument de droit comparé » de justification de la façon dont le juge a mis en œuvre son office, « l'impression générale que l'on retire (...) est celle d'un perfectionnement "horizontal" des moyens de contrôle, qui permettent progressivement de saisir l'acte législatif dans ses différents éléments »⁹⁷⁶. En mesurant tout l'artificialisme qui sous-tend cette démarche quant à la réalité du contrôle exercé, eu égard au fait qu'« en droit constitutionnel français, il n'existe pas de principe général de proportionnalité qui soit imposé par les textes ou déduits de ceux-ci », le discours se recentre sur les techniques de contrôle. L'angle de vue devient formel, dans la structuration d'un discours fonctionnel. L'analyse réaliste postule que « toute juridiction, qu'elle soit ou non constitutionnelle, doit, en l'absence de texte y procédant, déterminer les moyens par lesquels elle contrôlera les actes qui lui sont soumis. La liberté dont elle dispose dans cette entreprise est toutefois limitée par la prise en compte des diverses contraintes – juridiques et extra-juridiques – qui pèsent sur elle et qui, intériorisées, vont s'inscrire dans les choix opérés. Une telle liberté s'est concrétisée, du côté du juge administratif français, par l'adoption de la systématique des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir. Elle trouve aujourd'hui une nouvelle illustration dans le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel »⁹⁷⁷, en lien avec l'idée de « contrôle des motifs » déjà éprouvée dans l'ordre administratif, en termes de contrôle de validité normative.

⁹⁷⁶ V. LE BIHAN, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », op. cit., p. 266.

⁹⁷⁷ V. LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in AIDC, *VIIe Congrès international de droit constitutionnel*, Athènes, 2007, source : <http://www.afdc.fr/athenes/lebihan3.pdf>.

§ 2 – La structure conceptuelle de l’office de constitutionnalité autour d’une culture interne de droit public

De sa position et de sa posture privilégiée, le doyen Vedel, pourtant promoteur dans la pensée publiciste française des « bases constitutionnelles du droit administratif »⁹⁷⁸, aimait pourtant à rappeler, plutôt dans la dernière partie de sa vie et de son œuvre, que « la Constitution fonde l’ordre juridique sans expliquer ni impliquer la plupart des normes qui le composent »⁹⁷⁹. Il pouvait également insister sur la « réalité » selon laquelle, « en existence et en essence (...) le droit français est né et a vécu avec une belle santé avec la Constitution de 1958. Celle-ci a mis à jour une source trop longtemps cachée. Elle n’a pas englouti nos vieux fleuves dans un océan sans rivages », et, se positionnant dans le débat théorique majeur à propos des rapports entre le juge constitutionnel et les autres branches du droit, il estimait que « les règles écrites ou jurisprudentielles qui composent le droit civil, le droit pénal, le droit commercial, etc. ne sont (...) les produits de déductions juridiques à partir de l’axiomatique constitutionnelle »⁹⁸⁰.

Dans le même ordre d’idées, pour les professeurs De Béchillon et Molfessis, « une des clés essentielles pour comprendre le contentieux constitutionnel réside dans le fait que le Conseil est *institutionnellement contraint* de tenir compte des règles et solutions qui préexistent à ses interventions. (...) Un tel phénomène signifie simplement que le Conseil ne peut, *toujours en pratique*, se conduire comme un révolutionnaire qui viendrait au seul prétexte qu’il est porteur de la protection des droits constitutionnels, mettre à mal ou ignorer des pans entiers du système juridique »⁹⁸¹.

L’analyse de la structure conceptuelle de l’acte de langage délivré dans la décision constitutionnelle renvoie au « contenu logique » par le biais duquel le juge formule l’expression rhétorique de son raisonnement, en d’autres termes en arrière-plan, la façon dont il construit et motive sa décision devant rendre compte de son office de type juridictionnel. Au sein de l’ordre juridique, nous avons pu mesurer tantôt qu’il était possible de dégager une tradition à propos de la question de la motivation des jugements. Il fallait donc que le nouveau juge constitutionnel puisse construire un acte décisionnel qui mette en adéquation, dans la

⁹⁷⁸ Du titre de son fameux article, in *EDCE*, 1954, p. 21.

⁹⁷⁹ G. VEDEL, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d’Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges René Chapus. Droit administratif*, Montchrestien, 1992, p. 671.

⁹⁸⁰ G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », op. cit., p. 57.

⁹⁸¹ D. de BECHILLON, N. MOLFESSIS, « Le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit. Propos introductifs », op. cit., p. 103.

forme et sur le fond, l'installation et le développement de son office dans un cadre langagier pouvant être perçu par ses potentiels « partenaires »⁹⁸² comme ayant un caractère juridictionnel.

Sans faire de sociologie juridique de bas niveau, il s'est avéré « qu'au cœur de la mission du Conseil constitutionnel se trouve la tâche de déterminer si les actes d'une autorité publique (le législateur) sont ou non-conformes quant à leur forme et leur contenu⁹⁸³ aux prescriptions d'une norme supérieure, la Constitution. Or, voilà que, avec une expérience plus que séculaire, le Conseil d'Etat remplit la mission de déterminer si des actes d'une autorité publique (l'exécutif et ses agents) sont ou non-conformes à une norme supérieure, la loi. Il ne s'ensuit certes pas que les deux contrôles que l'on vient d'évoquer comportent des pouvoirs identiques pour les juridictions qui en sont chargées ni les mêmes solutions, ni les mêmes effets. Mais l'appareillage logique qu'ils exigent est le même »⁹⁸⁴.

De façon stipulative, considérons avec le doyen Vedel que « le recours pour excès de pouvoir, *prototype* d'un instrument de contrôle des normes subordonnées par référence à des normes supérieures, a fourni un modèle au contrôle de constitutionnalité »⁹⁸⁵. Sur cette problématique, la question théorique n'est pas celle du « dialogue » mais plutôt celle de « l'influence ». Sur le plan épistémologique, cela impliquerait donc de développer un discours en termes de « réception » notionnelle et / ou conceptuelle (A) et tenter de faire application du modèle à un élément culturel prégnant dans la sphère publiciste (B) : l'intérêt général.

A) Une théorie de la « réception »

Le point de départ du raisonnement est constitué par « l'acquis de la vieille maison voisine », en termes plus techniques et juridiques, par des « données acquises dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et touchant à des règles de fond de notre droit public »⁹⁸⁶. Comme le souligne Laurent Habib, dans la logique de ce type de discours analytique, il s'agit bien d'opérer, sur le plan intellectuel et dans un premier temps de l'analyse au moins, un « rapprochement formel du contentieux constitutionnel par rapport au contentieux administratif ». Ce postulat aurait « des vertus certaines : il permet au juriste de mieux

⁹⁸² J.-M. GARRIGOU-LAGRANGE, « Les partenaires du Conseil constitutionnel ou De la fonction interpellatrice des juges », *RDP*, n° 3, 1986, part. pp. 649-652.

⁹⁸³ CC, n° 75-57 DC, 23/07/1975, *Rec.* 24, cons. 1.

⁹⁸⁴ G. VEDEL, « Préface », in A.-S. OULD BOUBOUT, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica – PUAM, 1987.

⁹⁸⁵ G. VEDEL, « Aspects généraux et théoriques », *op. cit.*, p. 6.

⁹⁸⁶ G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », *op. cit.*, p. 58.

comprendre ce qu'a voulu dire le Conseil et supposer ce qu'il fera à l'avenir, il montre la volonté du Conseil de juridiciser son contrôle ; enfin et surtout, il tend à prouver que l'élaboration doctrinale et conceptuelle du Conseil ne se fait pas "dans le vide" »⁹⁸⁷.

Sur un « terrain ayant déjà été préparé et balisé par des études antérieures dont [la présente] réflexion est largement tributaire », c'est donc le terme de « réception » qui est retenu pour décrire le rapport de « rapprochement » entre les contentieux normatifs administratif et constitutionnel. Il a pu être proposé le vocable d'« intégration »⁹⁸⁸, dont il a été mis en doute, à juste titre, qu'il « corresponde exactement à la réalité du phénomène (...) avec une signification aussi lourde de sens ». En effet, ce terme « comporte une idée "forte" (...) : celle d'une sorte d'absorption, d'incorporation du droit administratif dans la jurisprudence constitutionnelle ».

Dans son signifié, l'idée de « réception » implique certainement « une approche plus nuancée », et « l'intégration » pourrait alors apparaître comme la désignation d'un certain degré sans doute élevé de « réception », au regard de l'ontologie de l'analyse intégrationniste. Proposée par le professeur Franck Moderne, celui-ci indique vouloir se concentrer sur la « réalité » d'un « phénomène » finalement assez difficile à saisir et pour lequel il ne paraît « pas certain que le terme [descriptif choisi « d'intégration »] doit être ici pris au pied de la lettre, avec une signification aussi lourde de sens ». L'angle retenu est d'abord « technique », dans l'optique d'une tentative « d'expliquer une démarche qui est celle du Conseil constitutionnel en face d'un droit administratif dont il ne songe pas à remettre en cause la pertinence ou le bien-fondé ».

En vue de l'explication dudit « phénomène », il semble qu'il faille partir d'un postulat d'autonomie de branches – droit administratif et droit constitutionnel jurisprudentiel – qui doit permettre, au moment de l'analyse dans la sphère de la connaissance juridique, la compréhension d'un aspect de « l'office du juge constitutionnel » dans ses rapports conceptuels avec la jurisprudence administrative qui le « conduit » à ne pas « récuser celle-ci » et surtout, doit l'amener à en dégager « la part qui lui paraît nécessaire pour assurer un contrôle cohérent de l'action normative des pouvoirs publics »⁹⁸⁹. En d'autres termes, le modèle compréhensif considère, suivant la perspective choisie, que l'office constitutionnel

⁹⁸⁷ L. HABIB, « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », op. cit., p. 719.

⁹⁸⁸ cf. F. MODERNE, « L'intégration du droit administratif par le Conseil constitutionnel », in G. DRAGO, B. FRANCOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p. 68.

⁹⁸⁹ F. MODERNE, op. cit., p. 86.

« comporte nécessairement une analyse tendant à déterminer ce qui, dans les acquis de cette jurisprudence, doit être regardé comme correspondant à une norme de niveau supra-législatif, opération qui, par définition, échappe au juge administratif et dont, en tout cas, il ne pourrait imposer le résultat au législateur »⁹⁹⁰.

Le générique de « réception » recouvre, sur le plan de l'effet juridique de l'opération considérée, « la reconnaissance à la notion ou à la règle "reçue" d'une valeur de degré constitutionnel »⁹⁹¹. Cette « constitutionnalisation » de la règle de droit administratif se fait selon une gradation du degré de réception des principes de droit administratif, en fonction de la valeur initiale du principe dans la hiérarchie administrative (exemple d'un principe général du droit) et surtout en fonction de ce dont a besoin le juge constitutionnel à son niveau normatif, soit d'un principe de fond à valeur constitutionnelle opposable au législateur, soit d'un principe technique comme une « garantie légale » à l'appui de la détermination du régime d'exercice de droits ou de libertés constitutionnellement garantis.

L'échelle *typologique* introduite par le doyen Vedel, suivant un procédé intellectuel qui relève de l'induction, comporte quatre niveaux, déployée dans une sorte d'ordre décroissant : un échelon de « réception – confirmation », de « réception – transposition » et de « réception – partition » ; à côté de cette gradation, le modèle se complexifie légèrement par l'insertion d'une distinction entre « réception » et « reconnaissance » fondant une « quatrième rubrique pour le cas où le juge constitutionnel, sans récuser la validité d'une des données de la jurisprudence administrative au niveau infra-constitutionnel, lui refuse l'accès au niveau constitutionnel »⁹⁹². Il s'agira de la « reconnaissance sans réception ».

La forme de « réception – confirmation » consiste pour le juge constitutionnel à simplement reprendre une solution dégagée par le Conseil d'Etat sur une question constitutionnelle que celui-ci a pu connaître à l'occasion du contrôle normatif de validité qu'il opère sur les actes administratifs, ce qui est une possibilité d'une figure du « juge administratif, juge constitutionnel »⁹⁹³ dans la limite de la théorie dite de la « loi – écran ».

Le juge constitutionnel peut s'en tenir à des hypothèses de « réception – transposition » qui pourraient être décrites par un « effet d'antériorité »⁹⁹⁴, aboutissant à ce que « le juge constitutionnel parvient aux mêmes solutions que le juge administratif, chaque juge se prononçant à son niveau sur les mêmes problèmes mais le juge administratif ayant

⁹⁹⁰ G. VEDEL, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », op. cit., p. 652.

⁹⁹¹ G. VEDEL, op. cit., p. 653.

⁹⁹² G. VEDEL, *ibid.*

⁹⁹³ Lointain écho à : F. BATAILLER, *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel*, LGDJ, 1966.

⁹⁹⁴ F. MODERNE, op. cit., p. 76.

statué le premier et donc montré le chemin à la juridiction constitutionnelle »⁹⁹⁵. L'exemple de « matière » ou de « domaine » employé « pour illustrer ce propos » s'impose comme celui « des droits fondamentaux et des libertés publiques »⁹⁹⁶.

Dans d'autres cas, le juge constitutionnel complexifie la forme de réception suivant une intervention de « partition », en séparant, dans la « règle » ou « l'institution » *reçue*, ce qui relève de principes à valeur constitutionnelle et qui peut rester dans la sphère de compétences des pouvoirs législatif ordinaire et réglementaire. Par exemple, le juge constitutionnel a pu considérer que le « principe de séparation des autorités administratives et judiciaires » n'a pas « valeur constitutionnelle », « néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »⁹⁹⁷

« Devant un tableau aussi nuancé, et brossé par un des auteurs qui a contribué directement à agencer l'harmonie des formes et des couleurs, quand il n'a pas tenu lui-même le pinceau, on est amené à dire que l'on vient trop tard »⁹⁹⁸. Au sein de notre propre démarche compréhensive de la structure conceptuelle du raisonnement constitutionnel, prenons la théorie vedelienne comme « *type idéal* » de la construction d'un discours théorique sur le sens de l'office du juge constitutionnel. Il s'agit alors de confronter, de façon critique, la proposition retenue à l'utilisation par le juge constitutionnel d'une « notion incontournable dans le contrôle des actes des autorités publiques »⁹⁹⁹.

⁹⁹⁵ F. MODERNE, *ibid.*, p. 74.

⁹⁹⁶ cf. G. VEDEL, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, pp. 656-658.

⁹⁹⁷ CC, n° 86-224 DC, 23/01/1987, *Rec.* 8, cons. 15.

⁹⁹⁸ F. MODERNE, « L'intégration du droit administratif par le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 75.

⁹⁹⁹ cf. G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2004, p. 73.

B) L'exemple de « l'intérêt général »

La question de « l'intérêt général » dans le champ publiciste revêt un caractère fondamental voire « existentiel »¹⁰⁰⁰, dans le double sens de la référence à quelque chose de fondateur selon une considération temporelle inscrivant le discours dans un savoir à dimension historiciste, de même que, sur le fond, le qualificatif renvoie à l'ontologie d'un certain type de discours qui touche, directement ou indirectement, au pouvoir de l'Etat « et ses rapports avec la société »¹⁰⁰¹. Certains auteurs n'ont cessé d'insister sur « le *paradoxe* d'un concept auquel on donne une mission juridique alors que le contenu en est politique. Seul l'Etat est habilité à transcender les revendications particulières pour dégager l'intérêt collectif que servira l'administration. L'intérêt général fonde ainsi le pouvoir des autorités étatiques. Dans ces conditions, il est normal que le Conseil constitutionnel qui contrôle l'activité normative des pouvoirs publics se trouve confronté à cette notion »¹⁰⁰².

« Notion – mère »¹⁰⁰³ du droit administratif, élément de détermination (pas forcément de premier rang) du champ d'application de régimes liés au champ d'application de ce droit dérogatoire applicable eu égard à la finalité des activités administratives, l'existence et l'application de « l'intérêt général » en tant que norme dans la jurisprudence administrative, et plus particulièrement du Conseil d'Etat, n'en a pas moins suscité de nombreuses réticences¹⁰⁰⁴, une partie de la doctrine lui reprochant un contour trop vague qui permettrait trop souvent à l'autorité administrative de justifier des entorses au respect de la légalité. C'est tout le paradoxe de cette notion d'être à la fois un but invocable à l'appui de l'action et une limite. « Ainsi, le juge administratif n'a pas hésité à forger l'intérêt général comme une arme à "double" tranchant pour [les acteurs administratifs]. D'un côté, ils peuvent l'invoquer pour accroître leurs compétences, mais de l'autre, ils doivent toujours veiller à ce que leurs actions soient guidées par lui. L'intérêt général remplit donc deux fonctions dans le contrôle de légalité »¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰⁰ Voir : D. LINOTTE, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Thèse (dact.), Bordeaux I, 1975, pp. 8-45.

¹⁰⁰¹ Pour une synthèse : G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Sirey, 11^{ème} éd., 2008, pp. 520-521.

¹⁰⁰² M.-P. DESWARTE, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 13, 1993, p. 24.

¹⁰⁰³ M. WALINE, « Préface », in *Juris-Classeur administratif*, 1952, p. 9.

¹⁰⁰⁴ cf. D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, 1977, p. 368.

¹⁰⁰⁵ G. MERLAND, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *CCC*, n° 16, 2004, p. 155.

L'une est liée à la constitution, peu courante, du détournement de pouvoir¹⁰⁰⁶ devant le juge administratif, c'est-à-dire lorsque l'administration a pris une décision étrangère à tout objectif d'intérêt général¹⁰⁰⁷ ; ou dans une deuxième série d'hypothèses, quant l'autorité administrative a agi dans un intérêt général qui ne correspond pas aux prérogatives qui lui étaient conférées par la source formelle de laquelle elle a pu tirer le fondement de sa compétence¹⁰⁰⁸.

Mais c'est plutôt une deuxième fonction de l'intérêt général que le juge administratif utilise, « moins pour empêcher l'administration d'agir que pour lui permettre d'intervenir, notamment dans le domaine des droits et libertés »¹⁰⁰⁹. Le juge sauve en quelque sorte la légalité de la décision administrative concernée en ce que la limitation voire la restriction de l'exercice de tels ou tels droits ou libertés publics peut se justifier par l'invocation d'un intérêt général suffisant pour dépasser des intérêts plus restreints.

Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, « saisi d'une loi votée et en instance de promulgation » ou d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, « le Conseil constitutionnel (...) se prononce dans des conditions différentes de celles dans lesquelles la juridiction administrative est appelée à statuer sur la légalité d'un acte administratif »¹⁰¹⁰. Et il apparaît que, si le moyen lié au détournement de pouvoir est déjà difficile à établir devant le juge administratif, il semble tout simplement inopérant¹⁰¹¹ dans l'office du juge constitutionnel bien que, dans le développement des saisines parlementaires, il soit un ressort argumentatif fréquemment invoqué. Le juge constitutionnel utilise « l'intérêt général » en lien avec le développement d'un droit constitutionnel substantiel portant sur « les droits et libertés que la Constitution garantit ». Il convient de mesurer la nature de l'emploi de la notion (1) afin de tenter de comprendre la fonction d'un recours qui peut être qualifié de « technique » (2).

¹⁰⁰⁶ Voir : M. LONG et al., *GAJA*, 17^{ème} éd., Dalloz, 2009, n° 4, p. 27 et s.

¹⁰⁰⁷ Pour des exemples : CE, 14/03/1934, *Delle Rault*, *Rec.* 337 ; CE Sect., 25/01/1991, *Brasseur*, *Rec.* 23 (« Considérant que (...) la décision litigieuse a eu pour effet de limiter à la place de l'Eglise et au mercredi matin seulement la pratique du commerce ambulante dans la commune de Pavie ; qu'il ressort des pièces du dossier qu'une telle restriction a été motivée, non par les nécessités de la circulation ni pour des motifs tirés de l'ordre et de la sécurité publics mais par le souci de protéger les intérêts de certains commerçants de la localité et est, par suite, entachée de détournement de pouvoir »).

¹⁰⁰⁸ L'exemple classique est celui de : CE, 26/11/1875, *Pariset*, *Rec.* 934.

¹⁰⁰⁹ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 75.

¹⁰¹⁰ CC, n° 86-218 DC, 18/11/1986, *Rec.* 167, cons. 11.

¹⁰¹¹ cf. CC, n° 84-179 DC, 12/09/1984, *Rec.* 73, cons. 14 (« les députés auteurs de l'une des saisines font valoir que le caractère pernicieux des effets de la loi serait révélateur des intentions du législateur, selon eux, contraires à la Constitution ; que cette critique qui porte en réalité sur l'opportunité de la loi ne saurait être retenue ») ; n° 84-181 DC, 11/10/1984, *Rec.* 78.

1. L'emploi de « l'intérêt général » dans la décision de constitutionnalité

Une technique empirique assez basique, permise par le développement croissant de l'emploi des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans les sphères institutionnelles, amène à mesurer que la *notion* communément admise d'« intérêt général » fait bien partie de la *rhétorique* employée par les acteurs du contentieux constitutionnel. La « technique » susvisée est celle du moteur de recherche qui, sur le site Internet du Conseil constitutionnel, fournit deux cent dix-neuf réponses¹⁰¹² à une requête en « expression exacte », resserrée sur les seules décisions de constitutionnalité « DC » relatives à des lois ordinaires (cent quatre-vingt quatorze « documents trouvés »), aux lois organiques (vingt-cinq résultats) et aux occurrences dans les décisions « QPC » (au nombre de trente-sept).

Le constat d'une « accélération dans l'utilisation de cette notion » opéré dans une monographie¹⁰¹³ vieille d'une dizaine d'années se vérifie encore aujourd'hui. Dans l'ouvrage tiré de sa thèse, M. Guillaume Merland dressait le constat suivant : « à la fin de l'année 1993, Marie-Pauline Deswarte¹⁰¹⁴ dénombrait cinquante-trois décisions du Conseil intervenues en matière de lois organiques et de lois ordinaires y faisant référence. Cinq ans plus tard, le secrétaire général du Conseil constitutionnel, Jean-Eric Schoettl¹⁰¹⁵, faisant état d'une soixantaine de décisions (...). Depuis ce dernier recensement, la fréquence du recours à cette notion s'est intensifiée. Au 1^{er} juillet 2004, pas moins de cent-vingt-quatre décisions contenaient l'expression "intérêt général". Autrement dit, en l'espace de dix ans, le nombre de décisions qui renvoient à la notion d'intérêt général a plus que doublé »¹⁰¹⁶. Depuis 2004, la proportion positive d'évolution s'avère être comparable sur une durée encore plus courte.

Dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, le nombre de décisions est encore trop faible pour pouvoir procéder à ce type de bilan statistique. Néanmoins, sollicité dès les premières requêtes soulevées au cours d'instances sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution et renvoyées par le Conseil d'Etat au Conseil constitutionnel, le terrain du principe constitutionnel d'égalité a été l'occasion pour le juge constitutionnel, parfois bien après leur entrée en vigueur pour ce qui concerne certaines dispositions

¹⁰¹² Dernière recherche au 17/04/2011.

¹⁰¹³ A. VIDAL-NAQUET, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Mémoire DEA, Paris II, dact., 1999, p. 2.

¹⁰¹⁴ cf. M.-P. DESWARTE, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », op. cit., p. 23.

¹⁰¹⁵ cf. J.-E. SCHOETTL, « Intérêt général et Constitution », in CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 1999. L'intérêt général*, La Documentation Française, EDCE, n° 50, 1999, p. 378.

¹⁰¹⁶ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2004, p. 3.

législatives relatives à la « cristallisation » des pensions notamment accordées aux combattants ressortissants des territoires ou pays anciennement placés « sous le protectorat ou la tutelle de la France »¹⁰¹⁷, de vérifier les « motifs d'intérêt général » invoqués par les autorités législatives pour justifier ces restrictions de droits.

Il convient de relever que cette expression d'« intérêt général » ne peut pas vraiment être vue historiquement « comme un standard fixe et établi : elle chemine en compagnie d'"intérêt public", "intérêt commun", "intérêt de l'Etat", "intérêt de la nation", ou "volonté générale", pour s'en rapprocher ou parfois s'en détacher »¹⁰¹⁸. De façon plus contemporaine, certaines études administrativistes ont été amenées à rappeler que si « la terminologie n'est pas fixée : c'est vraisemblablement le signe d'une matière en évolution ». Cependant, il faut tout de même en rester à la considération selon laquelle « les termes : intérêt général, intérêt public, utilité publique, ou celui (...) d'intérêt national sont synonymes. Sans doute ont-ils chacun un emploi privilégié » mais « ces habitudes de langage ne sont pas contraignantes : tous ces termes sont interchangeable »¹⁰¹⁹.

Le vocabulaire constitutionnel ne se réfère, lui non plus, pas seulement à la seule terminologie « d'intérêt général ». A l'occasion d'une saisine où était déférée au juge constitutionnel une « loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes », celui-ci s'est saisi d'office de dispositions du texte visé portant « sur l'accès des femmes à des instances délibératives et juridictionnelles »¹⁰²⁰ et « imposant le respect de proportions déterminées entre les femmes et les hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance des sociétés privées et des entreprises du secteur public, au sein des comités d'entreprise, parmi les délégués du personnel, dans les listes de candidats aux conseils de prud'hommes et aux organismes paritaires de la fonction publique ». Le Conseil constitutionnel déclare l'inconstitutionnalité de ces dispositifs, les considérant « contraires au principe d'égalité devant la loi ». Au moment où le juge statue¹⁰²¹, en matière d'inégalité

¹⁰¹⁷ CC, n° 2010-1 QPC, 28/05/2010, *Consorts L*.

¹⁰¹⁸ F. SAINT-BONNET, « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Dalloz, 2007, p. 9.

¹⁰¹⁹ D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, 1977, pp. 277-278.

¹⁰²⁰ CC, n° 2006-533 DC, 16/03/2006, *Rec.* 39, cons. 12 à 16.

¹⁰²¹ La question ne se pose plus depuis la révision constitutionnelle du 23/07/2008, cf. art. 1 de la loi constitutionnelle n° 2008-724, réf. *JO*, 24/07/2008, p. 11890 : « I. — L'article 1er de la Constitution est complété par un alinéa ainsi rédigé : "La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales." // II. — Le dernier alinéa de l'article 3 de la Constitution est supprimé ».

hommes-femmes, les mécanismes dits de « quotas par sexe »¹⁰²² ne sont possibles qu'en matière de représentation politique, eu égard à l'intention¹⁰²³ du législateur constitutionnel¹⁰²⁴ qui avait inséré un « cinquième alinéa » à l'article 3 de la Constitution selon lequel « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ». Une fois écartée l'applicabilité de ce texte à la matière sociale (au sens large), « les discriminations positives restent interdites (...) chaque fois que ces discriminations font appel à l'un des "critères prohibés par la Constitution comme la race, l'origine, la religion, les croyances ou le sexe" ou qu'elles "conduiraient à remettre en cause un droit fondamental" »¹⁰²⁵. Dès lors, en l'espèce, « si la recherche d'un accès équilibré des femmes et des hommes aux responsabilités autres que les fonctions politiques électives n'est pas contraire [en elle-même] aux exigences constitutionnelles (...), elle ne saurait, sans les méconnaître, faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et *de l'utilité commune* »¹⁰²⁶, reprenant là les termes mêmes de « l'article 1^{er} de la Déclaration de 1789 ».

En outre, cette même « Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen » parle de « *nécessité publique* » à propos des limitations pouvant être apportées au droit de propriété, que le juge constitutionnel rattache, à l'usage, à une synonymie¹⁰²⁷ d'ordre juridique avec « l'intérêt général ».

Dans la sphère de constitutionnalité, la terminologie n'apparaît donc pas plus, voire *encore moins* « fixée » autour de « l'intérêt général ». En effet, pour le professeur Saint-Bonnet, « si l'on se tourne du côté de l'histoire du droit, on trouve dans celle du droit administratif un terrain naturel d'élection (...). Il serait possible d'écrire une histoire de

¹⁰²² cf. CC, n° 82-146 DC, 18/11/1982, *Rec.* 66 ; n° 98-407 DC, 14/01/1999, *Rec.* 21 ; n° 2000-429 DC, 30/05/2000, *Rec.* 84 ; *GDCC*, 14^{ème} éd., 2007, n° 31, p. 480 ; *Ibid.*, 15^{ème} éd., 2009, n° 15, pp. 235-242.

¹⁰²³ CC, n° 2006-533 DC, préc., cons. 14 : référence dans les motifs aux « travaux parlementaires ».

¹⁰²⁴ Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 « relative à l'égalité entre les femmes et les hommes », réf. *JO*, 09/07/1999, p. 10175.

¹⁰²⁵ *GDCC*, 15^{ème} éd., 2009, n° 15, p. 241.

¹⁰²⁶ CC, n° 2006-533 DC, préc., cons. 15.

¹⁰²⁷ Par exemple : CC, n° 81-132 DC, 16/01/1982, *Rec.* 18, comp. cons. 24 (« Considérant qu'il appartenait au législateur, en fonction de la *nécessité publique constatée* par lui, d'exclure de la nationalisation les banques les moins importantes... ») et cons. 33 (« la dérogation portée au profit des banques dont la majorité du capital social appartient directement ou indirectement à des sociétés de caractère mutualiste ou coopératif méconnaît le principe d'égalité ; qu'en effet, elle ne se justifie ni par des caractères spécifiques de leur statut ni par la nature de leur activité ni par des difficultés éventuelles dans l'application de la loi propres à contrarier *les buts d'intérêt général que le législateur a entendu poursuivre* » ; n° 91-303 DC, 15/01/1992, *Rec.* 15, cons. 10 (« Considérant que l'évolution qu'a connue le droit de propriété s'est également caractérisée par des *limitations à son exercice exigées au nom de l'intérêt général* ») ; se référer aussi à la formulation du considérant de principe relatif à l'exercice du droit de propriété : CC, n° 2000-434 DC, 20/07/2000, *Rec.* 107, cons. 24 (« il ne peut être apporté de limitations à l'exercice [du droit de propriété] qu'à la double condition que ces limitations obéissent à des *finalités d'intérêt général* et n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée du droit de propriété s'en trouveraient dénaturés »).

l'intérêt général qui serait le fil d'Ariane d'une histoire du droit administratif. Mais en histoire du droit constitutionnel, la question est plus délicate car il est difficile de faire une histoire juridique de l'intérêt général dans le champ chronologique du constitutionnalisme moderne »¹⁰²⁸. Selon l'auteur, il y aurait là une véritable rupture entre la période qui court entre « la fin du Moyen-Âge et pendant une large partie de l'Ancien Régime » et la période « post-révolutionnaire », à partir de 1791, date à laquelle il est possible d'envisager que le système étatique « dispose d'une constitution au sens moderne du terme », dans la droite ligne des principes fixés par la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789¹⁰²⁹. Autour de l'idée « d'intérêt général » et de son « utilité juridique », la distinction historique se fait entre l'émergence de « quelque chose comme l'ancêtre de l'intérêt général » qui s'impose comme « un critère de civilité – on dirait aujourd'hui *mutatis mutandis* de constitutionnalité – de la loi du roi »¹⁰³⁰, et, à l'inverse, la prédominance d'un simple élément de « rhétorique justificative de l'action », « essentiellement perçu comme un discours politique légitimant de celui qui exerce le pouvoir et de celui qui entend le conquérir », en dehors de toute préoccupation de la réalisation d'une quelconque portée normative. Dès lors, le constat est bien que : « dans l'hypothèse du constitutionnalisme post-révolutionnaire (...) l'intérêt général lui-même échappe à la mécanique, à l'ingénierie constitutionnelle »¹⁰³¹.

Encore aujourd'hui, dans le détail des normes constitutionnelles en vigueur, particulièrement au sein de celles appliquées « dans la jurisprudence du Conseil » constitutionnel, « le statut de l'intérêt général (...) se caractérise par un certain flou », du fait notamment que « l'intérêt général n'est pas mentionné en tant que tel dans le texte constitutionnel »¹⁰³². A propos de la notion même, un ancien secrétaire général du Conseil insistait même sur ce que « l'expression d'intérêt général ne figure *pas une seule fois* dans les textes constituant notre "bloc de constitutionnalité" (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Préambule de la Constitution de 1946, Constitution de 1958) »¹⁰³³, ainsi que dans la Charte de l'environnement de 2004 adossée désormais à la Constitution en vigueur depuis une loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005. Cette dernière source constitutionnelle se contente d'évoquer « la préservation de l'environnement » ou la promotion du « développement durable » au « titre » des « intérêts fondamentaux de la Nation ».

¹⁰²⁸ F. SAINT-BONNET, *op. cit.*, p. 10.

¹⁰²⁹ Rappelons les termes de son article 16 : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a *point* de Constitution ».

¹⁰³⁰ Sur ce point : F. SAINT-BONNET, « Le parlement, juge constitutionnel (XVIe-XVIIIe) », *Droits*, n° 34, 2001, p. 177 ; ID., « La double genèse de la justice constitutionnelle en France », *RDP*, n° 3, 2007, pp. 780-783.

¹⁰³¹ F. SAINT-BONNET, *ibid.*

¹⁰³² P. de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006, p. 260 et p. 261.

¹⁰³³ J.-E. SCHOETTL, « Intérêt général et Constitution », *op. cit.*, p. 375.

Il surgit alors une question classique dans le débat sur la justice constitutionnelle, particulièrement en France. Ce flou, cette « imprécision » voire cette « plasticité » de cette notion « d'intérêt général » affecte-t-elle la qualification de son emploi au sein des critères de constitutionnalité déployés au sein de l'office du juge constitutionnel, du point de vue d'une stratégie de légitimation juridictionnelle ?

« Si l'on se souvient qu'en France le juge administratif a pu être soupçonné de vouloir se substituer à l'administration sous couvert de vérifier que l'action administrative est inspirée par l'intérêt général, combien plus percutante serait l'accusation de "gouvernement des juges" adressée à une Cour constitutionnelle qui censurerait la loi comme non-conforme à sa propre vision (nécessairement subjective) de l'intérêt général ! »¹⁰³⁴. Pour éviter et surmonter cet écueil, lorsqu'il analysait les « fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », le professeur Didier Truchet en arrivait à l'idée qu'« il ne faut pas accorder à la terminologie un trop grand crédit : elle est imprécise, mais cette imprécision n'est pas gênante. (...) Ce qui lie les démembrements de l'intérêt général à celui-ci, c'est donc moins leur parenté de signification – pourtant certaine – que leur communauté d'emploi : *il y a unité fonctionnelle* plus encore qu'*unité organique* »¹⁰³⁵. D'ailleurs, c'est un raisonnement autour d'un effet « utile »¹⁰³⁶ de la notion qu'il paraît intéressant de tenir sur le plan de son effet juridique au sein d'un raisonnement global et finalisé autour de l'idée de « conformité à la Constitution », en postulant finalement à la base de la logique mise en œuvre « qu'il est extrêmement difficile de connaître avec précision son contenu » et que « le flou qui entoure le concept d'intérêt général n'est pas un inconvénient pour le Conseil constitutionnel. Ce dernier est avant tout préoccupé par *l'efficacité de son contrôle*. (...) *Le flou qui entoure le concept d'intérêt est même un atout pour le Conseil constitutionnel*. Celui-ci puise la force idéologique pour l'exploiter à des fins »¹⁰³⁷ argumentatives et communicationnelles dans la construction de son propre office.

¹⁰³⁴ J.-E. SCHOETTL, « Intérêt général et Constitution », op. cit., p. 385.

¹⁰³⁵ D. TRUCHET, op. cit., p. 278 et p. 282.

¹⁰³⁶ G. MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 36.

¹⁰³⁷ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 335.

2. La fonction du recours à « l'intérêt général » dans l'argumentation constitutionnelle

En s'inscrivant dans une perspective vedelienne, les travaux de Guillaume Merland tendent à démontrer que l'utilisation par le juge constitutionnel de la notion « d'intérêt général » comme outil de raisonnement et de motivation décisionnelle consiste en une « transposition » d'ordre général « de certaines jurisprudences relatives aux limitations de droits et libertés pour des motifs d'intérêt général »¹⁰³⁸. En d'autres termes, comme a pu être analysé l'emploi de cette notion dans la jurisprudence administrative¹⁰³⁹, « l'intérêt général » s'impose en contentieux constitutionnel des lois comme une « condition¹⁰⁴⁰ de constitutionnalité destinée à autoriser les restrictions législatives à un certain nombre de droits et de libertés »¹⁰⁴¹, « clairement identifiés » selon M. Merland pour ce qui concerne le droit de propriété¹⁰⁴², liberté d'entreprendre¹⁰⁴³. Il est possible également d'évoquer le domaine des atteintes à la liberté contractuelle¹⁰⁴⁴ et, en outre, celui relatif aux conditions d'exercice du principe de libre administration des collectivités territoriales¹⁰⁴⁵.

Toutefois, l'échelle vedelienne ne peut-elle pas permettre une approche plus nuancée, moins générique ? En développant une monographie sur ce thème, un ancien secrétaire

¹⁰³⁸ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 75.

¹⁰³⁹ En tant que « sa portée permet des interprétations *praeter legem* et même *contra legem* » et que « d'autre part l'Administration peut pour la réalisation de l'intérêt général écarter l'application d'autres principes généraux du droit, les principes d'égalité, de liberté du commerce, par exemple » (cf. D. LINOTTE, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, op. cit., p. 206).

¹⁰⁴⁰ G. VEDEL, *Droit administratif*, 12^{ème} éd. (avec P. DELVOLLE), PUF, 1992, p. 520 ; F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*, t. III, 2^{ème} éd., Economica, 1999, p. 203.

¹⁰⁴¹ G. MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit., p. 36.

¹⁰⁴² Voir par exemple : CC, n° 98-403 DC, 29/07/1998, *Rec.* 276, cons. 5 ; n° 2000-436 DC, 07/12/2000, *Rec.* 176, cons. 15 (« Considérant que les restrictions apportées par les dispositions critiquées aux conditions d'exercice du droit de propriété sont justifiées par l'intérêt général qui s'attache à la maîtrise, par les collectivités publiques, de l'occupation des sols et du développement urbain ») ; n° 2006-540 DC, 27/07/2006, *Rec.* 88, cons. 42 et s.

¹⁰⁴³ Pour une décision récente : CC, n° 2009-584 DC, 16/07/2009, publ. *JO*, 22/07/2009, p. 12244, cons. 18 (« Considérant qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »).

¹⁰⁴⁴ En matière d'accords collectifs de travail : CC, n° 2008-568 DC, 07/08/2008, *Rec.* 352, cons. 18 (« Considérant que le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que, s'agissant de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, du huitième alinéa du Préambule de 1946 ») ; pour les contrats « de droit privé » au sens large, cf. CC, n° 2009-578 DC, 18/03/2009, publ. *JO*, 27/03/2009, p. 5445, cons. 13.

¹⁰⁴⁵ CC, n° 2007-548 DC, 22/07/2007, *Rec.* 76, cons. 15 (« en adoptant l'article ... de la loi déferée, le législateur n'a pas méconnu la compétence qui lui est confiée par les articles 34 et 72 de la Constitution ; qu'il n'a pas non plus porté à la libre administration des collectivités territoriales une atteinte qui excéderait la réalisation de l'objectif d'intérêt général poursuivi »).

général¹⁰⁴⁶ du Conseil constitutionnel mettait en exergue une multiplicité de *déclinaisons* de la « référence à l'intérêt général » dans les décisions de constitutionnalité, selon « l'objet » pour lequel elle est employée, « les personnes publiques concernées », la façon dont le juge constitutionnel procède à « la qualification de l'intention du législateur (objectif¹⁰⁴⁷, fins¹⁰⁴⁸, motifs¹⁰⁴⁹, raisons¹⁰⁵⁰) » même si ces diverses terminologies ne semblent pas emporter de conséquences juridiques particulières¹⁰⁵¹ au point d'être employées de façon indifférente. Et c'est ainsi que sur le fond, « seuls certains "démembrements" de l'intérêt général ont été regardés comme des principes ou objectifs dotés d'une pleine valeur constitutionnelle ».

Sur un plan fonctionnel et instrumental – « par son rôle dans l'examen de constitutionnalité » – il s'agirait, pour le raisonnement constitutionnel, d'être en mesure de dégager les subtilités des problèmes suivants : « l'intérêt général plaide-t-il pour ou contre la disposition contestée ? Est-il une cause d'inconstitutionnalité ou un motif de constitutionnalité ? Revêt-il une dimension interprétative ou normative » ?

En tout état de cause, la fonction du recours à l'intérêt général dans la motivation du juge constitutionnel ne peut se lire comme une « confirmation » *stricto sensu* de solutions issues de la jurisprudence administrative. Cette catégorie doit être en quelque sorte récusée

¹⁰⁴⁶ J.-E. SCHOETTL, « Intérêt général et Constitution », op. cit., p. 378.

¹⁰⁴⁷ CC, n° 2007-548 DC, préc.

¹⁰⁴⁸ CC, n° 2006-543 DC, 30/11/2006, *Rec.* 120, cons. 29 (« si le législateur peut, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations, c'est à la condition notamment que celles-ci concourent à des fins d'intérêt général ; qu'il peut aux mêmes fins déroger au principe de la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »).

¹⁰⁴⁹ CC, n° 2009-599 DC, 29/12/2009, publ. *JO*, 31/12/2009, p. 22995, cons. 72 (« Considérant que, si l'article 13 de la Déclaration de 1789 n'interdit pas de faire supporter des charges particulières à certaines catégories de personnes pour un motif d'intérêt général, il ne doit pas en résulter de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques »).

¹⁰⁵⁰ CC, n° 2010-601 DC, 04/02/2010, publ. *JO*, 10/02/2010, p. 2327, cons. 11.

¹⁰⁵¹ Par exemple : CC, n° 2009-578 DC, préc. ; où certaines dispositions de la loi « Boutin » de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion (*JO*, n° 73, 27/03/2009, p. 5408), déférée au Conseil sur saisine parlementaire, prévoyaient un dispositif complexe tendant à l'inapplicabilité de la « suppression » prévue du « droit au maintien dans les lieux des locataires » occupant un logement social ou conventionné « pour cause de dépassement de plus de cent pour cent du plafond de ressources ». Il en ressort une « différence de traitement « entre les bénéficiaires de logements sociaux », ne reposant pas sur leur situation juridique propre eu égard aux critères d'occupation de ce type de logement, mais sur celle du logement « en fonction de leur situation juridique antérieure à l'acquisition ou à la prise en gestion de leur immeuble par un organisme d'habitation à loyer modéré ou une société d'économie mixte ». Les députés requérants invoquent un moyen en inconstitutionnalité fondé sur les conditions d'application du principe d'égalité. Le juge constitutionnel fait droit à leur argumentation en rappelant que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des *raisons* d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » (cons. 19). Le raisonnement est classique et repose sur le constat que l'exclusion par le législateur « certains locataires de la nouvelle procédure de résiliation » de baux sociaux d'habitation prend « en compte une différence de situation sans rapport avec son *objectif* d'attribuer ces logements aux personnes les plus défavorisées ». Dès lors, plus aucun « aucun *motif* d'intérêt général ne justifie cette différence de traitement » (cons. 20).

dans « l'analogie » employée par le doyen Vedel pour la construire. L'auteur la cherche « dans la réception de certaines règles de droit privé par le Conseil d'Etat. Le juge administratif reçoit purement et simplement telle ou telle disposition du Code civil ou du Code de procédure civile comme règle applicable au sein même du système administratif parce qu'il juge qu'aucune nécessité propre à celui-ci ne s'oppose à son application »¹⁰⁵². Elle n'en devient pas moins une règle de droit administratif, malgré l'emploi de la formule énigmatique des « principes dont s'inspire le code civil »¹⁰⁵³ ou « le code du travail »¹⁰⁵⁴...

Sauf dispositions législatives contraires, il est courant d'admettre dans le discours administrativiste que « le juge administratif est *maître de sa jurisprudence*. Dans tous les cas, c'est toujours le juge administratif qui décide s'il y a matière ou non à appliquer, en droit administratif, une disposition inspirée du code civil. A partir du moment où l'on reconnaît que le code civil n'est pas applicable par lui-même et de plein droit aux rapports entre particuliers et collectivités publiques, il est normativement inutile de dire qu'une règle jurisprudentielle de droit administratif trouve son inspiration dans le code civil. Certes, ce doit être la mission didactique des commissaires du gouvernement dans leurs conclusions et de la doctrine dans leurs divers écrits de souligner que, sur tel ou tel point, le juge administratif a choisi d'imiter ce que fait le droit privé. Mais, sur un plan normatif, une telle indication est inutile, dans la mesure où la norme jurisprudentielle tire son autorité, sa valeur et sa force coercitive, non du fait qu'elle trouve sa source d'inspiration dans le code civil, mais seulement parce qu'elle est édictée par le juge administratif, parce qu'elle résulte de son pouvoir prétorien »¹⁰⁵⁵. A moins d'un revirement de jurisprudence, il se dégage alors même du contenu de la règle issu du code civil. Cela est désormais le cas en matière de prescription dite « extinctive » dont le Conseil d'Etat a dégagé pour l'ordre administratif, dans un arrêt d'assemblée du 8 juillet 2005, le « principe général » d'une durée de trente ans¹⁰⁵⁶ en s'inspirant de « l'article 2262 du Code civil ». Depuis, la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 a largement refondu, à tout point de vue, le titre correspondant dudit code. Les interrogations sont nombreuses en doctrine¹⁰⁵⁷ sur les

¹⁰⁵² G. VEDEL, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », op. cit., p. 652.

¹⁰⁵³ CE Ass., 02/02/1973, *Trannoy*, Rec. 94 ; CE, 28/06/1996, *Krief*, Rec. 251 ; CE, 29/12/2008, *OPHLM de Puteaux*, n° 296930, publié au *Lebon*.

¹⁰⁵⁴ CE Ass., 08/06/1973, *Dame Peynet*, Rec. 406.

¹⁰⁵⁵ cf. B. PLESSIX, « La prescription extinctive en droit administratif », *RFDA*, 2006, p. 375 et s. (source : base *Dalloz.fr*) ; voir aussi la thèse de l'auteur : *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon – Assas, 2003, pp. 808-809.

¹⁰⁵⁶ CE Ass., 08/07/2005, *Société Alusuisse-Lonza-France*, Rec. 311.

¹⁰⁵⁷ Voir : J. LATOURNERIE, « La prescription administrative à l'épreuve de la réforme de la prescription en matière civile », *D.*, 2008, p. 2528 et s.

répercussions de cette réforme sur les solutions applicables en la matière dans la sphère administrative.

Pour ce qui est de l'intérêt général dans la jurisprudence constitutionnelle, la logique normative est la même. Si « l'appareillage » conceptuel et technique peut être rapproché de celui employé par le juge administratif lorsqu'il déploie ses compétences normatives, il ne peut s'agir du même intérêt général au niveau constitutionnel face aux autorités législatives que dans l'ordre administratif. C'est le polymorphisme d'ailleurs de la notion qui en fait un élément structurant et fonctionnel du langage publiciste. Il a été clairement démontré dans cette optique que le juge constitutionnel s'en était tenu à une « réception – transposition » pour ce qui touche aux méthodes éprouvées de raisonnement en vue de déterminer les conditions d'application du principe d'égalité, même si des différences notables de gradation dans le contrôle des motifs peuvent être identifiées entre le niveau de contrôle correspondant à l'office du juge de la légalité et les conditions de détermination par le juge constitutionnel de ses propres compétences eu égard à l'appréciation des autorités législatives¹⁰⁵⁸. Une monographie spécifique à cette problématique fait état de simples « convergences formelles »¹⁰⁵⁹. Et comme l'expliquait le doyen Vedel, « le Conseil constitutionnel a plus de difficultés que le Conseil d'Etat à manipuler le principe d'égalité (...). L'administration ne peut quand même opérer des variations sur le principe d'égalité qu'assez limitées, car elle est enserrée dans le cadre des lois. Le législateur, au contraire, peut aller beaucoup plus loin et, notamment pour combattre les inégalités ou pour des raisons d'intérêt général qu'il juge supérieures, porter de sérieuses atteintes au principe d'égalité »¹⁰⁶⁰.

Dans le considérant de principe¹⁰⁶¹ selon lequel « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit », il apparaît que « l'emploi de la conjonction "ni" indique clairement que les deux justifications fonctionnent de manière alternative l'une par rapport à l'autre, étant entendu que toutes deux doivent nécessairement être en adéquation avec le but de la disposition législative en cause »¹⁰⁶². S'il n'y a pas à proprement parler de hiérarchie en termes de valeur juridique

¹⁰⁵⁸ cf. *supra*, 1^{ère} partie.

¹⁰⁵⁹ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica – PUAM, 1997, p. 39.

¹⁰⁶⁰ G. VEDEL, « L'égalité », in C.-A. COLLIARD et al. (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : ses origines, sa pérennité*, La Documentation française, 1990, p. 179.

¹⁰⁶¹ Apparemment consolidé depuis : CC, n° 87-232 DC, 08/01/1988, *Rec.* 17, cons. 10.

¹⁰⁶² F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *op. cit.*, pp. 164-165.

entre les deux critères, le professeur Mélin-Soucramanien en tire tout de même une sorte de politique jurisprudentielle qui fait de « l'existence d'une différence de situation », statistiques à l'appui, « la principale cause de justification des atteintes au principe d'égalité », tandis que la « raison d'intérêt général » apparaît utilisée comme un « motif subsidiaire », le raisonnement suivant « une alternative simple : soit il y a différence de situations et alors il est inutile de rechercher s'il existe une raison d'intérêt général, soit il y a identité, ou plutôt similarité, de situation et dans ce cas la recherche du motif subsidiaire d'intérêt général s'impose »¹⁰⁶³. Par exemple, dans une décision n° 2003-484 DC portant sur une loi « relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité », le Conseil constitutionnel reconnaît une « rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques »¹⁰⁶⁴ dont le principe est issu de « l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » et ne s'impose pas comme un principe de portée absolue puisqu'il est établi que cette même disposition « n'interdit pas de faire supporter, pour un motif d'intérêt général, à certaines catégories de personnes des charges particulières ». En ce sens, les conditions d'accueil « d'un étranger déclarant vouloir séjourner en France dans le cadre d'une visite familiale et privée », en lien avec l'objet de la loi portant sur « la maîtrise de l'immigration », constitue un tel « motif d'intérêt général » pour fonder une différence de situations entre « les citoyens » au sens large et une qualité juridique « d'hébergeant » soumise à un régime juridique « d'attestation d'accueil » de la personne étrangère concernée par ce type d'autorisation d'entrée sur le territoire français, selon une condition de ressources. Le statut « d'hébergeant », au sens de l'ordonnance du 2 novembre 1945, permet d'imposer « la prise en charge éventuelle par [celui-ci] des frais de séjour de la personne qu'il reçoit dans le cadre d'une visite familiale et privée, dans la limite du montant des ressources exigées d'un étranger pour une entrée sur le territoire en l'absence d'attestation d'accueil ». Mais cette « situation » ne saurait jouer que dans le cadre des conditions de séjour de la personne « étrangère » en « visite privée », une qualité générale de contribuable, partagée entre les citoyens nationaux et les personnes étrangères en situation régulière de long séjour, pouvant être invoquée concernant les « frais de rapatriement » de « l'étranger », ne disposant pas à l'issue de sa période de séjour « des moyens lui permettant de quitter le territoire français ». Il est vrai que « de prime abord, on ne voit pas très bien pourquoi le Conseil ne vise l'exigence de prise en compte de la bonne foi de l'hébergeant et surtout du comportement de

¹⁰⁶³ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *ibid.*, p. 178 et p. 183.

¹⁰⁶⁴ CC, n° 2003-484 DC, 20/11/2003, *Rec.* 438, cons. 12.

l'étranger¹⁰⁶⁵ qu'à propos de la prise en charge des frais de rapatriement, alors qu'elle apparaît tout aussi valable pour ce qui est de la prise en charge des frais de séjour. En réalité, cette exigence conforte les éléments portant sur la charge financière supportée par l'hébergeant qui, eux, sont décisifs. L'absence de plafonnement des frais de rapatriement aboutit en effet à ce que les hébergeants soient susceptibles de devoir répondre de sommes fort distinctes selon, par exemple, la destination ou le mode de transport imposés par le rapatriement de l'étranger, ce qui a pour effet de créer en quelque sorte des sous-catégories en contradiction avec le principe rappelé par le Conseil »¹⁰⁶⁶.

Il convient d'être attentif à la difficulté de toute systématisation en la matière, du fait même de la formulation du considérant de principe et de la façon dont les conditions de raisonnement sont posées. « Que la différence de régime se justifie par l'existence de situations différentes ou par des motifs fondés sur un intérêt général, dans les deux cas, la différence de traitement qui en résulte doit être en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »¹⁰⁶⁷. Les notions de « situations différentes », de « raisons d'intérêt général » et d'« objet de la loi » sont-elles si nettement distinctes que le juge constitutionnel doivent respecter de façon stricte « la règle qu'il [se serait] lui-même fixée au terme de laquelle il n'est utile de rechercher s'il existe une raison d'intérêt général pouvant justifier une différence de traitement que dans l'hypothèse résiduelle où il n'y a pas de différence de situation » ? A l'appui de cette herméneutique, le professeur Mélin-Soucramanien ajoute que « le Conseil constitutionnel contribuerait à lever un certain nombre d'ambiguïtés qui semblent encore peser sur l'utilisation de la notion d'intérêt général comme motif de dérogation au principe d'égalité »¹⁰⁶⁸.

Cependant, dans la configuration systémique qui met le juge constitutionnel face aux choix du législateur¹⁰⁶⁹, soit la reconnaissance d'un degré élevé de « pouvoir discrétionnaire »¹⁰⁷⁰, l'identification par les autorités compétentes de « situations différentes » en vue de leur traitement législatif ne peut-elle pas être vue, en elle-même, comme une « raison d'intérêt général » susceptible de justifier une dérogation au principe constitutionnel

¹⁰⁶⁵ CC, n° 2003-484 DC, préc.

¹⁰⁶⁶ O. LECUCQ, « L'examen par le Conseil constitutionnel de la nouvelle législation sur l'immigration », *AJDA*, 2004, p. 599 et s. (source : base *Dalloz.fr*).

¹⁰⁶⁷ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, 15^{ème} éd., 2009, n° 15, p. 238.

¹⁰⁶⁸ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 188.

¹⁰⁶⁹ Sur le sens de cette « configuration », cf. *supra*, 1^{ère} partie.

¹⁰⁷⁰ Sur cette idée : A. BOCKEL, « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », in *Itinéraires. Etudes en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, 1982, p. 43 et s., spéc. pp. 48-51.

d'égalité¹⁰⁷¹ ? Il en va de même concernant la mention de « l'objet de la loi » qui renvoie au « contenu du texte de loi »¹⁰⁷², c'est-à-dire à l'expression du « pouvoir général d'appréciation »¹⁰⁷³ du législateur « dans le choix de l'opportunité des règles, notamment lorsqu'il s'agit de choix de société »¹⁰⁷⁴.

Il se manifeste un facteur de complexité du raisonnement constitutionnel sur le principe d'égalité, irradié dans tous ses éléments par « l'intérêt général ». C'est ainsi « qu'en pratique il n'est pas toujours évident de bien distinguer la notion d'intérêt général d'autres notions assez voisines telles que celles d'*objet* ou de *but* de la loi¹⁰⁷⁵ » et il apparaît alors que cette « relative imprécision (...) permet en fait au Conseil constitutionnel de valider la majeure partie des distinctions établies par le législateur »¹⁰⁷⁶. Certaines études ont mis clairement en exergue la « faiblesse contentieuse assumée »¹⁰⁷⁷ de la notion.

¹⁰⁷¹ CC, n° 2006-535 DC, 30/03/2006, *Rec.* 50, cons. 17 : sur la création du « contrat première embauche » destiné aux salariés de moins de vingt-six ans et de sa conciliation avec le principe d'égalité, le juge considère que « les différences de traitement qui en résultent sont en *rapport direct avec la finalité d'intérêt général poursuivie par le législateur* et ne sont, dès lors, pas contraires à la Constitution » ;

Autre exemple : CC, n° 2008-564 DC, 19/06/2008, *Rec.* 313, cons. 32 à 36 : la loi relative aux organismes génétiquement modifiés crée un « délit spécifique » de destruction et dégradation de cultures autorisées d'OGM, prévoyant « une peine dissuasive » et créant de fait une différence entre lesdites cultures et l'ensemble des « biens » protégés par un « délit de destruction du bien d'autrui prévu par le code pénal ». Mais la situation de ces cultures, « en particulier celles consacrées à la recherche », eu égard « à des destructions répétées » et à une obligation de publicité dans un registre national, justifie la reconnaissance d'un « risque » spécifique « de destruction volontaire » qui s'impose comme une raison d'intérêt supérieur (référence à la « recherche ») fondant une dérogation possible au principe d'égalité devant la loi pénale.

Ou bien encore : CC, n° 2009-575 DC, 12/02/2009, publ. *JO*, 18/02/2009, p. 2847, cons. 4, dans laquelle une situation économique exceptionnelle, marquée par « l'instabilité des marchés financiers », constitue une raison suffisante pour que le législateur puisse déroger temporairement à l'application normale des règles découlant du principe constitutionnel d'égalité devant la commande publique, notamment concernant « la détermination des "modalités de financement" » des contrats de partenariat prévus par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 et l'exigence de « bon usage des deniers publics » (comp. CC, n° 2003-473 DC, 26/06/2003, *Rec.* 382, cons. 18 ou n° 2008-567 DC, 24/07/2008, *Rec.* 341, cons. 14).

¹⁰⁷² G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 285 ; à partir de la distinction ternaire établie par R. BONNARD (« Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1923, p. 363 et s.) pour définir « l'acte juridique » et les éléments du pouvoir discrétionnaire mis en œuvre lors du « processus de son élaboration » (p. 368) : d'abord, « les motifs de l'acte » (« à la base de tout acte juridique, on trouve soit une situation, soit un acte juridique ou matériel qui provoquent l'acte, qui en sont la raison d'être », p. 369), « l'objet même de l'acte de volonté » (« cette appréciation va consister à concevoir d'abord s'il faut prendre une décision, puis à fixer le contenu de la décision qui convient par rapport aux motifs tels qu'ils ont été appréciés en existence et en valeur », p. 370), enfin « un élément subséquent à la décision qui est le but de l'acte » (« on entend par là le résultat qu'on se propose d'atteindre par le moyen de l'effet de droit produit par l'acte », p. 371).

¹⁰⁷³ CC, n° 74-54 DC, 15/01/1975, *Rec.* 19.

¹⁰⁷⁴ cf. A. BOCKEL, op. cit., p. 51.

¹⁰⁷⁵ CC, n° 2010-601 DC, 04/02/2010, préc., cons. 12 (« les personnels de La Poste sont composés de fonctionnaires et d'agents contractuels de droit public et de droit privé ; qu'en prévoyant un régime spécifique de représentation du personnel et de concertation au sein de cet établissement public, la loi du 2 juillet 1990 susvisée a entendu tenir compte de cette pluralité de régimes juridiques, que la *transformation de La Poste en société anonyme ne fait pas disparaître* ») ; voir aussi : CC, n° 2009-588 DC, 06/08/2009, publ. *JO*, 11/08/2009, p. 13319, cons. 19 et 20 ; CC, n° 2007-555 DC, 16/08/2007, *Rec.* 310, cons. 14.

¹⁰⁷⁶ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, op. cit., p. 190.

¹⁰⁷⁷ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 265 et s.

Par l'emploi d'une condition d'intérêt général, le juge constitutionnel semble placé de façon presque systématique « à la croisée des chemins » : renonciation au déploiement de son office ou développement presque sans limite de son pouvoir d'interprétation qui déséquilibrerait la perception au sein de son auditoire du rapport déjà évoqué entre « Légitimité » et « Pouvoir ». Cela évoque en filigrane ce qu'est, sur un plan fonctionnel, « l'intérêt général », à la fois source et limitation de pouvoir¹⁰⁷⁸. « En tant que condition de constitutionnalité, l'intérêt général est destiné à encadrer l'action du législateur. Le Conseil constitutionnel n'accepte une atteinte à un droit ou une liberté dont il assure la protection qu'autant que l'auteur de la loi puisse justifier son action par la poursuite d'un but d'intérêt général. Ce faisant, avec la condition d'intérêt général, le juge constitutionnel se dote d'une arme redoutable pour contrôler le législateur. Si le Conseil autorise le législateur à déterminer ce qui, selon lui, relève de l'intérêt général, il est en même temps appelé à contrôler cette appréciation »¹⁰⁷⁹.

C'est à cette phase de la réflexion qu'il ne faut pas oublier l'un des éléments-clés qui confère une part de « réalisme » à l'analyse, même dans une perspective de *rapprochement logique* entre les offices de légalité et de constitutionnalité, qu'« *il y a toujours de l'opportunité dans le contrôle* »¹⁰⁸⁰ selon l'expression bien connue du professeur Pierre Delvolvé, soit que le « juge est maître du contrôle exercé » et « maître de la norme appliquée ». Sur le deuxième aspect, l'éminent auteur relève une recherche d'équilibre, qui pourrait aisément se lire à l'aune d'un rapport « Légitimité / Pouvoir », entre l'énonciation d'une norme qui doit « permettre [le] contrôle » mais « aussi pour permettre aux organes contrôlés de jouer leur rôle », dans le sens de « permettre aux autorités compétentes d'accomplir leurs tâches alors même qu'aucun texte ne les a expressément investis de pouvoir prendre certaines mesures »¹⁰⁸¹. Pour en revenir alors au recours dans la jurisprudence constitutionnelle à « l'intérêt général », il est clair que « la question de la valeur juridique des normes exprimant l'intérêt général est une donnée essentielle pour le juge constitutionnel dans le recours à cette condition »¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁸ cf. D. LINOTTE, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, op. cit., et les distinctions sur « le rôle de la notion d'intérêt général dans la nature du droit administratif » entre la « justification des prérogatives de puissance publique » (p. 104) et le « fondement des sujétions de la puissance publique » (p. 138) ; à propos de la « délimitation du domaine du droit administratif » entre « l'intérêt général, but de l'action administrative » (p. 162) et un « critère de la légalité de l'acte administratif » (p. 203).

¹⁰⁷⁹ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 187.

¹⁰⁸⁰ P. DELVOLVÉ, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, LGDJ – Montchrestien, 1988, p. 295.

¹⁰⁸¹ P. DELVOLVÉ, op. cit., p. 304 et p. 308.

¹⁰⁸² G. MERLAND, op. cit., p. 105.

La corrélation entre statut de l'organe et statut de la norme aurait pu être simple. A partir du moment où le concept d'intérêt général est érigé même au rang de condition éventuelle de la constitutionnalité de l'acte législatif, il n'en acquiert pas moins une valeur d'obligation d'ordre constitutionnel susceptible d'être respectée, au risque d'inconstitutionnalité¹⁰⁸³. Le syllogisme semblait trouver une conclusion assez simple et adéquate : l'intérêt général revêt le caractère d'une norme de valeur constitutionnelle¹⁰⁸⁴. Or, certaines analyses autorisées ne relèvent que « seuls certains "démembrements" de l'intérêt général ont été regardés comme des principes ou objectifs dotés d'une pleine valeur constitutionnelle »¹⁰⁸⁵.

« L'ambiguïté normative »¹⁰⁸⁶ du concept provient de ce que, même si le juge constitutionnel fait la part belle à l'appréciation discrétionnaire du législateur en la matière, pour MM. Samuel Dyens et Eric Sales, « il semble nécessaire de constater que les objectifs que s'assigne le législateur n'ont pas tous valeur constitutionnelle »¹⁰⁸⁷, selon deux niveaux de considération. « Soit cela voudrait dire que le législateur ne poursuit que des objectifs constitutionnels (...). Dans une telle occurrence, la carence du législateur serait tout à fait inacceptable », du fait même de l'imprécision des sources formelles constitutionnelles et des normes de référence qui en découlent sur l'intérêt général. Dans cette configuration, le juge constitutionnel se retrouve devant une autre « alternative sèche » : « refuser de qualifier d'intérêt général les objectifs que s'est fixé le législateur dont la valeur constitutionnelle apparaîtrait incertaine », ou se « [reconnaître] le pouvoir d'élever au rang constitutionnel l'objectif d'intérêt général poursuivi par le législateur. Mais, dans cette hypothèse, c'est la question de l'étendue du pouvoir créateur du juge constitutionnel qui serait posée et donc, par voie de conséquence, celle de sa légitimité »¹⁰⁸⁸.

D'autre part, la valeur constitutionnelle de l'intention législative « signifie que tous les objectifs que s'assignerait le législateur auraient valeur constitutionnelle. Mais cela voudrait dire qu'il suffit que le Parlement vise tel ou tel but acquiert valeur constitutionnelle. Cette

¹⁰⁸³ CC, n° 2005-530 DC, 29/12/2005, *Rec.* 168, cons. 89 (« la complexité de l'article 78 de la loi de finances pour 2006 est à la fois excessive et *non justifiée par un motif d'intérêt général suffisant ; qu'il y a lieu en conséquence, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs de la saisine, de déclarer cet article contraire à la Constitution* »). En matière également de validations législatives : CC, n° 2004-509 DC, 13/01/2005, *Rec.* 33, cons. 31 à 33.

¹⁰⁸⁴ cf. A. VIDAL-NAQUET, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 36 ; c'est d'ailleurs tout le sens de l'article de M.-P. DESWARTE, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit., *nota* p. 25.

¹⁰⁸⁵ J.-E. SCHOETTL, « Intérêt général et Constitution », op. cit., p. 378.

¹⁰⁸⁶ G. MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit., p. 36.

¹⁰⁸⁷ S. DYENS, E. SALES, « Le Conseil constitutionnel est-il herculéen ? », *RA*, n° 292, 1996, p. 392 (aussi : *RA*, n° 291, p. 275 et s.).

¹⁰⁸⁸ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 113.

acceptation, comme la première, apparaît bien aporétique »¹⁰⁸⁹. Cela représenterait pour le juge constitutionnel un abandon de compétence quasiment inenvisageable.

Les contours fonctionnels du recours à l'intérêt général dans la structure conceptuelle de l'office du juge constitutionnel paraissent devoir être compris *in fine* par le biais d'une opération de « partition » entre ce qui relève du contrôle de la loi, l'action législative discrétionnaire proprement dite et même l'application de la loi, à partir du principe selon lequel « sous réserve du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle¹⁰⁹⁰, l'appréciation de l'intérêt général appartient au législateur »¹⁰⁹¹, les autorités exécutives (administratives au sens large) ne disposant que d'une prérogative de « mise en œuvre »^{1092 1093}.

Une certaine autonomisation des concepts en résulte inévitablement. Si la « réception » s'impose comme le trait principal d'une « convergence formelle » – pour reprendre une expression usitée – entre les *programmes normatifs* au sein desquels gravitent les langages des juges administratif et constitutionnel, sur un plan matériel, la constitutionnalisation même partitionnée de structures conceptuelles antérieurement consolidées dans la jurisprudence du Conseil d'Etat entraîne une séparation des *champs normatifs*, ce qui amène en fait de façon presque inéluctable à l'hypothèse, inspirée du doyen

¹⁰⁸⁹ S. DYENS, E. SALES, art. cit., p. 393.

¹⁰⁹⁰ Sous forme « d'intérêt général de valeur constitutionnelle » (CC, n° 2005-528 DC, 15/12/2005, *Rec.* 157, cons. 24, « protection sanitaire de la population ») ; « d'exigence constitutionnelle » (CC, n° 2004-496 DC, 10/06/2004, *Rec.* 101, cons. 7, « transposition en droit interne d'une directive communautaire » ; n° 2007-555 DC, 16/08/2007, *Rec.* 310, cons. 8 et 9, exigences résultant des « cinquième », « huitième » et « onzième » alinéas du Préambule de 1946 ; n° 2007-556 DC, 16/08/2007, *Rec.* 319, cons. 15, « exigences constitutionnelles en matière d'exercice du droit de grève » ; n° 2008-571 DC, 11/12/2008, *Rec.* 378, cons. 17, « exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 relatives au droit à la santé et au droit au repos ») ; ou « exigence de valeur constitutionnelle » (CC, n° 2007-558 DC, 13/12/2007, *Rec.* 448, cons. 5, « équilibre financier de la sécurité sociale » ; sans oublier des « objectifs de valeur constitutionnelle » (récemment dégagé : « bonne administration de la justice », cf. CC, n° 2009-595 DC, 03/12/2009, publ. *JO*, 11/12/2009, p. 21381, cons. 4).

¹⁰⁹¹ CC, n° 83-162 DC, 20/07/1983, *Rec.* 49, cons. 81.

¹⁰⁹² Pour un exemple typique de cette « ré-partition » en matière de découpage électoral et d'habilitation législative au Gouvernement sur le fondement de l'article 38 de la Constitution d'opérer, par voie d'ordonnance, la nouvelle délimitation des circonscriptions législatives, cf. CC, n° 2008-573 DC, 08/01/2009, publ. *JO*, 14/01/2009, p. 724, cons. 22.

¹⁰⁹³ Cette répartition est en lien avec le contrôle de « l'incompétence négative du législateur », que le juge constitutionnel complète désormais avec le respect d'un « objectif valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi », selon le considérant de principe selon lequel « il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet *prémunir les sujets de droit contre* une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, *sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* » (depuis : CC, n° 2001-455 DC, 12/01/2002, *Rec.* 49, cons. 9).

Vedel, de la « reconnaissance sans réception ». L'analyse doit se rappeler ici que la pragmatique structurante ne conçoit le langage que dans l'action de l'acteur rationnel, en prise avec un *contexte normatif* « vivant » et évolutif.

Cela vise particulièrement la part de l'intérêt général de valeur constitutionnelle qui touche au concept de « service public »¹⁰⁹⁴. Le juge constitutionnel a été amené à interpréter le sens de la source constitutionnelle vers la considération faisant que « la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle »¹⁰⁹⁵, essentiellement¹⁰⁹⁶ l'alinéa 9 du « Préambule de 1946 » aux termes duquel « tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ». Comme le souligne M. Ramu de Bellecize, « le problème est que les limites de la catégorie de service public constitutionnel¹⁰⁹⁷ demeurent incertaines. A ce jour, le label de service public constitutionnel n'a jamais été décerné ; il a simplement été dénié »¹⁰⁹⁸.

Cette approche négative est particulièrement prégnante en matière de privatisations. Sur un plan constitutionnel, le principe d'une telle opération a été validé selon la formule : « le fait qu'une activité ait été érigée en service public [national] par le législateur sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle à ce que cette activité fasse, comme l'entreprise qui en est chargée, l'objet d'un transfert au secteur privé »¹⁰⁹⁹. Pour le professeur Marcou, « on peut résumer comme suite cette jurisprudence : 1) si une activité présente le caractère

¹⁰⁹⁴ Sur les liens entre « service public » et « intérêt général », il serait trop long de se référer ici à l'ensemble de la littérature administrativiste, parmi un choix forcément subjectif : G. VEDEL (avec P. DELVOLLE), *Droit administratif*, t. 2, op. cit., p. 724 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, 5^{ème} éd., 2008, pp. 182-185 ; J. WALINE, *Droit administratif*, 23^{ème} éd., Dalloz, 2008, pp. 352-355 ; J. MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, 11^{ème} éd., Montchrestien, 2009, p. 549 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, 3^{ème} éd., PUF, 2010, p. 325. Voir aussi : G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI (avec G. DUMONT), *Droit du service public*, 2^{ème} éd., 2007, pp. 95-100 ; S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, 2^{ème} éd., 2007, p. 169 et s.

¹⁰⁹⁵ CC, n° 86-207 DC, 26/06/1986, *Rec.* 61, cons. 53 ; avec quelques variantes : n° 86-217 DC, 18/09/1986, *Rec.* 141 (« activité de service public ayant son fondement dans des dispositions de nature constitutionnelle » ; n° 87-232 DC, 07/01/1988, *Rec.* 17 (« caractère d'un service public exigé par la Constitution »).

¹⁰⁹⁶ Il serait peut-être possible également de se référer à l'article 11 du texte même de la Constitution, dans sa version issue de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, par lequel le Président de la République « peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et *aux services publics qui y concourent* », où se dégagerait dans une lecture globale et littérale de l'article un champ constitutionnel de « services publics ». Mais cette interprétation n'a pas été retenue, il n'a d'ailleurs jamais été question devant le juge constitutionnel qu'elle le soit. « Le Conseil constitutionnel va puiser dans [le seul alinéa 9 du Préambule de 1946] la notion de service public constitutionnel, seul apport, mais non des moindres, à la sémantique du service public » (S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, op. cit., p. 6).

¹⁰⁹⁷ Sur cette notion doctrinale, cf. part. P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, LGDJ, 1994 ; R. de BELLESCIZE, *Les services publics constitutionnels*, LGDJ, 2005 ; *GDCC*, 15^{ème} éd., Dalloz, 2009, n° 31, pp. 533-536.

¹⁰⁹⁸ R. de BELLESCIZE, « Grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel », *RFDA*, n° 6, 2006, p. 1165.

¹⁰⁹⁹ CC, n° 86-207 DC, préc. ; n° 2006-543 DC, 30/11/2006, *Rec.* 120, cons. 14.

d'un service public national, elle doit être assurée par une entreprise publique ; 2) mais la privatisation de l'entreprise devient possible si l'activité en cause perd le caractère de service public national ; 3) à moins qu'il ne s'agisse d'un service public national "dont la nécessité découle d'un principe ou d'une règle de valeur constitutionnelle" »¹¹⁰⁰.

Le débat constitutionnel, sur le terrain de l'alinéa 9 de la Constitution de 1946, a pris une forte tournure polémique à propos de la société Gaz de France, pour laquelle le processus de privatisation apparaît influencé de façon « explicite » par le droit de l'Union européenne. « Depuis 2003, le transfert de Gaz de France au secteur privé était exigé par plusieurs directives communautaires sur l'ouverture de la concurrence du secteur de l'énergie »¹¹⁰¹. La « loi relative au secteur de l'énergie » déférée au Conseil constitutionnel apparaît en partie comme une « ayant pour objet de transposer les directives du 26 juin 2003 susvisées¹¹⁰² concernant le marché intérieur de l'électricité ainsi que celui du gaz naturel ». Certaines dispositions tarifaires concernant la fourniture aux particuliers du gaz et de l'électricité sont déclarées inconstitutionnelles au motif qu'elles « méconnaissent manifestement l'objectif d'ouverture des marchés concurrentiels de l'électricité et du gaz naturel fixé par les directives »¹¹⁰³. En effet, la « loi déférée fait perdre à Gaz de France, à compter du 1er juillet 2007, son caractère de service public national »¹¹⁰⁴.

Il ressort de cette décision que dans les matières empreintes de transposition d'obligations issues du droit communautaire dérivé, « l'objectif de service public » concernant une activité doit s'apprécier à l'aune de « l'intérêt économique général » qui s'impose comme une notion étrangère à la culture publiciste nationale ; ce qui caractérise l'ouverture d'un *champ normatif* particulier, *strictement restreint* au niveau constitutionnel en ce qu'il « n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61 ou de l'article 61-1 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux et européens de la France » et que dès lors qu'une « la loi déférée n'a pas pour objet de transposer une directive (...) les griefs tirés de la méconnaissance du droit de l'Union européenne doivent être rejetés »¹¹⁰⁵.

¹¹⁰⁰ G. MARCOU, « Que reste-t-il de l'alinéa 9 de la Constitution de 1946 ? », *AJDA*, 2007, p. 193.

¹¹⁰¹ R. de BELLESCIZE, « Grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel », *op. cit.*, p. 1163.

¹¹⁰² « Vu la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE » et « Vu la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 96/30/CE ».

¹¹⁰³ CC, n° 2006-543 DC, 30/11/2006, *Rec.* 120, cons. 9.

¹¹⁰⁴ Même décision, cons. 20.

¹¹⁰⁵ Rappelé par : CC, n° 2010-605 DC, 12/05/2010, publ. *JO*, 13/05/2010, p. 8897, cons. 16, 20 et 21.

A ce stade de la réflexion, il semble que nous avons pu mesurer que la construction langagière de l'acte juridictionnel devant concrétiser l'office lié au contrôle de constitutionnalité était empreinte de culture publiciste interne. Tout au plus avons-nous concédé à une rhétorique comparatiste une influence au niveau méta-linguistique dans une volonté de « saisir les subtilités actuelles du contrôle de proportionnalité »¹¹⁰⁶.

Cependant, dans la construction du discours, la légitimation fonctionnelle ne peut laisser « de côté les questions de procédure et de moyens techniques de contrôle qui () sont aussi importantes si l'on veut envisager dans leur ensemble les apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel »¹¹⁰⁷. Il convient naturellement de « s'attaquer » à cet axiome.

II. La légitimation fonctionnelle par la logique contentieuse

A l'appui de sa proposition d'une notion de « procès constitutionnel » destinée à décrire « les instances juridictionnelles ouvertes devant le Conseil constitutionnel », le professeur Pascal Jan estime que « pour parvenir à qualifier le Conseil constitutionnel et à déterminer ses attributions juridictionnelles indifféremment du moment du contrôle (...), démonstration doit être faite que la fonction juridictionnelle peut s'exercer dans des formes autres que celles retenues devant les juridictions de droit commun. Cette méthode suppose de repenser les critères de l'acte juridictionnel »¹¹⁰⁸.

La conception de ce type d'acte est largement empreinte de la consolidation dans le langage juridique publiciste, d'une « assimilation » de sens, voire d'une « confusion » pour certains auteurs¹¹⁰⁹, entre les termes de « juridiction » et de « contentieux ». « En clair, sans la forme juridictionnelle, il ne peut être question d'acte ou de fonction contentieux »¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁶ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFDC*, n° 45, 2001, p. 77.

¹¹⁰⁷ G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », op. cit., p. 58.

¹¹⁰⁸ P. JAN, *Le procès constitutionnel*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2010, p. 13.

¹¹⁰⁹ cf. J. CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos. Problèmes de droit public contemporain*, LGDJ, 1974, p. 275 et s. (spéc. p. 289).

¹¹¹⁰ P. JAN, op. cit., p. 20. Voir, par exemple : C. DEBBASCH, J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd., 2001, p. 1 (« Le contentieux administratif regroupe l'ensemble des règles applicables à la solution juridictionnelle des litiges soulevés par l'activité administrative, lorsque celle-ci est portée devant le juge administratif. Cette conception contentieuse permet d'écarter du domaine de l'étude toutes celles des difficultés suscitées par l'activité de l'administration qui ne sont pas soumises à des juridictions ») ; O. GOHIN, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd., Litec, 2009, pp. 3-43, spéc. p. 42 (« Le contentieux administratif, au sens du

Cependant, même en soutenant fermement une séparation et une « autonomie » des notions précitées, la qualité juridictionnelle pouvant être reconnue à un acte provient de sa subsumption à une catégorie de critères rattachés à l'idée de « contentieux », ou plutôt de « rendre une décision dans un cadre contentieux ».

L'acte juridictionnel doit être compris comme provenant d'une logique contentieuse, communément assimilée à la façon de rendre des « jugements » par les organes juridictionnels. Dans son ouvrage pionnier, considéré comme l'un des actes fondateurs du discours moderne sur la justice administrative, le vice-président Laferrière adopte une position doctrinale ferme en faveur du système de la « justice déléguée » telle qu'il doit résulter de l'application de la loi du 24 mai 1872. Il n'en est pas moins amené à décrire dans « l'organisation de la juridiction administrative » un certain nombre de « cas où le recours au Conseil d'Etat doit être précédé d'une décision ministérielle »¹¹¹¹ et qui pourraient constituer autant de traces de ce qu'il appelle la « question du ministre-juge ». Statuant sur la nature de ce type de décisions, celles-ci portant sur des matières contentieuses, « les décisions que les ministres rendent en [vertu de « textes spéciaux »] ont assurément un caractère contentieux. (...) Il est naturel en effet que les ministres, en leur qualité de chefs et de surveillants responsables de certains services confiés à des services électifs, aient le droit de vérifier la légalité du titre que ces délégués invoquent pour remplir un office public ». Cependant, l'éminent auteur insiste sur ce qu'il ne peut s'agir que de « vérifications », en tout état de cause de simples « décisions d'ordre administratif qui peuvent donner lieu à une instance contentieuse devant le Conseil d'Etat »¹¹¹² et non de « véritables actes de juridictions » ou « jugements » qui sont des actes que les « textes » font relever du « rôle d'un juge »¹¹¹³. La conclusion au problème posé est nette : les ministres possèdent au mieux des « droits de décision contentieuse »¹¹¹⁴ qui ne correspondent pas à des « attributions juridictionnelles » ; ce qui paraît sous-tendre tout de même que l'attribution juridictionnelle (organique) est le

présent ouvrage, correspond ainsi au contentieux de l'action administrative relevant de la juridiction administrative, ce qui exclut les litiges non juridictionnels, principalement les recours administratifs portés devant une autorité administrative (...). Dès lors, on comprendra le contentieux administratif comme le droit juridictionnel administratif général, c'est-à-dire comme le traitement des litiges de droit administratif devant les juridictions administratives, selon les règles de procédure générale applicables, en principe, à ces juridictions. *On voit que cette délimitation du contentieux réunit deux critères : matériel et formel* » ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, 2008, p. 16 (« Dans le langage juridique, le "contentieux" est plus précisément constitué par les actions et recours juridictionnels. Ici, le contentieux administratif s'identifie aux procès administratifs, à leurs régimes et à leurs formes ; il se déplace alors de la maladie [ou « litige » chez l'auteur] à son extériorisation et à son traitement devant les prétoires de justice »).

¹¹¹¹ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^{ème} éd., Berger – Levrault, 1896, t. 1, p. 462.

¹¹¹² E. LAFERRIERE, op. cit., p. 464.

¹¹¹³ *Ibid.*, p. 463.

¹¹¹⁴ *Ibid.*, p. 465.

mode de production par excellence de la décision contentieuse, selon une certaine façon de « dire le droit » (*juris dictio*) ou faire « office de juridiction » (au sens matériel du terme cette fois).

Et alors qu'il semble envisageable de séparer « juridiction » (au sens organique) et « contentieux » (au sens processuel), au point de reconnaître que « l'action juridictionnelle apparaît comme le pouvoir pour une personne de s'adresser à une autorité statuant en la forme juridictionnelle sur une question juridique relative au respect de la règle de droit »¹¹¹⁵, il n'en reste pas moins que *la caractérisation de l'acte juridictionnel trouve une assise fondamentale dans la façon de statuer « au contentieux »*¹¹¹⁶.

Dans la construction d'un discours de « contentieux constitutionnel français »¹¹¹⁷, les raisons de l'influence de la culture administrativiste et de son « appareillage logique » ne sont plus à démontrer¹¹¹⁸, tant au niveau des concepts que sur celui des méthodes. Indéniablement, l'inscription d'une analyse au sein de cette perspective intellectuelle sert une stratégie de légitimation à la fois du discours et de son objet.

« Jusqu'en 1958, il manquait en France un degré à la hiérarchisation des règles, le Conseil d'Etat assurant simplement le respect du principe de légalité à l'égard des actes administratifs. Les choses ont changé avec la création du Conseil constitutionnel : la "légalité ordinaire" est subordonnée à la "légalité constitutionnelle" (...). Le temps semble donc venu d'étudier ce principe de constitutionnalité. Son contenu apparaîtra à l'examen de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en suivant les voies magistralement tracées par le professeur Eisenmann à propos du principe de légalité »¹¹¹⁹.

Cette longue citation du doyen Favoreu symbolise, presque à elle seule, l'ensemble de cet effort doctrinal de systématisation accompagnant l'essor continu depuis « 1971 et 1973 », surtout 1974, du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel dans le cadre de ses

¹¹¹⁵ P. JAN, *Le procès constitutionnel*, op. cit., p. 25.

¹¹¹⁶ C'est ainsi que sont conçues certaines procédures au sein de l'ordre administratif. Il est possible d'évoquer ici celle dite du « recours direct en interprétation » ou « demande d'interprétation par la voie contentieuse » (E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative*, op. cit., t. 2, p. 608). En application de ce régime forgé par la jurisprudence, « conformément à une opinion générale selon laquelle un juge n'est pas fait pour délivrer des consultations » (cf. CE, 28/07/2000, *Syndicat des entreprises de petits trains routiers*, Rec. 355 ; voir aussi : C. DEBBASCH, J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 884 ou R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2008, p. 632), « la recevabilité du recours est conditionnée, non seulement (comme c'est naturel) par l'exigence qu'il y ait effectivement "matière à interprétation" (d'une décision ou d'un contrat), c'est-à-dire obscurité à dissiper [CE, 26/05/1971, *Société Le Val d'Oise*, Rec. 384], mais aussi par celle d'un "litige né et actuel" et dont la résolution est "subordonnée" à l'interprétation demandée [CE, 23/05/1980, *Commune d'Evaulx-les-Baux*, Rec. 239] » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^{ème} éd., Montchrestien, 2008, p. 760).

¹¹¹⁷ Du titre du manuel : G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2^{ème} éd., 2006.

¹¹¹⁸ cf. *supra*

¹¹¹⁹ L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 33.

compétences normatives. Comme une sorte de quête d'un *idéal-type* au niveau du formalisme savant dans le champ de connaissance ainsi dégagé, il s'agit de faire du « droit du contentieux constitutionnel »¹¹²⁰, « tout comme René Chapus étudie le "droit du contentieux administratif". L'accent est ainsi mis, comme dit René Chapus, sur les "structures" et les "procédures"¹¹²¹ juridictionnelles », et la démarche peut être validée sans crainte par la communauté doctrinale puisque ces « exigences structurelles déroulent leurs conséquences logiques. Sorte de recours pour excès de pouvoir législatif, la saisine du Conseil constitutionnel oblige, en réponse, le Conseil constitutionnel à retrouver nombre des instruments d'analyse bien connus du juge administratif »¹¹²². Il n'y avait donc *a priori* aucune difficulté d'ordre épistémologique à insérer le contentieux constitutionnel au sein de la classification des recours tentée depuis Laferrière au sein de la sphère publiciste (§ 1). Mais ce type d'approche montre vite ses limites, confronté à une certaine réalité juridique. C'est la structure même du discours théorique sur la « *jurisdictio* » constitutionnelle qui se trouve alors mise en cause (§ 2).

¹¹²⁰ Du titre du fameux ouvrage, auquel il est fait constamment référence, de D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2010.

¹¹²¹ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^{ème} éd., Montchrestien, 2008, p. 7.

¹¹²² G. VEDEL, « Préface », in D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 7.

§ 1 – De la classification du contentieux constitutionnel des lois

De façon presque originelle, le langage administrativiste moderne appréhende le système des « recours contentieux » devant les juridictions administratives en termes de « distinction » et / ou de « classification ». En quelque sorte, un postulat empirique amènerait à considérer que le système de justice administrative révèle une complexité structurelle. « Comme la matière administrative elle-même, la situation de l'administration au contentieux est essentiellement diverse, ce qui est dû, à la fois, à la définition de la compétence de la juridiction administrative, par cumul d'attributions multiples, et à la place décisive de la jurisprudence dans cette jurisprudence d'ensemble »¹¹²³. Ce paradigme de complexité s'exprime pourtant dans l'idée simple selon laquelle « *les pouvoirs des tribunaux administratifs n'ont pas la même nature et la même étendue dans toutes les matières contentieuses* »¹¹²⁴. Un rapporteur public au Conseil d'Etat rappelait récemment qu'« il appartient () au juge administratif de déterminer quelle doit être l'étendue de ses pouvoirs dans chaque domaine du contentieux »¹¹²⁵, quitte à « reconsidérer » la « manière » d'exercer son propre office dans telle ou telle matière en fonction de l'espèce et du problème de droit qu'elle est amenée à poser. Pour chaque domaine, la formule est bien connue : « la jurisprudence ne s'est pas figée et évolue constamment. Elle n'est pas arbitraire. Elle est rarement le fruit d'une théorie juridique ; le juge appréhende les faits avec le souci d'apporter une solution pratique, et la psychologie du magistrat a son importance. La mission qui lui est dévolue ou qu'il estime lui être dévolue, mission plus ou moins importante suivant les matières, voilà ce qui est la clé des solutions jurisprudentielles »¹¹²⁶.

Sur ce type de question, une logique praticienne (« pragmatique ») s'oppose à la construction théorique, tout au plus arrive-t-on à parler de « méthode du juge administratif pour déterminer si un litige relève du seul recours pour excès de pouvoir ou du plein contentieux et de distinguer les caractères des deux principaux recours du contentieux administratif »¹¹²⁷. Ce propos signale tout de même un effort de catégorisation ; c'est-à-dire qu'à « diverses natures d'attributions correspondent » certaines « divisions », « qui peuvent faciliter l'étude du contentieux administratif »¹¹²⁸. Certes, comme le souligne le conseiller

¹¹²³ O. GOHIN, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 199.

¹¹²⁴ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 15.

¹¹²⁵ C. LEGRAS, « Sanctions administratives : rétroactivité *in mitius* et plein contentieux. Conclusions sur Conseil d'Etat, Ass., 16 février 2009, *Société ATOM* », *RFDA*, 2009, n° 1, pp. 259 et s. (source : base *Dallozfr*).

¹¹²⁶ A. HEILBRONNER, « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux », *D.*, chron., 1953, p. 183.

¹¹²⁷ J.-C. BONICHOT, in *Les grands arrêts du contentieux administratif*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2009, n° 8, p. 178.

¹¹²⁸ E. LAFERRIERE, op. cit., p. 15.

d'Etat Serge Daël, « la pratique s'est adaptée aux besoins et la classification est venue en conclusion pour lui conférer la logique du raisonnement sans laquelle l'étude est impossible »¹¹²⁹.

Il apparaît que la sphère praticienne privilégie un mode de classification dite « formelle » issue de l'œuvre doctrinale d'Edouard Lafferrière qui, au tournant du 20^{ème} siècle, était vice-président du Conseil d'Etat. Il proposa une distinction fondée sur une volonté de systématisation des pouvoirs déployés par le juge, mettant en exergue principalement, sur un plan historique, des « pouvoirs de *pleine juridiction*, comportant l'existence d'un arbitrage complet, de fait et de droit, sur le litige » et des « pouvoirs d'annulation, limités au droit d'annuler les actes entachés d'illégalité »¹¹³⁰.

Une autre classification, d'origine purement « dogmatico-doctrinale » cette fois, a fait autorité dans le champ disciplinaire, à la suite de Léon Duguit. Elle est liée à une conception théorique globale sur le phénomène juridique, qui tente d'appréhender les particularités de « la fonction juridique du juge », conçue comme une façon de « résoudre une question de droit ». Et dès lors que le juge est vu comme un organe qui « intervient » pour réaliser cette « opération juridictionnelle » spécifiquement identifiée, « il est logique que son rôle, la nature et la portée de sa décision varient en raison de la question qui lui est posée »¹¹³¹. Pour le maître bordelais, « la décision du juge a un caractère et une étendue variables suivant qu'elle intervient dans le domaine de la juridiction objective ou dans celui de la juridiction subjective »¹¹³².

Il ne semble pas qu'il faille strictement opposer ces « deux grandes classifications » pour reprendre les termes de M. Serge Daël, mais les envisager plutôt comme complémentaires. Devant la juridiction administrative, « la distinction du recours de plein contentieux et du recours pour excès de pouvoir fait intervenir un critère principal, qui est fondé sur les pouvoirs du juge, et un critère subsidiaire qui est fonction de l'objet des recours »¹¹³³. Malgré le flou de certaines frontières¹¹³⁴, dans la doctrine même de certains membres de la juridiction administrative, « il existe toujours entre les deux contentieux une différence fondamentale (...) : le contentieux de l'excès de pouvoir est un contentieux de légalité destiné à faire respecter le droit objectif, alors que le contentieux de pleine juridiction

¹¹²⁹ S. DAËL, *Contentieux administratif*, 2^{ème} éd., PUF, 2008, p. 44.

¹¹³⁰ E. LAFERRIERE, op. cit.

¹¹³¹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, 3^{ème} éd., Boccard, 1928, p. 435.

¹¹³² L. DUGUIT, *ibid.*, p. 436.

¹¹³³ B. GENEVOIS, concl. ss. CE Ass., 08/01/1982, *Aldana-Barrena, Rec.*, p. 15.

¹¹³⁴ cf. S. DOUMBE-BILLE, « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux. A propos de la nouvelle frontière », *AJDA*, 1993, p. 3.

assure la protection des droits subjectifs. Cette opposition emporte deux conséquences essentielles. D'une part, pour exercer un recours de pleine juridiction, il faut justifier d'un droit lésé, tandis qu'il suffit d'un simple intérêt pour former un recours pour excès de pouvoir. D'autre part, une décision d'annulation pour excès de pouvoir a l'autorité absolue de la chose jugée *erga omnes*, alors que les décisions rendues en plein contentieux n'ont que l'autorité relative, limitée aux parties au procès»¹¹³⁵. En outre, encore plus récemment, dans des conclusions sur une désormais célèbre affaire *Société Tropic Travaux Signalisation*, dans laquelle l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat a été amenée à définir les conditions d'une nouvelle voie de droit au profit de certains tiers à la conclusion de contrats administratifs, le commissaire du gouvernement Didier Casas insistait devant ses collègues en ces termes : « la séparation des contentieux recouvre encore une certaine réalité dans votre jurisprudence, tout particulièrement en matière contractuelle, où la distinction entre légalité objective et droit subjectifs nous paraît avoir une certaine portée »¹¹³⁶.

L'égrenage de l'ensemble de ces éléments permet d'ores-et-déjà d'avancer sur l'établissement de la « nature objective du contentieux constitutionnel des normes », « sur le modèle du recours pour excès de pouvoir ». L'objet de la procédure contentieuse, en tant que « défense du Droit objectif », c'est-à-dire d'un principe de conformité normative *erga omnes*, « représente le trait caractéristique des contentieux objectifs et il se retrouve, à ce titre, dans le contentieux constitutionnel français des normes »¹¹³⁷.

En matière constitutionnelle, les critères de l'objectivité de la question contentieuse se vérifient tant dans l'intérêt exprimé par et dans la requête (A) que par « l'étendue des pouvoirs du juge »¹¹³⁸ et le champ d'application du contrôle (B). Le certain équilibre des critères tend à insister sur le « moment de la saisine », dans le sens que cet « aspect purement procédural rejaillit sur l'issue de l'affaire soumise au juge mais encore soulève des interrogations qui débordent plus largement sur la nature et l'étendue du contrôle opéré par le juge, la nature de ses missions constitutionnelles, l'effectivité du respect d'un ordre juridique hiérarchisé »¹¹³⁹.

¹¹³⁵ M. BERNARD, « Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ? », *AJDA*, n° spéc., 1995, p. 190.

¹¹³⁶ D. CASAS, « Un nouveau recours de pleine juridiction contre les contrats administratifs », *RFDA*, n° 4, 2007, p. 704.

¹¹³⁷ S. SCHMITT, « La nature objective du contentieux constitutionnel des normes : les exemples français et italien », *RFDC*, n° 72, 2007, p. 719.

¹¹³⁸ Voir : G. DRAGO, « Le contentieux constitutionnel des lois, contentieux d'ordre public par nature », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, op. cit., p. 10 et s.

¹¹³⁹ P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999, p. 3.

A) Sous l'angle des requérants

La prise en compte d'un facteur temporel permet de distinguer deux catégories de requérants, en fonction de ce que la demande devant la juridiction constitutionnelle est exercée avant ou après la promulgation de la loi, *a priori* ou *a posteriori*.

Dans cette perspective, le professeur Philippe Blachère rappelle que « la saisine du Conseil constitutionnel, telle qu'elle est prévue par l'article 61 de la Constitution, est enfermée dans le temps de la confection de la loi¹¹⁴⁰ », c'est-à-dire un « temps » qui n'apparaît pas comme « celui des particuliers. Il est celui des "institutionnels" »¹¹⁴¹ ou des « autorités politiques » : à l'origine, Président de la République, Premier ministre, Président du Sénat, Président de l'Assemblée nationale, puis au moins soixante députés ou soixante sénateurs depuis une révision constitutionnelle du 29 octobre 1974. Il a pu être évoqué, à propos de ce régime de saisine, l'idée de « type idéal du contentieux objectif »¹¹⁴². Le principe systémique couramment admis signifie que « la notion d'intérêt à agir ne trouve pas d'application en contentieux constitutionnel des lois dans la mesure où *la qualité des saisissants* est suffisante pour déclencher une saisine du Conseil constitutionnel »¹¹⁴³. En d'autres termes, « des organes compétents pour saisir le Conseil de la constitutionnalité d'une loi, on a pu dire, à juste titre, qu'ils agissent en qualité de procureurs de la Constitution ; ils participent donc du système de contrôle de constitutionnalité, dont ils constituent les organes déclencheurs, en ce qu'ils ont une compétence d'initiative. Il en résulte qu'*ils peuvent rechercher une décision juridictionnelle dans laquelle ils n'ont pas d'intérêt, voire contraire à leur intérêt présumé* »¹¹⁴⁴.

Il serait peut-être possible de trouver l'expression d'intérêts constitutionnels spécifiques au sein des sources formelles d'habilitation des pouvoirs publics, et qui pourraient dès lors se retrouver invoqués en tant qu'intérêts processuels. Ainsi, l'article 5 de la Constitution en vigueur dispose d'une façon générale que « le Président de la République veille au respect de la Constitution ». Suivant l'hypothèse du lien entre la définition de cette

¹¹⁴⁰ CC, n° 89-268 DC, 29/12/1989, *Rec.* 110, cons. 12 (« il résulte de l'article 61 de la Constitution que ne peuvent être déférés au Conseil constitutionnel que les *textes qui*, à la date à laquelle une des autorités habilitées ou des parlementaires prennent l'initiative de saisir le conseil, *ont le caractère de lois, c'est-à-dire ceux qui, au terme de la procédure législative, ont été définitivement adoptés dans l'ensemble de leurs dispositions* ; qu'est exclue en revanche toute contestation d'une disposition qui ne figure pas dans la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel » ; comp. n° 76-69 DC, 08/11/1976, *Rec.* 37, cons. 3.

¹¹⁴¹ P. BLACHÈRE, « Les temps de la saisine du Conseil constitutionnel », in A. VIALA (dir.), *La Constitution et le temps – Vème séminaire franco-japonais de droit public*, L'Hermès, 2003, p. 238 et p. 241.

¹¹⁴² J.-P. LEBRETON, « Les particularités de la juridiction constitutionnelle », *RDP*, 1983, p. 425.

¹¹⁴³ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 360.

¹¹⁴⁴ J.-P. LEBRETON, op. cit., p. 426.

mission et le déclenchement éventuel d'une instance juridictionnelle devant le Conseil constitutionnel, la lecture globale des deux phrases du premier alinéa de l'article 5 précité induirait l'intérêt à agir de l'institution présidentielle dans le sens du « fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat », ce qui laisserait un champ supposé large d'intervention. A l'inverse, il s'avère que « les autres autorités habilitées à saisir le Conseil constitutionnel auraient des missions plus spécifiques : le Premier ministre devrait agir uniquement pour défendre l'action du Gouvernement (art. 21). Les parlementaires, eux, seraient chargés de défendre la loi – en tant qu'expression de la souveraineté nationale – (art. 3 de la Déclaration des droits de l'homme). Ils auraient la fonction des "défendeurs". Une telle distribution des rôles est illusoire. Elle ne correspond pas à la réalité du contentieux constitutionnel français »¹¹⁴⁵.

En sa logique inhérente aux conditions de saisine, il faudrait considérer qu'« à l'inverse des demandeurs des procès judiciaires, l'organe investi du pouvoir de saisine n'exercerait qu'une fonction mécanique, qui d'un côté le dispenserait de justifier un droit lésé ou à tout le moins un intérêt pour agir, et d'un autre côté le priverait du pouvoir de déterminer une instance juridictionnelle, limitant le champ d'intervention du juge. Un tel système a pour corollaire d'ignorer la qualité de défendeur : c'est peut-être la raison pour laquelle les textes relatifs au Conseil constitutionnel n'ont pas prévu de débat juridictionnel dans le cadre du contrôle des lois »¹¹⁴⁶.

Pour ce qui concerne l'ensemble des habilitations prévues à l'article 61 de la Constitution, le système procédural issu de l'ordonnance organique sur le Conseil constitutionnel apparaît particulièrement sommaire, sur un seul plan formel de surcroît. La combinaison de cette caractéristique avec le régime obligatoire de saisine affectant les lois organiques et les règlements des assemblées parlementaires, comme désormais « les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum », font de la saisine un acte de « compétence liée », voire de simple administration d'une procédure de type législatif. S'il y a bien un « acte » de transmission, « la saisine ne dépend pas d'un doute sur la constitutionnalité de telle ou telle » disposition ; « elle est un élément obligatoire du régime juridique de cette catégorie »¹¹⁴⁷ de textes. Cet « élément » s'avère particulièrement net concernant les lois organiques qui « ne peuvent être promulguées qu'après la déclaration par le Conseil constitutionnel de leur conformité à la

¹¹⁴⁵ S. SCHMITT, « La nature objective du contentieux constitutionnel des normes : les exemples français et italien », op. cit., p. 724.

¹¹⁴⁶ J.-P. LEBRETON, op. cit., p. 425.

¹¹⁴⁷ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 193.

Constitution », des termes mêmes de l'article 46 de la Constitution. Les dispositions constitutionnelles n'apparaissent pas aussi strictes à propos des règlements des assemblées parlementaires, le président de l'Assemblée concernée ayant « quand même un certain pouvoir discrétionnaire quant au moment choisi pour déclencher le contrôle. (...) En toute hypothèse, le Conseil doit être saisi avant la mise en application du règlement, comme lui en fait l'obligation l'article 61, al. 1^{er}, de la Constitution »¹¹⁴⁸.

La signification matérielle de la saisine facultative est toute autre, surtout depuis l'ouverture de cette prérogative à des groupes de parlementaires. Derrière la prérogative ou la possibilité offerte par la source constitutionnelle, « la subjectivité n'est pas totalement absente même lorsque la personne agissant devant le juge est une personne publique. En réalité, tout intérêt – même tourné vers la défense du Droit objectif – peut comprendre un élément subjectif qui est la motivation personnelle de son titulaire »¹¹⁴⁹. Mais dans la structure contentieuse du contrôle de constitutionnalité *a priori*, il ne s'agit pas d'un intérêt processuel. Tout au plus « lorsqu'une loi est déférée au Conseil constitutionnel à l'initiative de parlementaires, le Conseil est saisi par une ou plusieurs lettres comportant au total les signatures d'au moins soixante députés ou soixante sénateurs »¹¹⁵⁰, et « qu'en vertu de cette dernière disposition, il incombe aux auteurs des saisines de permettre, par une signature manuscrite, l'authentification des requêtes qu'ils entendent adresser au Conseil constitutionnel »¹¹⁵¹. La subjectivation d'une certaine capacité à agir s'en tient à un éventuel examen et établissement de « cas d'erreur matérielle, de fraude ou de vice du consentement »¹¹⁵². Mais en aucun cas, le juge ne s'intéresse au caractère dilatoire, injustifié, voire même non motivé¹¹⁵³ de la saisine, et n'arrête le cas échéant son examen¹¹⁵⁴. Le juge constitutionnel a confirmé lui-même, « qu'aux termes de l'article 61 de la Constitution (...) l'effet de [la] saisine est de mettre en œuvre, avant la clôture de la procédure législative, la vérification par le Conseil constitutionnel de toutes les dispositions de la loi déférée y compris de celles qui n'ont fait l'objet d'aucune critique de la part des auteurs de la saisine »¹¹⁵⁵.

¹¹⁴⁸ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, op. cit., n° 2, p. 31.

¹¹⁴⁹ S. SCHMITT, op. cit., p. 723.

¹¹⁵⁰ Article 18 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958.

¹¹⁵¹ CC, n° 96-386 DC, 30/12/1996, *Rec.* 154, cons. 2.

¹¹⁵² CC, n° 96-386 DC, préc., cons. 5 ; n° 99-421 DC, 16/12/1999, *Rec.* 136, cons. 4.

¹¹⁵³ CC, n° 86-211 DC, 26/08/1986, *Rec.* 120, cons. 1 (« Considérant que les auteurs de la saisine n'ont développé à l'appui de celle-ci aucun moyen particulier ») ; n° 95-360 DC, 02/02/1995, *Rec.* 195, cons. 1.

¹¹⁵⁴ CC, n° 95-362 DC, 02/02/1995, *Rec.* 200, cons. 1 (« Considérant que le texte soumis à l'examen du Conseil constitutionnel comporte huit articles ; que le *Premier ministre* n'invoque à leur encontre aucun grief particulier ; qu'il appartient au Conseil constitutionnel de relever toute disposition de la loi déférée qui méconnaîtrait des règles ou principes de valeur constitutionnelle ») ; comp. n° 89-271 DC, 11/01/1990, *Rec.* 21, cons. 1.

¹¹⁵⁵ CC, n° 96-386 DC, préc., cons. 4.

En revanche, dans le cadre de la « question prioritaire de constitutionnalité », « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit » en application de l'article 61-1 de la Constitution, le régime procédural soumet son déclenchement à une condition d'intérêt à agir, « un élément propre qui distingue son titulaire du reste de la société »¹¹⁵⁶, et qui tient à la qualité de justiciable – « partie » lors d'un procès en cours. L'élément de subjectivation tient à ce qu'à l'instar de l'idée développée pour le recours en excès de pouvoir devant le juge de la légalité, qui « exige seulement du requérant qu'il ait intérêt à obtenir l'annulation. Cela veut dire que la décision attaquée doit avoir une incidence sur sa situation personnelle, qui se trouvera améliorée si cette décision disparaît. Le recours ne sanctionne donc pas le droit de tout individu à ce que l'Administration respecte la légalité, comme le ferait l'action populaire, mais *son droit de ne pas souffrir personnellement de l'illégalité* »¹¹⁵⁷. L'« atteinte » recherchée « aux droits et libertés que la Constitution garantis », pour reprendre les termes de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, consiste en la recherche de sa propre garantie constitutionnelle et constitue, en outre, l'exercice d'un « droit »¹¹⁵⁸. « Ainsi, dans le cadre de la saisine *a posteriori*, le juge est principalement conduit à *protéger les droits constitutionnels subjectifs* »¹¹⁵⁹.

Pourtant, nous sommes plutôt d'avis que, « lorsque le [justiciable] défend la sphère de ses *droits fondamentaux*, il enclenche, en même temps, une procédure qui sert également le droit constitutionnel objectif »¹¹⁶⁰. Il y a lieu de relever selon cette optique que la formulation même des textes constitutionnels et organiques n'emploie pas de formulation possessive, ou en tout cas, qui rattache « les droits et libertés » à la seule personne du justiciable concerné par le moyen en inconstitutionnalité. Il apparaît bien que « les droits et libertés garantis par la Constitution » sont érigés en catégorie normative spécifique, dont la seule lecture des sources desquelles ils peuvent être dégagés en tant que norme constitutionnelle opposable à la loi permet de les rattacher au « citoyen », à « l'être humain », à la « personne », et non seulement à la condition de « justiciable ».

La référence argumentative en la matière est sans conteste le droit allemand. Le concept positif lié à la fondamentalité des droits et libertés inscrits dans la source textuelle

¹¹⁵⁶ S. SCHMITT, op. cit., p. 723.

¹¹⁵⁷ J. WALINE, *Droit administratif*, 23^{ème} éd., Dalloz, 2010, p. 617.

¹¹⁵⁸ CC, n° 2009-595 DC, 03/12/2009, publ. *JO*, 11/12/2009, p. 21381, cons. 3.

¹¹⁵⁹ P. BLACHÈRE, « Les temps de la saisine du Conseil constitutionnel », op. cit., p. 244.

¹¹⁶⁰ A partir de : S. NICOT, *La sélection des recours par la juridiction constitutionnelle (Allemagne, Espagne, Etats-Unis)*, Fond. Varenne, LGDJ (diff.), 2006, p. 371 et ensemble pp. 370-372

constitutionnelle provient indéniablement du modèle allemand. L'article 1^{er}, §3 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949 énonce en tête des principes à la base même de l'ordre constitutionnel que « les droits fondamentaux (...) lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable ». Lorsqu'il est question « des différentes conséquences juridiques qui découlent de l'inscription d'un tel droit dans le texte constitutionnel », il revient de faire « une place particulièrement importante » aux structures conceptuelles allemandes, « à la mesure de celle, éminente, qui revient de manière générale aux droits fondamentaux dans l'ensemble du système juridique de ce pays »¹¹⁶¹.

Il faut relever, pour tenter de comprendre le sens des constructions juridiques allemandes, le fort lien entre le discours jurisprudentiel et le méta-discours juridique. « Ernst-Wolfgang Böckenförde, qui fut juge à la Cour constitutionnelle fédérale, a montré que pour interpréter des droits fondamentaux, le juge recourt à une ou plusieurs théories(s) générale(s) de ces droits. Le texte constitutionnel allemand ne fournit à l'interprète qu'un point de départ assez mince, un texte lapidaire et lacunaire qui suppose, dès qu'il doit être concrétisé, une opération active, une construction. L'interprète justifie sa décision en y intégrant des arguments tirés d'une théorie générale explicitant la nature, la fonction et les effets des droits fondamentaux »¹¹⁶². C'est de ces théories que proviendrait une certaine hybridation¹¹⁶³ de procédures tendant à « l'accès des personnes à la justice constitutionnelle » et conçus¹¹⁶⁴ pour la défense de « droits publics subjectifs ». Mais « le caractère subjectif des droits fondamentaux découle également du fait que, par la clause de suprématie et par la mise en place des recours appropriés, la Constitution protège les droits fondamentaux par des garanties procédurales »¹¹⁶⁵.

Il apparaît dans l'analyse que le juge constitutionnel allemand a fait appel à des éléments « rhétoriques » complexes de raisonnement, formulés dans l'idée d'un « aspect axiologique¹¹⁶⁶ objectif des droits fondamentaux »¹¹⁶⁷. Cela est tiré d'une orientation jurisprudentielle « ancienne, mais toujours fondamentale » selon les termes du

¹¹⁶¹ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, 2001, p. 1.

¹¹⁶² O. JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, n° spéc., 1998, p. 44.

¹¹⁶³ cf. C. GREWE, « Subjectivité et objectivité dans le contentieux de la cour de Karlsruhe », *Droits*, n° 9, 1989, p. 137 et s.

¹¹⁶⁴ O. JOOP, *Le recours constitutionnel (Verfassungsbeschwerde) devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande*, thèse (dact.), Paris 1, 2006, p. 428.

¹¹⁶⁵ C. STARCK, *La Constitution, cadre et mesure du droit*, Economica – PUAM, 1994, p. 97 (« les droits fondamentaux : des droits subjectifs et des garanties objectives »).

¹¹⁶⁶ Sur ce point : E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, L'Etat et la Constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, trad. JOUANJAN, Bruylant – LGDJ, 2000, pp. 265-267.

¹¹⁶⁷ D. CAPITANT, op. cit., p. 190 ; voir aussi : M. FROMONT, « La Cour constitutionnelle fédérale et le droit », *Droits*, n° 11, 1990, pp. 125-127.

professeur Jouanjan : « Sans doute les droits fondamentaux ont-ils d'abord pour but de garantir la sphère de liberté de l'individu contre les ingérences de la puissance publique ; ils sont des droits défensifs du citoyen contre l'Etat (...). Mais il est aussi vrai que la Loi fondamentale, qui ne veut pas être un ordre axiologiquement neutre (*keine wertneutrale Ordnung*) (...), a mis en place dans sa partie relative aux droits fondamentaux un ordre axiologique objectif (*objective Wertordnung*) et que là justement se fait jour un accroissement de la force des droits fondamentaux »¹¹⁶⁸.

La question de constitutionnalité ayant pour objet les normes relatives aux droits et libertés dépasserait donc les titulaires desdits droits qui peuvent s'en réclamer devant le juge, mais le recours ne « s'objectivise »¹¹⁶⁹, en tant que « moyen spécifique pour la protection juridictionnelle du droit constitutionnel objectif »¹¹⁷⁰, que dans la jonction d'éléments matériels et formels issus du droit processuel¹¹⁷¹.

En droit français, le système¹¹⁷² mis en place par la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution prévoit ainsi que la « question prioritaire de constitutionnalité (...) est nouvelle ou présente un caractère sérieux ». A l'instar de ce qui se passe dans d'autres systèmes de justice constitutionnelle *a posteriori*, « cela montre ouvertement que [la recevabilité] d'un recours constitutionnel peut se détacher de l'intérêt légitime du requérant pour agir »¹¹⁷³. En outre, le moyen en inconstitutionnalité ne s'épuise pas dans l'évolution de l'intérêt à agir du justiciable au cours de l'instance puisque les articles 23-1 et 23-5 nouveaux de l'ordonnance du 7 novembre 1958 prévoient que ce moyen « peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel », ou devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, « pour la première fois en cassation » ; ce qui en fait une sorte de cause juridique permanente greffée sur l'ensemble du système processuel, jusqu'à épuisement des voies de recours.

Enfin, la dissociation entre « l'instance en cours » et la question de constitutionnalité trouve un aboutissement aux portes de la juridiction constitutionnelle. « En réalité, la question de constitutionnalité a une double nature : elle est d'une part un droit des parties mais elle est d'autre part un moyen de garantir la suprématie de la Constitution. Dès lors, on peut

¹¹⁶⁸ *BVerfGE* 7, 198, 204, 205 (trad. D. CAPITANT, op. cit.).

¹¹⁶⁹ Pour reprendre : C. GREWE, « A propos de la diversité de la justice constitutionnelle en Europe : l'enchevêtrement et des procédures », in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, PU Strasbourg, 2001, p. 266.

¹¹⁷⁰ *BVerfGE* 33, 258 (trad. O. JOOP, op. cit., p. 441).

¹¹⁷¹ Pour un exemple de droit allemand : O. JOOP, *Le recours constitutionnel (Verfassungsbeschwerde) devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande*, op. cit., pp. 430-437.

¹¹⁷² cf. *supra*, 1^{ère} partie, titre II.

¹¹⁷³ Repr. O. JOOP, op. cit., p. 432.

considérer que le premier aspect prévaut tant que le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi tandis que, lorsqu'il a été, c'est le second qui s'impose »¹¹⁷⁴. Le déroulement de la procédure s'achève par une « garantie d'examen » qui « montre que le contrôle *a posteriori* de la loi n'est pas dénué de tout caractère objectif »¹¹⁷⁵. L'article 23-9 de l'Ordonnance dispose que « lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi (...), l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question ». Certes, « la solution adoptée par le législateur organique apparaît tout à fait atypique »¹¹⁷⁶. Néanmoins, « en déliant ainsi, à compter de la saisine du Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité et l'instance à l'occasion de laquelle elle a été posée, le législateur a entendu tirer les conséquences de l'effet qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel »¹¹⁷⁷. C'est donc à l'aune des pouvoirs du juge que l'objectivité du contentieux s'apprécie *in fine*.

B) Sous l'angle des pouvoirs du juge

L'objectivité de la mise en œuvre des pouvoirs du juge constitutionnel réside sur un élément processuel précis, valable autant pour le contrôle de constitutionnalité *a priori* que pour la question prioritaire de constitutionnalité. Dans un cadre comme dans l'autre, la saisine ou le renvoi au juge constitutionnel s'opère de façon définitive. Si la conséquence juridique est la même, le principe ne fonctionne pas tout à fait de la même façon au sein des deux systèmes procéduraux.

A l'occasion d'une saisine sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution, le Conseil constitutionnel signale que « plusieurs députés ont, par courrier (...), adressé au Conseil constitutionnel, déclaré soit qu'ils avaient signé "par erreur" le document émanant d'eux, soit qu'ils entendaient "retirer" leur signature ou ne plus figurer sur la liste des signataires ». A propos d'une loi de finances rectificative pour 1996 « permettant à des Français ayant participé à des combats aux côtés de l'armée républicaine espagnole entre le 17 juillet 1936 et le 27 février 1939 d'obtenir dans certaines conditions la carte du combattant », la saisine en question matérialisait des tensions au sein de la majorité

¹¹⁷⁴ P. BON, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, n° 6, 2009, p. 1122.

¹¹⁷⁵ P. de MONTALIVET, « La question prioritaire de constitutionnalité. Etendue et limites d'un nouveau droit », *Droit administratif*, n° 3, 2010, p. 21.

¹¹⁷⁶ B. GENEVOIS, « Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori*. A propos de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 », *RFDA*, n° 1, 2010, p. 8.

¹¹⁷⁷ CC, n° 2009-595 DC, 03/12/2009, préc., cons. 31.

parlementaire en place. « Informés par les présidents des groupes parlementaires RPR et UDF que leur recours permettra au juge d'examiner "l'ensemble de la loi de finances rectificative que notre majorité vient d'adopter" »¹¹⁷⁸, la pression fut assez forte pour que certains parmi les parlementaires frondeurs soient amenés à formuler une demande de retrait de leur signature de la saisine, par simple demande formalisée par un courrier adressé au Conseil constitutionnel, d'autres motivant plus leur requête, « indiquant par exemple qu'ils avaient saisi le Conseil "par erreur" (*sic* !). [Ce dernier] devait donc se prononcer sur le fait de savoir si la requête demeurerait recevable, compte tenu d'un nombre de signatures devenu, par suite de ce "retrait", inférieur au nombre de 60 exigé par la Constitution »¹¹⁷⁹, ce que le Conseil avait évidemment déjà érigé comme motif d'irrecevabilité¹¹⁸⁰. En rendant sa décision, le juge constitutionnel va donner en quelque sorte raison aux présidents de groupes par une lecture des dispositions constitutionnelles et organiques d'habilitation rendant indivisible l'« une ou plusieurs lettres comportant au *total* les signatures d'au moins soixante députés ou soixante sénateurs » exigées par l'article 18 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel, développant un corollaire¹¹⁸¹ au niveau des effets de la saisine en ce « qu'aucune disposition » résultant des fondements textuels susvisés « ne permet aux autorités ou parlementaires habilités à déférer une loi au Conseil constitutionnel de le dessaisir en faisant obstacle à la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité engagé ; que dès lors, hormis les cas d'erreur matérielle, de fraude ou de vice de consentement, le Conseil constitutionnel ne saurait prendre en compte des déclarations exprimées en ce sens »¹¹⁸². Partant de son caractère collectif, « la saisine résulte indivisiblement de l'ensemble des signataires et déclenche un processus de contrôle qui échappe aux saisissants. (...) Quitte à privilégier une vision institutionnelle de la procédure de contrôle, cette solution "responsabilise" les personnes habilitées à agir »¹¹⁸³ en tant que « sorte d'avocats de la société », qualité qui, en leur conférant une présomption supérieure d'intérêt à agir, dégage la saisine de toute réflexion sur l'opportunité de recours comme contrepartie à la « valeur objective » de la présentation de la loi au juge constitutionnel. « Le droit d'agir n'est pas

¹¹⁷⁸ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 186.

¹¹⁷⁹ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 359.

¹¹⁸⁰ CC, n° 77-89 DC, 30/12/1977, *Rec.* 46.

¹¹⁸¹ cf. J.-P. CAMBY, « La saisine du Conseil constitutionnel ou l'impossible retrait », *RDP*, n° 1, 1997, p. 5.

¹¹⁸² CC, n° 96-386 DC, 30/12/1996, *préc.*, cons. 4 ; pour un examen précis : n° 99-421 DC, 16/12/1999, *Rec.* 136, cons. 4 par lequel le juge constitutionnel signifie, sur la lettre d'un député dans le sens de "la confusion qui a accompagné [sa] signature de cette saisine", « qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le consentement du député concerné ait été vicié ou que celui-ci ait commis une erreur matérielle en saisissant le Conseil constitutionnel ; que la *signature manuscrite* apposée sur la saisine a pu être authentifiée ».

¹¹⁸³ P. JAN, *Le procès constitutionnel*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2010, pp. 183-184.

accordé dans le but de défendre un quelconque intérêt subjectif, il est attribué à un organe politique pour que celui-ci l'utilise à des fins d'intérêt général »¹¹⁸⁴.

Si telle est la caractéristique identificatoire du moyen, il a pu être souligné, « en définitive », pour envisager l'idée de procédure en contrôle de constitutionnalité, qu'il s'agissait d'« un procès "forcé"¹¹⁸⁵ où la fin (...) conditionne tous les moyens pour y parvenir »¹¹⁸⁶.

Cela semblerait être également dans cet esprit que, lors de la mise en place de la procédure afférente à l'article 61-1 de la Constitution, les autorités législatives aient voulu amender le projet de loi organique présenté par le Gouvernement en ce qu'il ne prévoyait pas « explicitement que le Conseil constitutionnel, une fois saisi d'une question [de constitutionnalité], devra systématiquement rendre une décision, quelle que soit l'évolution de l'instance à l'origine de ladite question »¹¹⁸⁷. Toute autre solution s'exprimerait en termes d'élément « préjudiciable à la constitutionnalité de notre ordre juridique », d'un point de vue à la fois statique – la supériorité de la norme constitutionnelle – et dynamique – la « purge » de l'ordre juridique des dispositions législatives inconstitutionnelles. La responsabilité du législateur serait fondée sur l'argument du risque « de différer, avec toutes les conséquences que cela implique, la censure d'une loi inconstitutionnelle jusqu'à l'examen d'une nouvelle QPC ayant le même objet »¹¹⁸⁸. Pourtant, en intérêt comparable au moyen, « dans le contentieux de l'excès de pouvoir, le désistement est ouvert, quand bien même le requérant aurait la faculté de le retirer jusqu'à l'intervention de la décision statuant sur ce désistement »¹¹⁸⁹. Cette solution ne fait pas l'unanimité en doctrine, en partant d'un principe de la liaison entre l'objet du moyen et le « rôle du juge »¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁴ T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruylant, 2010, p. 45.

¹¹⁸⁵ Par exemple, en rapport avec la décision du 30 décembre 1996, il apparaît que « si, en effet, le Conseil refuse le retrait de signatures qui ferait descendre la liste des requérants en dessous de soixante, il accepte l'apport de signatures qui permet à une saisine d'atteindre et de dépasser ce chiffre. En l'espèce, il avait été saisi, le 20 décembre 1996, par seulement cinquante-cinq députés ; le 23 décembre, quatre nouveaux députés apportaient leur signature et, le 24 décembre, deux autres députés permettaient à la saisine de capitaliser soixante-et-un noms ! Le 20 décembre, la requête n'était pas recevable, et pas davantage le 23 »... cf. D. ROUSSEAU, op. cit., p. 187.

¹¹⁸⁶ B. HEMERY, « La procédure devant le Conseil constitutionnel », in D. ROUSSEAU (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Gazette du Palais – Lextenso, 2010, p. 116.

¹¹⁸⁷ J.-L. WARSMANN, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi organique (n° 1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, AN, XIII^e législature, n° 1898, p. 82.

¹¹⁸⁸ B. HEMERY, op. cit., p. 116.

¹¹⁸⁹ B. GENEVOIS, « Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori* », op. cit., p. 8 ; réf. CE Ass., 21/04/1944, *Société Dockès frères*, Rec. 120.

¹¹⁹⁰ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif*, LGDJ, 1974, p. 166 (« *a priori*, la notion même de désistement semble difficilement admissible dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Le recours pour excès de pouvoir répond à des motifs d'intérêt et d'ordre public, l'impératif de la légalité s'impose à tous. Les particuliers

C'est cette logique qui a été appliquée à la question prioritaire de constitutionnalité, comme le confirme la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009¹¹⁹¹ sur le projet de loi organique, tirant « les conséquences de l'effet qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel ». Comme le rappelle le professeur Pierre Bon, « en réalité, la question de constitutionnalité a une double nature : elle est d'une part un droit des parties mais elle est d'autre part un moyen de garantir la suprématie de la Constitution »¹¹⁹². L'accord de la communauté juridique, praticienne et doctrinale, paraît véritablement se faire sur ce que doit être le « renvoi », par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, au Conseil constitutionnel de la question du justiciable portant sur l'« atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ». « Devant le Conseil constitutionnel, les différents filtres juridictionnels ont déjà joué : le renvoi de la question a répondu aux critères déterminés par la loi et l'intérêt du droit commande alors d'aller au terme de la procédure »¹¹⁹³. Il est appuyé, par l'absence de désistement possible des demandeurs et/ou du refus de dessaisissement du juge, la définition d'un régime de plénitude de compétence au profit de l'office de ce dernier. Dans le cadre du contrôle *a priori*, ladite plénitude s'exprime en pratique dans le fait qu'il lui appartient « de relever *d'office* toute disposition de la loi déferée qui méconnaît des règles ou principes de valeur constitutionnelle »¹¹⁹⁴, même celle qui n'aurait « fait l'objet d'aucune critique de la part des auteurs de la saisine »¹¹⁹⁵.

Les modalités d'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité font s'arrêter le principe au seul soulèvement d'office de moyens substantiels en inconstitutionnalité. Le Règlement de procédure applicable devant le Conseil constitutionnel fait néanmoins référence à d'éventuels « griefs susceptibles d'être relevés d'office »¹¹⁹⁶. Quelles peuvent être les implications de la notion de « conclusions et moyens soulevés d'office » à l'aune du caractère objectif du contentieux de la constitutionnalité des lois ?

ne sont pas maîtres de l'action en excès de pouvoir, ils ne peuvent en disposer à la manière d'un droit subjectif (...). Le rôle du juge de l'excès de pouvoir est d'apurer l'ordonnancement juridique »).

¹¹⁹¹ Publ. *JO*, 11/12/2009, p. 21381, cons. 31.

¹¹⁹² P. BON, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », op. cit., p. 1122.

¹¹⁹³ H. PORTELLI, « Rapport fait au nom la commission des lois (...) sur le projet de loi organique, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution », SENAT, 2nde session extraordinaire 2008-2009, *Rapport n° 637*, 29/09/2009, p. 54.

¹¹⁹⁴ CC, n° 89-271 DC, 11/01/1990, *Rec.* 21, cons. 1.

¹¹⁹⁵ CC, n° 96-386 DC, préc.

¹¹⁹⁶ CC, Décision du 04/02/2010, *Règlement sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité*, publ. *JO*, 18/02/2010, p. 2986, article 7.

Le problème apparaît sensible car, en supposant justement la nature objective du contentieux, cette idée de « conclusions et de moyens soulevés d'office par le juge constitutionnel » sous-entend qu'il y aurait certaines inconstitutionnalités que la mission du juge constitutionnel d'opposer à la loi un rapport de conformité lui imposerait de relever en dehors de toute invocation, alors qu'« on pourrait concevoir que *tous les moyens d'annulation soient d'ordre public* puisque le recours est fréquemment présenté comme un recours objectif »¹¹⁹⁷.

En matière contentieuse générale, le moyen d'ordre public apparaît comme celui que le juge doit considérer comme revêtant une importance particulière en ce sens que « si le juge saisi n'en tenait pas compte, il ne remplirait pas sa mission qui est de statuer en conformité des règles fondamentales »¹¹⁹⁸, même s'il ne peut pas les rechercher au-delà de la cause du litige. Au-delà de l'incertitude conceptuelle, sur le plan du contenu juridique, qui affecte le terme « d'ordre public », « dire d'un texte, d'un moyen, d'un recours, d'un délai qu'il est d'ordre public a surtout un intérêt fonctionnel : cela affirme sa priorité et lui donne les moyens de se réaliser éventuellement par la transgression de certaines règles ou principes jugés moins importants »¹¹⁹⁹. Au carrefour d'un « état de fait » et d'un « ensemble de règles juridiques », « l'ordre public s'entend d'un intérêt primordial que le juge désire faire prévaloir par un moyen de procédure contentieuse »¹²⁰⁰.

Cependant, eu égard au caractère objectif du contentieux en matière constitutionnelle, c'est-à-dire d'ordre public « par nature »¹²⁰¹ ou par excellence, survient la difficulté d'envisager l'idée d'une hiérarchie simplement matérielle¹²⁰² entre les griefs d'inconstitutionnalité, soit entre les principes et normes de valeur constitutionnelle que le juge constitutionnel reconnaît comme applicables dans l'exercice de son office. Ce point de vue semble tempéré par le professeur Thierry Di Manno pour qui « une référence à la notion d'ordre public constitutionnel [permet] simplement de désigner les critères justifiant une utilisation des moyens et conclusions soulevés d'office, et éliminerait par là-même tout pouvoir discrétionnaire du juge dans la mise en œuvre de ces techniques de jugement »¹²⁰³.

¹¹⁹⁷ J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992, n° 203.

¹¹⁹⁸ G. MALEVILLE, cit. G. DRAGO, « Le contentieux constitutionnel des lois, contentieux d'ordre public par nature », op. cit., p. 20.

¹¹⁹⁹ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ, 1980, p. 105.

¹²⁰⁰ C. VIMBERT, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, n° 3, 1994, p. 694 et pp. 695-696.

¹²⁰¹ Comme il ressort de L. HAMON, « Note », *D.*, 1961, jurisp., p. 471.

¹²⁰² Voir : D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., pp. 129-131 ; T. DI MANNO, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Economica – PUAM, 1994, pp. 147-154 et pp. 168-170.

¹²⁰³ T. DI MANNO, op. cit., p. 154.

L'effort de systématisation¹²⁰⁴ a été tenté autour de « trois critères », celui des « atteintes portées par le texte de loi aux droits et libertés constitutionnellement garantis », du « non-respect par le législateur de sa propre compétence », « le troisième concernant uniquement les lois de finances pour lesquelles le juge constitutionnel contrôle systématiquement s'il n'y a pas eu introduction de dispositions de caractère non financier »¹²⁰⁵. Sans remettre en cause la structure de cette classification, il est possible de reconnaître la notion « d'incompétence négative » pour la seconde catégorie, tandis qu'il s'agit de subsumer un troisième volet de solutions sous le terme générique de « cavaliers »¹²⁰⁶ : législatifs, budgétaires et sociaux.

Ces éventuels éléments d'identification, objectivés de fait par une sorte d'appréhension empirique d'un langage du droit, seraient ainsi utiles à la construction de la matière, droit constitutionnel jurisprudentiel ou contentieux constitutionnel, constituant, s'ils existent, des moyens de prévisibilité de la jurisprudence, gage d'une certaine sécurité juridique voire même de confiance légitime en l'institution, suivant « l'idée » que « l'attente d'un comportement, le maintien d'une norme ou l'intervention d'une décision et que cette attente est fondée sur des circonstances qui la rendent justifiée ou légitime »¹²⁰⁷. En tout état de cause et de façon irréductible au sein d'un postulat réaliste, « les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante »¹²⁰⁸. Si au niveau du méta-langage d'ordre juridique, la question est : « le Conseil constitutionnel a-t-il sa propre théorie des moyens d'ordre public ? Cette question est difficile à résoudre (...) en raison même de la liberté dont dispose le juge dans la définition de sa compétence »¹²⁰⁹.

Sous l'angle de la construction du discours, au-delà de la lisibilité attendue d'un tel effort à destination des usagers de la justice constitutionnelle – pour reprendre une expression du doyen Vedel –, alors que le juge constitutionnel s'aménage la possibilité de statuer « sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les griefs invoqués par les requérants »¹²¹⁰, le développement sur l'hypothèse d'un ordre public d'ordre processuel, dans le déploiement de l'office juridictionnel en contentieux constitutionnel des lois, présuppose en réalité l'existence d'un langage d'ordre structurel sur les moyens du contrôle de constitutionnalité.

¹²⁰⁴ G. DRAGO, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel. L'effectivité du contrôle de constitutionnalité*, Economica – PUAM, 1991, p. 184.

¹²⁰⁵ cf. J.-M. BLANQUER, op. cit., p. 80.

¹²⁰⁶ cf. *supra*, 1^{ère} partie, Titre I, chap. 1, I, § 1 (sur l'inconstitutionnalité partielle).

¹²⁰⁷ J.-M. WOEHLING, « La France peut-elle se passer d'un principe de confiance légitime ? », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 749.

¹²⁰⁸ CEDH, 18/12/2008, *Unedic c. France*, n° 20153/04.

¹²⁰⁹ J.-M. BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, op. cit., p. 80.

¹²¹⁰ CC, n° 98-402 DC, 25/06/1998, *Rec.* 269.

§ 2 – Vers une théorie du recours constitutionnel ?

Bien que « le Conseil constitutionnel, saisi d'une loi votée et en instance de promulgation, se prononce dans des conditions différentes de celles dans lesquelles la juridiction administrative est appelée à statuer sur la légalité d'un acte administratif »¹²¹¹, il est couramment admis que « la présentation de l'étendue du contrôle de constitutionnalité des lois est faite en exposant les différents *cas d'ouverture du contrôle*, à la façon de ce qui est fait à propos du recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif, c'est-à-dire en quatre cas : incompétence, vice de forme et de procédure, détournement de pouvoir et de procédure, violation substantielle de la Constitution »¹²¹². Un autre ouvrage de référence indique dans le même sens que « selon une distinction traditionnelle, il convient de distinguer les cas susceptibles d'ouvrir le contrôle de la constitutionnalité des lois des moyens utilisés par le Conseil pour exercer son contrôle »¹²¹³. Le « choix » épistémologique va jusqu'à être qualifié par certains auteurs de « judiciaire »¹²¹⁴, au détriment par exemple du droit constitutionnel comparé, « dans la mesure où la typologie des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir (...) épouse avec précision les () éléments constitutifs de toute norme » et qu'il a pu être démontré¹²¹⁵ que cette typologie « fait figure de modèle en Europe ».

Après avoir situé le débat dans l'espace, le discours fait parfois appel à des arguments d'ordre historique. « Le Conseil constitutionnel aurait pu, par une dérive telle celle du Sénat du Second Empire, se comporter comme une Chambre législative plus soucieuse d'opportunité que de régularité juridique. Il aurait pu aussi, selon les vues d'une bonne partie des rédacteurs de la Constitution de 1958, se cantonner à contrôler le respect des articles de la Constitution en excluant la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946 des normes de référence. Il aurait pu, à l'instar de la Cour suprême américaine ou de telle ou telle Cour constitutionnelle européenne, s'arroger des pouvoirs qui l'auraient fait l'égal ou le suppléant du pouvoir constituant. Or le contrôle de constitutionnalité exercé en France sur le législateur s'est établi autrement et paraît être une *transposition* du contrôle du juge de l'excès de pouvoir sur l'Administration avec des particularismes finalement mineurs par rapport à l'essentiel de l'opération de contrôle »¹²¹⁶.

¹²¹¹ CC, n° 86-218 DC, 18/11/1986, *Rec.* 167, cons. 11.

¹²¹² G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 389.

¹²¹³ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 135.

¹²¹⁴ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », op. cit., p. 78.

¹²¹⁵ Sur cette approche, voir : D. RITLÉNG, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, thèse (dact.), Strasbourg III.

¹²¹⁶ G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (II) », op. cit., p. 90.

Certaines contributions actuelles semblent remettre en cause ce type de schémas intellectuels. « Loin d'être incontournable, la *transposition* des cas d'ouverture au contrôle de constitutionnalité des lois illustre les limites et les enjeux du rapprochement entre contentieux administratif et contentieux constitutionnel »¹²¹⁷. Cette orientation relève d'une pure construction doctrinale ; d'ailleurs, le concept même de « cas d'ouverture » en contentieux de la légalité n'apparaît pas comme un élément privilégié dans un langage appartenant à une sphère de droit positif. Dans les conditions de présentation de la requête devant la juridiction administrative, l'article R. 411-1 du Code de justice administrative ne prescrit qu'un « exposé des faits et moyens, ainsi que l'énoncé des conclusions soumises au juge ». Il s'agit alors d'un discours classique de systématisation de « diverses manifestations caractérisées de l'excès de pouvoir, constituant vices de l'acte d'administration, et par conséquent donnant ouverture au recours »¹²¹⁸. Un commissaire du gouvernement au Conseil d'Etat reconnaissait lui-même que « la classification des ouvertures du recours pour excès de pouvoir n'a pas en soi de valeur normative ; elle ne s'impose pas aux justiciables ; *ce n'est qu'un instrument d'analyse que le juge utilise pour dire le droit* »¹²¹⁹.

Le juge constitutionnel quant à lui paraît marquer une certaine hésitation à propos de l'emploi de ce type de vocables. « Si le terme de "moyens" d'inconstitutionnalité a parfois¹²²⁰ été utilisé par le Conseil constitutionnel, celui-ci préfère désormais¹²²¹ retenir une expression plus neutre, examinant les "*griefs*"¹²²² susceptibles d'emporter ou non l'inconstitutionnalité de l'acte législatif »¹²²³. Le « constat empirique » de cette évolution rend susceptible d'inadaptation certaines catégories explicatives. La recherche critique de sens impose une sorte de déconstruction compréhensive de l'imposition du modèle « en excès de pouvoir » classiquement retenu dans la sphère savante sur le contentieux constitutionnel (A), afin de tenter une reconstruction d'un méta-discours structurant concrètement et de façon réaliste l'idée générale de recours en inconstitutionnalité de l'acte législatif (B) développée sur un plan procédural au sein du système juridique.

¹²¹⁷ A. VIDAL-NAQUET, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *RFDA*, n° 5, 2008, p. 899.

¹²¹⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 12^{ème} édition, Sirey, 1933, p. 437.

¹²¹⁹ J. THERY, concl. ss. CE Sect., 14/11/1975, *Syndicat national de l'enseignement supérieur F.E.N.*, *Rec.* 578.

¹²²⁰ Encore dans : CC, n° 2002-460 DC, 22/08/2002, *Rec.* 198, cons. 11, 16, 19 ; n° 2001-455 DC, 12/01/2002, *Rec.* 49, cons. 4 ; n° 2000-431 DC, 06/07/2000, *Rec.* 98 (décision agencée sur le plan formel par des incises du type « Sur les moyens tirés de / du... »).

¹²²¹ Voir le « plan de classement » des tables analytiques de la jurisprudence que le Conseil constitutionnel met à disposition sur : www.conseil-constitutionnel.fr.

¹²²² Depuis : CC, n° 82-141 DC, 27/07/1982, *Rec.* 48.

¹²²³ A. VIDAL-NAQUET, *op. cit.*, p. 909.

A) Dé-construction du modèle

Le professeur Ariane Vidal-Naquet pose le problème au niveau des fondements : « le rapprochement entre Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat n'est pas nouveau. (...) Mais on peine à discerner l'ordre des causes : est-ce le constat, peut-être le présupposé, de ce rapprochement qui justifie la transposition des techniques utilisées ou est-ce le constat de la parenté des techniques voire des solutions adoptées qui justifie le rapprochement entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de légalité »¹²²⁴ ?

Le constat était en tout cas difficile à opérer *a priori*. « A sa création », s'agissant des décisions rendues dans le cadre du contrôle de « conformité » des lois défini par l'article 61 de la Constitution, « le Conseil constitutionnel a dû créer de toutes pièces une base méthodologique pour tous les aspects de son action »¹²²⁵. Les quatre premières décisions « DC »¹²²⁶ ont été rendues selon un modèle original de présentation et de rédaction, vite abandonné mais qui mérite tout de même d'être mentionné, illustrant une certaine « volonté de marquer la spécificité de l'institution ».

Il apparaît que ce modèle de motivation formelle ne consistait pas strictement en la restitution de raisonnements, « ne distinguant pas motif et dispositif et n'employant pas la forme du considérant »¹²²⁷. Prenons l'exemple de la décision n° 2 DC du 24 juin 1959, rendue sur saisine obligatoire du président de l'Assemblée nationale, et relative au « règlement définitif de l'Assemblée nationale » dans le cadre des nouvelles institutions. Le Conseil constitutionnel expose sa décision après la mention « Décide » sous la forme d'un dispositif divisé en quatre articles. En premier lieu, « les décisions de conformité ne sont pas motivées »¹²²⁸. La décision commence en fait par le détail des déclarations de non-conformité, sous une « forme descriptive d'exposition »¹²²⁹ où les mentions de chaque disposition textuelle de l'acte en cause sont appuyées par des formules assez succinctes et laconiques.

Ce premier mode de présentation est abandonné par la juridiction constitutionnelle dès la décision n° 5 DC¹²³⁰ sans qu'aucun auteur n'ait pu véritablement fournir d'explications d'ordre systémique. En adoptant « la méthode des "considéranants" » ou « forme classique en

¹²²⁴ A. VIDAL-NAQUET, *op. cit.*, p. 907.

¹²²⁵ J.-M. BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, *op. cit.*, p. 325.

¹²²⁶ CC, n° 59-1 DC, 14/05/1959, *Rec.* 57 ; n° 59-2 DC, 24/06/1959, *Rec.* 58 ; n° 59-3 DC, 25/06/1959, *Rec.* 61 ; n° 59-4 DC, 24/07/1959, *Rec.* 61.

¹²²⁷ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 524.

¹²²⁸ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, n° 2, *op. cit.*, p. 31.

¹²²⁹ J.-M. BLANQUER, *op. cit.*, p. 326.

¹²³⁰ CC, n° 59-5 DC, 15/01/1960, *Rec.* 15.

trois parties : visas, considérants, dispositif », le juge constitutionnel fait le choix de « [s'inscrire] ainsi dans la lignée du juge administratif ». Bien que le doyen Vedel eût préféré une analyse en termes d'opérations logiques, il semble bien qu'il s'agisse d'un choix d'intérêt et de stratégie de se « pénétrer de l'esprit, de la dialectique, des procédés de rédaction qui ont valu » à la Haute juridiction administrative « sa haute réputation »¹²³¹ ; et ce d'autant plus que la rédaction en « considérants » s'est imposée d'elle-même pour les autres compétences normatives¹²³² du Conseil constitutionnel ainsi que pour le contentieux électoral. La spécificité de l'examen de conformité à la Constitution devait-il se construire en dehors d'une logique juridictionnelle couramment admise ? La réponse s'est avérée bien évidemment négative.

La voie était ouverte pour le « rapprochement » évoqué par le professeur Vidal-Naquet, d'une « comparaison qui s'impose » avec le « Conseil d'Etat statuant au contentieux et saisi d'un recours pour excès de pouvoir »¹²³³. Dans son article fondateur aux *Mélanges Eisenmann* en 1975, en relevant simplement que « de 1959 à 1973, le Conseil constitutionnel a eu à statuer 18 fois sur la constitutionnalité des lois organiques et 8 fois sur celle des lois ordinaires », le doyen Favoreu fait passer l'idée de la démarche selon laquelle « le rapprochement avec le principe de légalité facilite la compréhension du principe de constitutionnalité »¹²³⁴. L'éminent auteur avait sans doute à l'esprit le bien-fondé de cet effort de systématisation devant être entamé dans un contexte d'anticipation évidente de développements considérables du corpus jurisprudentiel du Conseil constitutionnel suite à la réforme constitutionnelle du 29 octobre 1974. Il publie, toujours en 1975, la première édition des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* avec le professeur Loïc Philip, préfacée par la célèbre contribution du professeur Waline, tout juste sorti de ses fonctions de membre du Conseil, et dans laquelle il défend la nature juridictionnelle de l'institution et de ses missions. Le parallèle est vite établi avec un autre ouvrage dirigé par d'éminents conseillers d'Etat et compilant les *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Le besoin s'est fait sentir de reconstituer pour la jurisprudence du juge constitutionnel la même autorité formelle que la sphère administrativiste avait réussi à établir pour celle du Conseil d'Etat (et du Tribunal des conflits) dans la définition des grands principes du droit public.

¹²³¹ cf. L. NOËL, *De Gaulle et les débuts de la Ve République*, Plon, 1976, p. 36.

¹²³² Voir : CC, n° 59-1 L, 27/11/1959, *Rec.* 67 ; n° 59-1 FNR, 27/11/1959, *Rec.* 71.

¹²³³ D. LABETOULLE, « Les méthodes de travail au Conseil d'Etat et au Conseil constitutionnel », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, op. cit., p. 259.

¹²³⁴ L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité », op. cit., p. 47.

Ce champ doctrinal connaît son point d'activité la plus élevé à partir de 1981 à l'occasion d'un changement politique majeur, la première alternance sous le régime de la Cinquième République, qui sera suivie dès la législature suivante, par un retour à l'Assemblée nationale de la majorité battue en 1981. La septième législature à majorité socialiste jusqu'en 1986 va voir l'adoption d'un certain nombre de lois emblématiques mais qui ont donné lieu à des controverses assez fortes avec l'opposition et qui devront être tranchées par le Conseil constitutionnel : lois sur les nationalisations, la décentralisation, ou bien encore sur la concentration des entreprises de presse. Le retour de la droite au pouvoir marque une nette dissymétrie au niveau de l'action législative, par une large politique de privatisations, et de nouveau le conflit politique doit se régler au sein de l'office juridictionnel du Conseil.

Autour de décisions particulièrement attendues, les productions doctrinales se multiplient sur les « méthodes du juge constitutionnel » qui font d'ailleurs l'objet d'une thèse, en écho pour ainsi dire à celle du professeur Yves Gaudemet sur les méthodes du Conseil d'Etat. L'évolution jurisprudentielle du droit constitutionnel devient l'objet de positionnements académiques, illustrés, et nous l'avons évoqué tantôt, par l'apparition de manuels de contentieux constitutionnel placés sous l'influence de structures conceptuelles et méthodiques provenant de la culture administrativiste.

S'il apparaît loin d'être évident en termes de légitimité organique, « le juge constitutionnel, condamné à ne pas être juge ou voué à épouser les modèles obligés, n'est donc qu'un imposteur ou un imitateur », le procédé a tout de même ceci de commode qu'il permet d'établir que « le juge constitutionnel ne fait que s'inscrire dans la continuité méthodologique d'autres juridictions, et singulièrement du Conseil d'Etat »¹²³⁵. L'évidence se dégage à propos de la légitimation de l'objet, en lien avec une entreprise tendant au rendu de sens d'une « rationalité juridique », en tout cas au mieux du point de vue externe, une « logique apparente », qui peut s'apparenter alors à un « travail de mise en ordre, d'intégration des données concrètes de l'espèce à un système qui préexiste »¹²³⁶. L'entreprise s'impose comme paradoxale en revenant à la légitimité de l'objet d'un métadiscours de droit postulant la spécificité du raisonnement portant sur la matière concernée par l'intervention juridictionnelle. « Permettant de lire le contentieux constitutionnel à travers une grille d'analyse connue et éprouvée, elle le banalise. (...) Au-delà, elle rassure sur la nature du Conseil constitutionnel lui-même, utilisant les mêmes méthodes que le juge administratif et

¹²³⁵ J.-M. BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, op. cit., p. 4.

¹²³⁶ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, 1972, p. 25.

sur la nature du contrôle de constitutionnalité, vu comme un contrôle juridictionnel, un excès de pouvoir législatif »¹²³⁷.

Dans le développement de sa pratique, la « structure quadripartite » – compétence, procédure, droit, pouvoir – héritée du contentieux administratif et de la systématisation au sein du *Traité* du vice-président Laferrière des « moyens d'annulation des actes administratifs attaqués pour excès de pouvoir »¹²³⁸, retenue pour désigner « l'ouverture » de la concrétisation du principe de constitutionnalité applicable à la loi ; celle-ci se trouve mise à mal dans la dichotomie entre les « causes juridiques » de constitutionnalité « externe » et celles de constitutionnalité « interne » qu'elle devrait normalement impliquer sur le plan procédural et plus précisément, sur la formation de l'instance. Devant la juridiction administrative, c'est la logique dite de la jurisprudence *Intercopie*¹²³⁹ qui s'applique.

La recherche en termes de « réception »¹²⁴⁰ s'avère inopérante pour décrire la juridiction constitutionnelle. En principe, il convient de rappeler que, lors d'une saisine en vertu de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution, « le Conseil constitutionnel n'est pas tenu par les éléments d'une requête introductive d'instance mais est nécessairement saisi de l'ensemble de la loi et peut exercer son contrôle au-delà des arguments de la saisine »¹²⁴¹. En corollaire, même en « considérant que les auteurs de la saisine n'ont développé à l'appui de celle-ci aucun moyen particulier »¹²⁴², le juge constitutionnel ne se sent pas lié en vue de la possibilité du déploiement de son office. D'autre part, n'existant pas sans texte à l'inverse du recours pour excès de pouvoir, la question prioritaire de constitutionnalité se voit constitutionnellement marquée par une seule cause juridique d'ordre substantiel touchant aux « droits et libertés que la Constitution garantit ».

Mais il faut aller plus loin. La signification des causes juridiques dans le contentieux constitutionnel semble devoir s'accommoder difficilement de l'inscription¹²⁴³ dans le cadre dualiste externe/interne tiré de la normativité administrative. La transposition de l'incompétence s'inscrit nettement dans ce constat bien que « l'expression ". ." conserve de sa discipline de naissance, le droit administratif, son sens général »¹²⁴⁴.

¹²³⁷ A. VIDAL-NAQUET, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », op. cit., p. 901.

¹²³⁸ cf. E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., 2^{ème} éd., t. 2, pp. 469-533.

¹²³⁹ CE Sect., 20/02/1953, *Société Intercopie*, Rec. 88.

¹²⁴⁰ cf. *supra*, I, § 2, A).

¹²⁴¹ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 389.

¹²⁴² CC, n° 86-211 DC, 26/08/1986, Rec. 120.

¹²⁴³ cf. P.-Y. GADHOUN, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2002 », *RA*, n° 332, 2003, p. 146.

¹²⁴⁴ cf. F. GALLETI, « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur "l'incompétence négative du législateur" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 58, 2004, p. 391.

En matière administrative, dès les travaux de Laferrière, le concept d'incompétence marque une distinction subtile entre la définition générale de « l'inaptitude légale d'une autorité administrative à prendre une décision, à faire un acte non compris dans ses attributions » et du « cas où une autorité, au lieu de franchir les limites de sa compétence, reste en deçà, et refuse de faire un acte de son ressort en déclarant qu'elle n'a pas qualité pour l'accomplir. Cette hypothèse est, on le voit, inverse de toutes les précédentes ; s'il nous était permis d'appliquer les expressions consacrées en matière de conflits, nous dirions qu'il s'agit là d'incompétence *négative*, par opposition à l'incompétence *positive* »¹²⁴⁵. Ainsi est née dans cette longue citation une notion pour laquelle il paraît être admis, « en fait, si elle n'apporte rien de plus à la théorie juridique de l'incompétence elle a le mérite d'affiner l'analyse de la notion et constitue indéniablement une situation de fait et psychologique totalement inassimilable à l'incompétence positive »¹²⁴⁶.

Une distinction de ce type peut aussi s'observer dans la jurisprudence constitutionnelle. L'incompétence positive du Parlement est sanctionnée quand le législateur ordinaire « empiète » dans le domaine de compétences du législateur organique¹²⁴⁷, tout comme ce dernier est censuré¹²⁴⁸ lorsque la disposition adoptée en application de ce « caractère » législatif spécifique prévu par la Constitution ne se contente pas d'une « simple mise en application » des dispositions constitutionnelles, d'une précision voire d'un complément mais revient à modifier ou affecter le domaine de la loi constitutionnelle. Mais l'analyse de « l'attitude juridique du Conseil constitutionnel devant la question de la compétence du législateur » fait remarquer à Florence Galletti que le juge « a surtout développé l'examen de l'incompétence négative du législateur »¹²⁴⁹. Si ce cas d'inconstitutionnalité semble être apparu dans une décision du 26 janvier 1967 à propos d'un renvoi au pouvoir réglementaire figurant dans une loi organique¹²⁵⁰, « c'est en comparant la méthode utilisée par le juge constitutionnel pour censurer la loi à celle mise en œuvre par le Conseil d'Etat dans des hypothèses que certains administrativistes ont pu appliquer la notion d'incompétence négative à la jurisprudence du Conseil constitutionnel »¹²⁵¹, la parenté en revenant certainement au professeur Jean Rivero¹²⁵². Sur le développement des effets

¹²⁴⁵ E. LAFERRIERE, op. cit., p. 468 et p. 491.

¹²⁴⁶ C. DEBBASCH, J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2001, p. 789.

¹²⁴⁷ Pour un exemple récent : CC, n° 2009-593 DC, 19/11/2009, publ. *JO*, 25/11/2009, p. 20222, cons. 8.

¹²⁴⁸ CC, n° 77-80/81 DC, 05/07/1977, *Rec.* 24 ; n° 87-232 DC, 07/01/1988, *Rec.* 26 ; n° 2007-547 DC, 15/02/2007, *Rec.* 60, cons. 13.

¹²⁴⁹ F. GALLETI, « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? », op. cit., p. 391.

¹²⁵⁰ CC, n° 67-31 DC, 26/01/1967, *Rec.* 19, cons. 4.

¹²⁵¹ F. PRIET, « L'incompétence négative du législateur », *RFDC*, n° 17, 1994, p. 61.

¹²⁵² cf. chron. *AJDA*, 1976, p. 44, sur : CC, n° 75-56 DC, 23/07/1975, *Rec.* 22, cons. 6.

juridiques du moyen, la plupart des commentateurs s'accordent sur ce que « son véritable départ peut être fixé à 1982 »¹²⁵³. De façon plus explicite, « l'affaire des nationalisations du 16 janvier 1982¹²⁵⁴, dans laquelle le Conseil constitutionnel sanctionne le renvoi par le législateur aux organes des sociétés nationales en matière de définition des règles relatives aux transferts du secteur public au secteur privé, marque le début d'un renouveau de cette jurisprudence en ce qui concerne, spécifiquement, les relations entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire »¹²⁵⁵.

Le déploiement de cette palette d'incompétences vient rappeler que « le vice d'incompétence en contentieux constitutionnel des lois est un vice majeur »¹²⁵⁶, rejoignant sur cet aspect une conception originelle et étroite du sens du principe de constitutionnalité, ou de validité constitutionnelle, suivant la formule d'Hans Kelsen « en ce sens qu'une loi dont le contenu est en contradiction avec les prescriptions de la Constitution cesserait d'être inconstitutionnelle si elle était votée comme loi constitutionnelle »¹²⁵⁷. La thèse très kelsénienne du professeur Eisenmann sur la justice constitutionnelle contenait, « en dernière analyse », l'idée de dynamique normative – « la nature même du droit » – assimilant le fondement de « l'inconstitutionnalité d'une loi (...) à une irrégularité de procédure, dont seule la gravité diffère, selon qu'elle consiste en une violation ou des seules prescriptions de forme ou au contraire de l'ordre des compétences établis par la Constitution »¹²⁵⁸. Soixante ans plus tard, en siège au Conseil constitutionnel, le doyen Vedel estimait que « ce discours ne saurait être récusé », l'éminent auteur puisant la recherche de justification du discours dans un registre rassurant sur le plan juridique et tendant à dresser « l'habit d'un technicien des formalités ». Ainsi, « pas plus que le Conseil d'Etat ne censure en soi quant au fond le contenu d'un règlement lorsqu'il juge que les dispositions qu'il comporte relèvent du domaine de la loi, le Conseil constitutionnel ne condamne en soi quant au fond les termes d'une loi ordinaire quand il juge que leur teneur ne pourrait trouver place que dans une loi de révision constitutionnelle »¹²⁵⁹.

Nous comprenons alors que dans les éléments constitutifs de la norme de « conformité », l'incompétence tient à « l'ordre » établi par la Constitution. « La question de

¹²⁵³ F. PRIET, *op. cit.*, p. 59.

¹²⁵⁴ CC, n° 81-132 DC, 16/01/1982, *Rec.* 18, cons. 40.

¹²⁵⁵ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, *op. cit.*, n° 10, p. 150 [15^{ème} éd.].

¹²⁵⁶ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 390.

¹²⁵⁷ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 206.

¹²⁵⁸ C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, *op. cit.*, p. 17.

¹²⁵⁹ G. VEDEL, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, n° 45, 1988, pp. 151-152.

droit posée à la juridiction constitutionnelle s'analyse dès lors comme une question de compétence »¹²⁶⁰. « L'irrégularité » sur ce fondement revêt un caractère de « gravité ». Indéniablement, « si donc la question de constitutionnalité est une question relative à la compétence de l'auteur de la norme juridique, c'est-à-dire à la compétence du législateur, l'exemple du contentieux administratif doit être suivi, qui a toujours considéré l'incompétence de l'auteur de l'acte comme un moyen d'ordre public devant être soulevé par le juge administratif »¹²⁶¹ par son rapport « à une question d'une importance telle que le juge méconnaîtrait lui-même la règle de droit qu'il a mission de faire respecter si la décision juridictionnelle rendue n'en tenait pas compte »¹²⁶².

Cependant, ces considérations sur « l'ordre des compétences » dans l'établissement du sens de « l'excès de pouvoir » en tant que principe général d'ouverture du contrôle de validité normative viennent également rappeler toute la difficulté d'appréhension du concept d'incompétence négative. En quelque sorte, c'est à partir du syntagme retenu que le problème se pose. La doctrine administrativiste est loin d'être uniforme sur la distinction de Laferrière. « L'incompétence négative est en réalité une erreur de droit, c'est un moyen de légalité interne »¹²⁶³. Mais il arrive que des jugements ou arrêts considèrent que c'est une incompétence¹²⁶⁴ afin de donner à ce moyen le statut de moyen d'ordre public que le juge peut soulever d'office »¹²⁶⁵. Il s'agit alors non pas d'une catégorie opérationnelle en termes de régime juridique applicable à la définition de la compétence administrative, mais d'un élément d'abord opératoire pour un discours de stratégie procédurale¹²⁶⁶ aux mains des acteurs du procès administratif, juges et usagers inclus.

De ce point de vue, devant le Conseil constitutionnel, « l'assimilation est tentante. Tout comme le juge administratif, le juge constitutionnel soulève d'office l'incompétence négative car il la considère comme un moyen d'ordre public »¹²⁶⁷ dont il est acquis qu'il le soulève d'office¹²⁶⁸, le cas échéant. Une fois justement cette donnée acquise, il faut admettre que « l'assimilation » ne saurait aller au-delà. En matière constitutionnelle, la théorie de l'incompétence négative s'impose comme « intrinsèquement liée à cet acte particulier qu'est

¹²⁶⁰ V. BOUVIER, « La notion de juridiction constitutionnelle », *Droits*, n° 9, 1989, p. 122.

¹²⁶¹ G. DRAGO, « Le contentieux constitutionnel des lois, contentieux d'ordre public par nature », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, op. cit., p. 12.

¹²⁶² R. ODENT, *Contentieux administratif*, t. 3, 1981, p. 1205.

¹²⁶³ cf. CE, 03/03/1976, *Valette*, Rec. 117.

¹²⁶⁴ CE Sect., 05/12/1975, *Delcros*, Rec. 630.

¹²⁶⁵ R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2010, p. 277.

¹²⁶⁶ M. UBAUD-BERGERON, « L'incompétence », in AFDA, *La compétence*, Litec, 2008, p. 157.

¹²⁶⁷ F. PRIET, « L'incompétence négative du législateur », op. cit., p. 61.

¹²⁶⁸ CC, n° 83-168 DC, 20/01/1984, Rec. 38, cons. 6 à 8.

la Loi, qui n'est ni assimilable, ni réductible aux simples actes administratifs et aux vices de compétence qu'organise le droit administratif à leur endroit »¹²⁶⁹. Une approche en volume peut ainsi nous fournir le constat suivant : « de 1982 à 2005 le Conseil constitutionnel a ainsi rendu quatre-vingt-trois décisions sur la question de l'incompétence négative du législateur. Dans vingt-trois d'entre elles et dans vingt-trois cas (...), il a prononcé l'annulation des dispositions contestées (...) le législateur n'ayant pas pleinement utilisé les compétences que lui confie [une] disposition de la Constitution »¹²⁷⁰.

Sur « l'excès de pouvoir » transposé à la compétence législative, par rapport à la notion administrative, le doyen Vedel relevait dans cette perspective une « nuance » qui a véritablement trait au sens pouvant être interprété de l'incompétence négative de l'autorité à qui elle est amenée à s'appliquer. « En droit administratif l'incompétence négative concerne plus précisément des hypothèses de refus par une autorité d'exercer sa propre compétence mais n'y range pas les transferts de compétence dépassant ce qui peut être délégué par une autorité supérieure à une autorité inférieure »¹²⁷¹. La considération est donc fonction du degré normatif concerné. Concernant la loi, celui-ci reste élevé dans l'ordre constitutionnel en vigueur. « En droit constitutionnel, le juge censure l'insuffisante prédétermination par la norme supérieure du champ de réglementation de la norme d'habilitation inférieure et raisonne donc en termes de hiérarchie entre compétences »¹²⁷².

Sur la mise en exergue d'un principe supérieur de normativité, « la vertu majeure de cette jurisprudence est d'être protectrice de la loi. (...) Les auteurs constatent qu'un organe tel que le Conseil constitutionnel, conçu à l'origine pour contraindre le Parlement à ne pas sortir du domaine qui lui est assigné, se fait au fil des décisions le défenseur de sa compétence, au besoin contre lui-même »¹²⁷³. Ainsi, si l'article 34 de la Constitution énonce que « la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », et « eu égard à la matière concernée, le législateur ne [peut] pas non plus se contenter, ainsi que le prévoit la disposition critiquée éclairée par les débats parlementaires, de poser une règle de principe et d'en renvoyer intégralement les modalités d'application à des lois futures »¹²⁷⁴. En quelque sorte, l'incompétence négative devient, pour le pouvoir législatif, une obligation de participation à sa propre définition.

¹²⁶⁹ F. GALLETI, « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? », op. cit., p. 391.

¹²⁷⁰ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, op. cit., n° 10, p. 150 [15^{ème} éd.].

¹²⁷¹ G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (II) », *CCC*, n° 2, 1997, p. 84.

¹²⁷² A. VIDAL-NAQUET, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », op. cit., n. 69, p. 904 (cf. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006, pp. 437-442).

¹²⁷³ F. PRIET, « L'incompétence négative du législateur », op. cit., p. 60 et p. 72.

¹²⁷⁴ CC, n° 2004-499 DC, 29/07/2004, *Rec.* 126, cons. 12.

B) Re-construction : la question de constitutionnalité de l'acte législatif

L'analyse du statut contentieux de l'incompétence en contentieux administratif et en contentieux constitutionnel, en particulier autour de la structure syntagmatique commune dite de « l'incompétence négative », apparaît symptomatique de ce que « le contentieux constitutionnel est sans doute parvenu à un degré de maturité qui l'autorise à se détacher du recours pour excès de pouvoir sans perdre pour autant toute crédibilité »¹²⁷⁵. Ne serait-ce que sur l'incompétence, il n'en saurait être autrement. « Car il n'apparaît guère possible de transposer en droit constitutionnel une notion marquée en droit administratif par une extrême hétérogénéité »¹²⁷⁶. Même si la réception s'en tient à un « plan terminologique » où il paraît par exemple possible de dire que « l'expression incompétence négative est employée de manière concurrente à celle de subdélégation illégale de compétence »¹²⁷⁷, mettant donc en exergue sa relative homogénéité dans la jurisprudence constitutionnelle ; quelque part, c'est surtout la construction du discours systématique de contentieux constitutionnel qui s'expose à la critique en termes « d'artificialité », en s'attachant à sa seule valeur explicative.

Il faut donc aller au-delà du « sens général » pour tendre vers un sens au moins opératoire – le juge validant ou non son caractère opérationnel – du fait de l'accroissement des acteurs quotidiens¹²⁷⁸ de la justice constitutionnelle et par conséquent, le développement de la circulation du discours constitutionnaliste dans l'ensemble du système juridique. A ce jour, et peut-être sans encore assez de recul, c'est un effet mécanique de la mise en application de l'article 61-1 de la Constitution. « L'intervention, même indirecte, du citoyen dans le contrôle de constitutionnalité des lois va plus loin, modifiant la perception même du contrôle de constitutionnalité : il ne s'agit plus tant d'assurer la perfection juridique de la loi, dernier avatar du légicentrisme, que de garantir les libertés et droits fondamentaux »¹²⁷⁹. La difficulté de la démarche tient sans doute à la diversité procédurale. L'idée est pourtant de postuler l'unité de sens du contentieux constitutionnel de la loi et dans la concrétisation normative recherchée par le biais des voies de recours, l'unité du moyen. Celui-ci consiste en l'articulation de deux types de structures contentieuses (1) faisant porter le contrôle du juge sur un respect du droit et la garantie de droits fondant la formation de griefs dont l'effectivité

¹²⁷⁵ A. VIDAL-NAQUET, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », op. cit., p. 901.

¹²⁷⁶ F. PRIET, « L'incompétence négative du législateur », op. cit., p. 62.

¹²⁷⁷ G. SCHMITTER, « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », *AJJC*, n° 5, 1989, p. 139.

¹²⁷⁸ X. PHILIPPE, « La question prioritaire de constitutionnalité : à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français... Réflexions après l'adoption de la loi organique », *RFDC*, n° 82, 2010, p. 287.

¹²⁷⁹ A. VIDAL-NAQUET, op. cit., p. 901.

semble devoir justement dépendre des cadres procéduraux, distinguant entre des moments de saisine et de contrôle (2).

1. L'articulation de deux structures opératoires : « respect » et « garantie »

L'émergence de ces deux structures conceptuelles n'est pas une simple construction doctrinale. Le « respect » et la « garantie » relèvent d'un registre de droit positif. En effet, d'une part, selon le principe de concrétisation du contrôle de constitutionnalité *a priori*, sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, « l'objet de ce contrôle est non de gêner ou de retarder l'exercice du pouvoir législatif mais d'assurer sa conformité à la Constitution », ce qui permet de définir l'application du régime juridique qui en découle par une dimension finaliste, « par les exigences du contrôle » qui font que « la loi votée (...) n'exprime la volonté générale que dans le *respect* de la Constitution »¹²⁸⁰. Dans l'autre pan de compétence du Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité est soulevée « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution *garantit* », ou « *garantis* par la Constitution » comme il figure dans les dispositions correspondantes de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel telles qu'elles résultent de la loi organique du 10 décembre 2009.

De façon très empirique, de l'ordre du constat pré-compréhensif, il semble devoir apparaître que les deux structures issues de cadres procéduraux distincts ne déterminent pas deux niveaux exclusifs de contrôle liés à des développements hermétiques de l'idée de conformité et/ou de contrariété à la Constitution. Ainsi, le contrôle « qui s'exerce à titre préventif après le vote de la loi et avant sa promulgation » connaît des « garanties légales des exigences constitutionnelles »¹²⁸¹. Dans son étude de ce qu'elle considère comme une « technique » juridictionnelle, le professeur Ariane Vidal-Naquet souligne que « cette expression ne surgit pas de façon aléatoire dans la décision du juge. Elle est quasi-systématiquement insérée dans un considérant plus général, énonçant que s'il est loisible au législateur, dans le cadre de sa compétence, de modifier, d'abroger ou de compléter des dispositions législatives antérieurement promulguées, il ne saurait, dans l'exercice de ce

¹²⁸⁰ CC, n° 85-197 DC, 23/08/1985, *Rec.* 70, cons. 20 et 27.

¹²⁸¹ Depuis : CC, n° 86-210 DC, 29/07/1986, *Rec.* 110, cons. 2.

pouvoir, priver de garanties légales des exigences constitutionnelles »¹²⁸². Le fondement de cette « notion ayant pour caractéristique de constituer à la fois un moyen de contrôle et une norme de référence » réside dans le principe même de normes constitutionnelles applicables à la loi, au sein d'un raisonnement prenant en compte le statut particulier de l'acte législatif en droit constitutionnel, plus précisément en rapport à la tradition législative d'encadrement des droits et libertés, qui se répercute depuis la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 jusque dans l'ordre constitutionnel en vigueur. La précision formelle du domaine de la loi par les termes de l'article 34 de la Constitution de 1958 témoigne de ce que « la loi fixe les règles concernant (...) les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Le sens de l'expression dépend de la conception de la loi dans le système de détermination des pouvoirs. Lorsque « le légicentrisme était de mise () cette conception rendait l'action du législateur incontestable (...) y compris au titre des droits et libertés de l'individu. Pour autant, la loi n'était pas toujours protectrice des libertés et a pu s'avérer oppressive. Dans ces circonstances, soit la Constitution prévoit un moyen de résister à l'oppression, soit le texte fondamental organise un contrôle de constitutionnalité ayant notamment pour objet et surtout pour effet de garantir l'exercice des droits fondamentaux »¹²⁸³. L'analyse prend alors un trait plus phénoménologique ; « ce que l'on a appelé la "justice constitutionnelle des libertés", c'est-à-dire la protection judiciaire des droits fondamentaux, est ainsi devenu une partie importante, et en rapide expansion, du phénomène de la justice constitutionnelle, qui est venue à s'affirmer »¹²⁸⁴ par ce niveau de garanties « devant en conséquence être [respectées] par le législateur ordinaire ».

Seulement, l'étendue de la signification du principe s'avère tributaire des limites à l'habilitation de l'organe compétent pour l'appliquer. Suivant cette perspective, « les garanties légales constituent un outil de renforcement du contrôle opéré par le juge constitutionnel. Elles permettent de tempérer le caractère *a priori* du contrôle exercé sur la loi. Certes, l'appréciation effectuée par le Conseil constitutionnel porte sur une norme qui n'est pas encore entrée en vigueur mais le contrôle se matérialise dans les garanties légales »¹²⁸⁵. Mais, comme dans une sorte d'étau, les caractéristiques de l'extension recèlent en elles-mêmes leurs propres limites. Si l'idée de contrôle peut en sortir renforcée, au moins dans l'apparence de

¹²⁸² A. VIDAL-NAQUET, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Panthéon-Assas (LGDJ diff.), 2007, p. 24. Pour le considérant évoqué, cf. la décision précitée dans la note précédente ; constant : CC, n° 2010-605 DC, 12/05/2010, publ. *JO*, 13/05/2010, p. 8897, cons. 23 ; n° 2010-618 DC, 09/12/2010, publ. *JO*, 17/12/2010, p. 22181, cons. 15.

¹²⁸³ G. MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC*, n° 62, 2005, pp. 247-248.

¹²⁸⁴ M. CAPPELLETTI, « Des juges législateurs ? », in *Le pouvoir des juges*, trad. R. DAVID, Economica – PUAM, 1990, p. 62.

¹²⁸⁵ A. VIDAL-NAQUET, *op. cit.*, p. 557.

sens qui s'en dégage, cela ne semble pas être le cas concernant la signification normative de la notion employée. « A l'inverse d'un contrôle de conformité d'une loi à la Constitution, qui manifeste un lien hiérarchique entre deux normes, le contrôle des garanties légales a pour effet de créer un cadre d'intervention du législateur »¹²⁸⁶.

Les « garanties légales des exigences constitutionnelle » nous paraissent faire partie de ces techniques développées dans la jurisprudence constitutionnelle et illustratives d'une mutation de la normativité déployée par l'office du juge constitutionnel, dans le sens d'une propriété normative « limitée »¹²⁸⁷ fixant une « condition de constitutionnalité peu contraignante pour le législateur »¹²⁸⁸ censée être compensée par des standards ou des figures de contrôle conciliatrice¹²⁸⁹ tels que la proportionnalité. Il convient de revenir¹²⁹⁰ quelque peu sur le sens du concept de contrôle. La proportionnalité implique simplement la recherche « d'un équilibre entre exigences logiques, au sacrifice desquelles le juge ne peut se résoudre au-delà d'un certain seuil, et respect des compétences attribuées à l'organe contrôlé »¹²⁹¹. Par rapport à cela, le juge constitutionnel se situe dans une situation paradoxale : il doit à la fois se légitimer en tant que juge et ne pas entrer dans un strict contrôle d'opportunité de l'action législative, tout en s'aménageant une sorte de levier d'inconstitutionnalité potentielle, après un examen au plus près de la nécessité des mesures ou de l'adéquation entre la fin et les moyens employés par le législateur au regard notamment d'objectifs ayant valeur constitutionnelle qu'il définit et applique lui-même. Mais en même temps, la posture interroge sur ce que le contrôle de constitutionnalité *a priori* devient plus un exercice de compilation à l'effet de constat formel des garanties accordées par le législateur « aux exigences de caractère constitutionnel » que l'application de principes stricts entraînant la censure en cas de méconnaissance. La censure reste toutefois possible mais l'appréciation du « seuil » évoqué en amont dépend elle-même directement du « pouvoir général d'appréciation et de décision » du législateur « statuant dans le domaine de sa compétence ». Il est constant¹²⁹² que le pouvoir du juge ne saurait être « de même nature que celui du Parlement ». L'application du « seuil » constitutionnel doit se comprendre alors comme quelque chose d'extrêmement aléatoire,

¹²⁸⁶ G. MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », op. cit., p. 261.

¹²⁸⁷ cf. « la normativité limitée des objectifs de valeur constitutionnelle », in P. de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, op. cit., p. 323.

¹²⁸⁸ cf. G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 187 et s.

¹²⁸⁹ cf. *supra*, 1^{ère} partie, titre I.

¹²⁹⁰ Nous nous permettons de renvoyer à : V. THIBAUD, « Législation antiterroriste, lutte contre la criminalité organisée : le Conseil constitutionnel face aux politiques pénales contemporaines », op. cit., p. 23 (source électronique).

¹²⁹¹ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *CCC*, n° 22, 2007, p. 141.

¹²⁹² CC, n° 74-54 DC, 15/01/1975, *Rec.* 19, cons. 1.

laissant à penser qu'au lieu de « garantie contre les restrictions arbitraires de certains droits et libertés (...) la condition [de constitutionnalité] constitue plus un risque pour la garantie de ces principes qu'un véritable instrument de protection »¹²⁹³.

Pour en revenir aux effets du contrôle sur la définition du statut de la loi dans le régime des droits et libertés, à partir de l'emploi des « garanties légales des exigences constitutionnelles, une disposition législative a pour fonction, non plus seulement de se conformer à la loi fondamentale, mais aussi de la servir en tant qu'instrument de garantie et d'effectivité »¹²⁹⁴ ; et de revenir à la perception de ce concept à la limite intrinsèque du cadre de contrôle « qui s'exerce à titre préventif » sur le fondement de la saisine prévue à l'article 61 de la Constitution. Comment peut-il être en mesure d'acquiescer « une consistance par la prise en compte de la temporalité et de la factualité » alors qu'il « demeure abstrait en raison de considérations procédurales et du lien existant entre le procès constitutionnel et son acte introductif »¹²⁹⁵ ?

2. La condition du moment de contrôle dans l'effectivité des griefs

Nous avons compris, avec l'exemple tiré de l'utilisation des « garanties légales des exigences constitutionnelles » par le juge constitutionnel, la visée de certains auteurs tirant, en forme de bilan d'existence, de ce que « la création du Conseil constitutionnel et le développement de sa jurisprudence n'ont pas eu pour seul effet de stabiliser la pyramide des règles juridiques, ils ont eu aussi pour conséquence de délimiter avec plus de netteté les compétences normatives des autorités qui participent à la création des règles de droit »¹²⁹⁶. Plus encore, il est aujourd'hui consolidé dans un discours en termes de dynamique constitutionnelle l'idée selon laquelle « la spécificité de cette jurisprudence réside donc dans la relation établie entre le législateur et la Constitution »¹²⁹⁷, par la mise en relation justement, dans la concrétisation du principe de constitutionnalité, des structures composant la notion de Constitution telle qu'elle figure à l'article 16¹²⁹⁸ de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, soit « la régulation des pouvoirs publics » et « la protection des libertés » pour

¹²⁹³ G. MERLAND, op. cit., p. 265.

¹²⁹⁴ G. MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », op. cit., p. 261.

¹²⁹⁵ cf. A. VIDAL-NAQUET, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 557.

¹²⁹⁶ G. DRAGO, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel. L'effectivité du contrôle de constitutionnalité*, op. cit., p. 13.

¹²⁹⁷ G. MOLLION, op. cit., p. 261.

¹²⁹⁸ « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

reprendre le trait plus contemporain que leur avait conféré le professeur Jean Rivero¹²⁹⁹. L'évolution de « perspective » suivant la dynamique de concrétisation évoquée dans ces lignes conduit à établir que « l'objet du contrôle de constitutionnalité n'a pas seulement pour but d'assurer la constitutionnalité de la loi mais de garantir l'effectivité des droits et libertés. C'est alors de la protection des droits et libertés que dépend le contrôle exercé sur la loi, le souci d'effectivité déclenchant l'efficacité du contrôle »¹³⁰⁰.

Preuve en est de la mise en place des mécanismes procéduraux à propos de la « question » mentionnée à l'article 61-1 de la Constitution révisée et seulement liée au soutien d'une « atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ». Par l'introduction d'une telle disposition, il paraît clair que le contentieux constitutionnel sur la loi en vigueur marque une substantialisation du principe de constitutionnalité qui est censé pouvoir lui être opposé.

Il n'est donc pas discuté de la conséquence presque intrinsèque à la définition du « droit reconnu (...) à tout justiciable de voir examiner, à sa demande »¹³⁰¹, que les garanties législatives à ses droits et libertés de valeur constitutionnelle ne peuvent se voir appuyées sur un « grief tiré de la méconnaissance de la procédure d'adoption d'une loi »¹³⁰². De cette solution, il semblerait se dégager un principe clair de ventilation des griefs relevant de la question prioritaire de constitutionnalité de la loi. Dans une logique classique de type « externe / interne » transposée des cas d'ouverture de l'excès de pouvoir administratif, le recours pouvant être mis en œuvre sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution ne porterait que sur des questions de fond selon un découpage¹³⁰³ admis par le juge constitutionnel lui-même dans l'économie de ses décisions de constitutionnalité (DC). Cette logique de raisonnement en arrive vite à se heurter sur le problème se rattachant à l'incompétence.

Dans la lignée de l'analyse proposée par le professeur Vidal-Naquet, les structures autour desquelles se construit le langage de contentieux constitutionnel laissent transparaître « les difficultés de l'alignement du contrôle de constitutionnalité des lois sur le contrôle de légalité », en ce sens que « la distinction souvent faite en matière de recours pour excès de pouvoir entre la forme et le fond (...) ne semble pas pertinente s'agissant par exemple du contrôle de la compétence qui relève des deux »¹³⁰⁴.

¹²⁹⁹ J. RIVERO, « Rapport de synthèse », *AIJC*, n° 1, 1985, p. 123.

¹³⁰⁰ A. VIDAL-NAQUET, *op. cit.*, p. 559.

¹³⁰¹ CC, n° 2010-605 DC, 12/05/2010, préc., cons. 11.

¹³⁰² CC, n° 2010-4/17 QPC, 22/07/2010, *M. Alain C. et autre [Indemnité temporaire de retraite outre-mer]*, publ. JO, 23/07/2010, p. 13615, cons. 7.

¹³⁰³ CC, n° 2010-603 DC, 11/02/2010, publ. JO, 17/02/2010, p. 2914.

¹³⁰⁴ A. VIDAL-NAQUET, « Les cas d'ouverture... », *op. cit.*, p. 905 et p. 909 (n. 119).

Ce n'est pas tant d'incompétence que de bon « exercice de la compétence législative » dont il est question dans la théorie du recours constitutionnel. « Le grief tenant à l'incompétence du législateur est moins une incompétence par empiètement que par omission : il s'agit moins de censurer l'empiètement¹³⁰⁵ d'autres autorités normatives que de veiller à ce que le législateur exerce pleinement l'habilitation qui lui est consentie »¹³⁰⁶. Mais le principe recèle en lui-même une sorte d'ambivalence. En revenant sur la technique des garanties légales des exigences constitutionnelles, celles-ci « sont parfois analysées comme un vice d'incompétence du législateur et assimilées aux hypothèses d'incompétence négative. Elles peuvent être également rattachées à la violation de la Constitution, la privation de [garanties légales] coïncidant avec la méconnaissance des dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés »¹³⁰⁷. A la lecture des sources textuelles en la matière, combinée à l'article 34 de la Constitution, « l'intervention législative apparaît () comme une condition de l'effectivité des droits fondamentaux. Les droits de liberté comme les droits à prestation requièrent une prestation normative du législateur »¹³⁰⁸.

Dans la garantie des droits et libertés, la conclusion en contentieux constitutionnel consiste en un véritable « droit à la norme » législative dont la portée effective doit être, aussitôt énoncée, aussitôt largement relativisée. Pour ce qui concerne la question prioritaire de constitutionnalité, ce constat provient d'un élément d'interprétation jurisprudentielle¹³⁰⁹. A propos du contrôle *a priori*, la conclusion procède plutôt de l'interprétation doctrinale d'une politique jurisprudentielle qui paraissait pourtant avoir été affichée par l'institution elle-même. La solution *Avenir de l'école* a du mal à être vue comme un précédent concrétisé, en particulier dans ce qui aurait pu relever d'une définition constitutionnelle de l'acte législatif et du régime attaché à diverses catégories : celle de la législation, du programme, de l'orientation... Peut-être un exemple où le juge a été renvoyé au sens de la décision qu'il rend.

¹³⁰⁵ Sur les rapports entre le pouvoir législatif et le domaine du pouvoir réglementaire, cf. CC, n° 82-143 DC, 30/07/1982, *Rec.* 57, cons. 11 (« par les articles 34 et 37, alinéa 1er, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement, par la mise en œuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2, et 41, le pouvoir d'en assurer la protection ») ; comp. n° 2005-512 DC, 21/04/2005, *Rec.* 72, cons. 23 (déclassement d'office de dispositions contenues dans une loi ayant, « à l'évidence, le caractère réglementaire », sans que leur inconstitutionnalité ne soit prononcée).

¹³⁰⁶ A. VIDAL-NAQUET, « Les cas d'ouverture... », op. cit., p. 911.

¹³⁰⁷ A. VIDAL-NAQUET, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 356.

¹³⁰⁸ D. RIBES, « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *RBDC*, n° 3, 1999, p. 246.

¹³⁰⁹ CC, n° 2010-4/17 QPC, 22/07/2010, *M. Alain C. et autre*, publ. *JO*, 23/07/2010, p. 13615, cons. 9 (voir, sur l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, sa méconnaissance « ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité »).

Chap. 2 : La décision motivée comme acte d'affirmation dans le champ juridictionnel

La motivation de la décision constitutionnelle apparaît pour l'organe exerçant la fonction matérielle de « juge constitutionnel » comme un acte formel de communication juridictionnelle. Où il est encore question des conditions d'équilibre du rapport « Légitimité / Pouvoir » ; en ce sens que « l'apparence de la décision rendue par le juge a une influence essentielle sur sa réception par le monde extérieur. Elle doit donc présenter des vertus de lisibilité »¹³¹⁰. Il s'agirait d'une sorte de principe érigé en absolu, idéal-type d'une « moralité juridique » qui fait que « les motifs bien rédigés doivent nous faire connaître avec fidélité toutes les *opérations de l'esprit* qui ont conduit le juge au dispositif adopté par lui »¹³¹¹.

Mais il ne faut pas s'y méprendre. Si l'obligation de motiver peut être vue comme un « commandement » issu du « mont Sinaï »¹³¹² du législateur, puis du constituant révolutionnaire, la façon de motiver ne relève pas de cette catégorie mais elle doit certainement plus être regardée comme un historicisme, consistant en un processus de consolidation d'éléments relevant de ce qui s'impose alors comme une culture fonctionnelle, spécifiquement juridictionnelle (façon de dire le droit).

Lorsque le logicien belge Chaïm Perelman indique que « seul le jugement motivé nous fournit l'ensemble des éléments qui nous permettent de dégager les caractéristiques du raisonnement juridique »¹³¹³, il ne présume pas d'un système logique posé, « à l'instar d'un calcul mécanisable »¹³¹⁴, et applicable à une fonction donnée. « Le raisonnement judiciaire se présente ainsi comme le type même du raisonnement pratique, qui vise à justifier une décision, un choix, une prétention » et surtout à dégager l'acte de la sphère de l'arbitraire et de l'injuste. La considération revêt alors des caractéristiques d'ordre philosophique, autour de la constitution d'une éthique décisionnelle. La structure langagière (culturelle) s'apparente à un système de logique matérielle lié à l'exercice de fonctions considérées de façon empirique. Le langage se construit dans l'acte concret, mais il ne peut se faire que dans la transmission

¹³¹⁰ J.-M. BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, op. cit., p. 366.

¹³¹¹ T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », op. cit., p. 48.

¹³¹² Repr. S. DAËL, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 44.

¹³¹³ C. PERELMAN, « Le raisonnement juridique », in *Ethique et Droit*, éd. Université de Bruxelles, 1990, p. 576.

¹³¹⁴ C. PERELMAN, « Logique formelle, logique juridique », in *Ethique et Droit*, op. cit., p. 561.

d'éléments connus, quitte à faire évoluer la référence. C'est l'un des fondements du pouvoir au sein de l'Etat de droit, dans l'idée d'acceptabilité rationnelle de la décision.

Le vecteur d'acceptabilité s'avère particulièrement fort concernant le pouvoir juridictionnel. Dès lors, si dans le discours du droit la motivation semble s'apparenter à un masque de pouvoir, le métadiscours sur le droit ne peut à l'inverse nier l'existence dudit pouvoir décisionnel. Le présupposé de l'éthique place l'acteur juridique à la jonction de ce que « le droit vise à l'établissement d'un ordre stable, qui garantirait la sécurité juridique, l'uniformité (l'égalité devant la loi) et la prévisibilité », cependant que de façon concomitante, « il ne peut jamais être isolé du contexte social dans lequel il est censé agir »¹³¹⁵ et les structures de « valeurs » qui le composent. Sur ce terrain, le droit est en concurrence avec « la morale » (d'où qu'elle vienne) et la « politique ».

Le recours à *l'argumentation* et *la justification* tend à mettre en exergue les éléments fondamentaux d'une *logique de raisonnement juridique*, à l'appui du « bien-fondé » de l'intervention juridique sur le terrain des « valeurs ». Dans ce cadre-là, « le raisonnement, comme produit de cette activité intellectuelle, peut être étudié indépendamment des conditions de son élaboration : on s'attachera à la manière dont il a été formulé, au statut des prémisses et de la conclusion, à la validité du lien qui les unit, à la structure du raisonnement, à sa conformité à certaines règles ou à certains schémas préalablement reconnus »¹³¹⁶.

Ledit cadre s'impose comme celui d'une « rhétorique », à l'aune d'un discours inspiré d'une philosophie langagière (ou pratique) qui ne serait plus guidé par l'idéal d'une stricte rationalité, mais qui accepterait les catégories nécessaires à un choix juridiquement « raisonnable »¹³¹⁷. La vocation persuasive de l'activité décisionnelle permet d'envisager l'acte en question au sein d'une interaction avec un auditoire, indissociable à l'idée de communication. C'est ce qui permet par suite de penser la perception dans un système donné de telle ou telle décision et à travers elle, des fonctions qui s'expriment sous la forme décisionnelle considérée. Les conditions de réception de la « raisonnabilité » du pouvoir mis en œuvre ont trait aux structures argumentatives attachées à la logique fonctionnelle communément admise pour telle ou telle qualité rattachée à la production de décisions juridiques. En considérant une logique spécifiquement juridictionnelle, la liberté interprétative du juge constitutionnel se voit contrainte par l'instance critique de l'argumentation (I), mais peut y trouver des ressorts de justification à sa maîtrise sur les prémisses de l'espèce (II).

¹³¹⁵ C. PERELMAN, « A propos de l'idée d'un système de droit », op. cit., p. 505.

¹³¹⁶ C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1979, rééd. 1999, p. 1.

¹³¹⁷ C. PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », repr. *Ethique et Droit*, op. cit., pp. 520-521.

I. L'argumentation inscrite dans une logique juridictionnelle

L'obligation de motivation a été conçue, de façon « traditionnelle » selon certains auteurs, comme devant sous-tendre l'insertion de l'office du juge au sein d'une « pure logique formelle »¹³¹⁸. Celle-ci renvoie à l'idée du syllogisme comme méthode juridictionnelle par excellence.

C'est-à-dire que le syllogisme s'impose comme la forme la plus simple d'un raisonnement susceptible d'être qualifié de « logique », ou « purement formel » dans un premier sens. Le terme de « syllogisme » se rattache à une étymologie un peu curieuse. La racine grecque « *sullogismos* » signifie littéralement « raisonnement ». Mais ce second mot est lui-même un dérivé de « *sullogê* » qui veut plutôt dire « assemblage ».

Il faudrait en déduire que la notion de logique syllogistique recèle un certain artificialisme dans le (ou les) raisonnement(-s) déployé(-s) pour arriver à une fin ou remplir une fonction. En d'autres termes, le syllogisme consiste en une forme de raisonnement destinée à assembler plusieurs idées initialement indépendantes entre elles afin d'en déduire une nouvelle idée, une nouvelle vérité. Le lien établi doit être fort du fait même de sa simplicité logique, presque incontestable, sinon la force logique du raisonnement en serait fortement altérée. Théorisé dans l'art du raisonnement et de la rhétorique par Aristote, le syllogisme est admis dans un signifié courant comme « caractérisé par la nécessité logique de la conclusion, lorsque certains principes, appelés prémisses, ont été admis ».

Cette « nécessité logique » revêt le trait d'un précepte potentiellement intéressant pour le travail juridictionnel, dans le cadre de la motivation des décisions. Cette motivation viserait l'opération conduisant à « l'énonciation des prémisses du syllogisme dont la conclusion est le dispositif »¹³¹⁹, limitée à la « reproduction du raisonnement décisoire ». Elle devient véritablement, selon cette conception, « un paravent au pouvoir créateur du juge », dès lors qu'il est supposé que « l'ossature » syllogistique permet de fournir « l'apparence d'une justification objective et logiquement nécessitante »¹³²⁰. La liberté interprétative du juge, elle-même supposée, trouve « un instrument commode » de neutralisation, ou au moins d'apparence d'auto-limitation, de son propre pouvoir en direction de son auditoire. Il ne fait nul doute que le juge constitutionnel a repris ce type de logique formelle dans la structuration

¹³¹⁸ cf. M.-C. PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, op. cit., pp. 154-155.

¹³¹⁹ M.-C. PONTTHOREAU, *ibid.*

¹³²⁰ Repr. M. TARTUFFO, *La motivazione delle sentenze civili*, Padoue, CEDAM, 1975 (trad. M.-C. PONTTHOREAU, op. cit.).

de son acte décisionnel (§ 1). Toutefois, le développement de l'horizon critique vis-à-vis de l'argumentation paraît imposer « une conception ouverte et hétérogène de la motivation : formelle, topique, argumentative et rationnelle »¹³²¹, et nous ajouterons surtout « raisonnable ». La complexification du paradigme fait basculer la décision juridictionnelle dans une sphère « quasi-logique »¹³²² plus difficilement maîtrisable, le discours s'en tenant à une typologie (§ 2) à l'appui d'un objectif finaliste global accolé à la décision.

§ 1 – La construction de l'acte de langage juridictionnel

D'où peut provenir le postulat selon lequel « le syllogisme coïncide, de par sa structure, avec cette fonction juridictionnelle, dans ses phases successives »¹³²³ ? Il faut revenir, semble-t-il, aux sources de l'historicisme lié à l'obligation de motiver les décisions de justice, c'est-à-dire au sein même des dispositions correspondantes de la loi des 16 et 24 août 1790, puis de la Constitution de l'an III.

L'article 15 du titre V de la loi de 1790 sur l'organisation judiciaire définit les quatre parties « distinctes » devant composer la structure formelle de tout jugement motivé. Les deux premières parties décrivent les acteurs composant les parties au procès¹³²⁴ ainsi que « les questions de fait et de droit qui constituent le procès ». La troisième partie servira au juge à exprimer « les résultats des faits reconnus ou constatés par l'instruction et les motifs qui auront déterminé le juge ». La présentation du jugement s'achève par le dispositif dans lequel le juge donne le résultat de ces choix en faveur ou au détriment des arguments qui lui auront été présentés par les parties. Quant à la Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) viendra compléter ce schéma de jugement motivé, en ce qu'il faut qu'« on y énonce les termes de la loi appliquée ».

Les éléments déterminants sur la motivation des jugements se retrouvent dans ces textes anciens mais culturellement (ou structurellement) fondamentaux, en ce sens qu'ils ont changé les traditions au sein de notre système juridique. Comme souhaitait le démontrer le conseiller d'Etat Tony Sauvel dans une fameuse étude d'histoire du droit, tout ce qui constitue un jugement motivé au sens contemporain de l'expression est regroupé dans ces textes, soit l'exigence d'un « raisonnement explicite, formel, fait par le juge », ouvrant ainsi la « voie au

¹³²¹ M.-C. PONTHEUREAU, op. cit., p. 153.

¹³²² J.-M. BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, op. cit., p. 179 et s.

¹³²³ cf. F. ROUVILLOIS, « Le raisonnement finaliste du juge administratif », *RDP*, n° 6, 1990, p. 1821.

¹³²⁴ La loi concerne, rappelons-le, les jugements civils et criminels.

merveilleux développement de la jurisprudence moderne. (...) Ce raisonnement trouve tout naturellement place entre la règle de loi à appliquer, règle qui sera citée en entier ou simplement visée selon les cas, et le dispositif qui en fait application à une affaire déterminée »¹³²⁵.

Ainsi, le raisonnement juridictionnel se trouve articulé autour de trois éléments : le droit (ou la norme) appliqué, le cas de l'espèce considérée (« les questions de fait ou de droit ») et le rapprochement entre des deux premiers pôles duquel doit se dégager la solution apportée au problème posé au juge et exprimée *in fine* dans le dispositif du jugement. Indéniablement, la tradition syllogistique du système juridictionnel français semble avoir perduré au Conseil constitutionnel (A).

Mais le juge constitutionnel laisse apparaître dans ses décisions qu'il délaisse un « syllogisme de construction »¹³²⁶ au sens strict autour du schéma « Visas – Considérants – Dispositif », au profit d'assemblages rédactionnels de plusieurs raisonnements renforçant une logique rhétorique attendant à la construction de l'acte de langage (B).

A) Un fondement syllogistique

Dans une perspective purement logique, selon l'hypothèse où le syllogisme constitue au moins l'« armature de la décision »¹³²⁷, la correspondance entre les trois temps du raisonnement syllogistique et les trois éléments du schéma décisionnel « VISCONDI » établi ci-dessus doit s'établir suivant un déroulement de ce type :

- les visas correspondent à l'énoncé de la majeure du raisonnement, c'est-à-dire la norme « de référence applicable » au contrôle de conformité normative ;
- les considérants servent à déterminer la mineure du syllogisme, tout ce qui touche à la détermination du contenu de la disposition législative contrôlée ;
- enfin, le dispositif livre en quelque sorte la conclusion du syllogisme, suite au rapprochement de significations entre la norme constitutionnelle générale et la disposition législative particulière.

Ce type de conception paraît être en lien avec la relative concision des premières décisions de constitutionnalité (DC) rendues par le Conseil constitutionnel, dans une période où le champ des normes constitutionnelles applicables se cantonnait aux articles du texte

¹³²⁵ T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, n° 1, 1955, pp. 45-47.

¹³²⁶ cf. Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, 1972, p. 90.

¹³²⁷ J.-M. BLANQUER, *op. cit.*, p. 163.

constitutionnel sans aller jusqu'au « Préambule », d'autant plus que les contours du contentieux de constitutionnalité semblaient se restreindre¹³²⁸ au contentieux de la procédure législative et du domaine de la loi.

La décision n° 8 DC du 11 août 1960¹³²⁹ paraît intéressante en ce sens, qu'il s'agit en outre « du premier contrôle de la conformité à la Constitution d'une loi (non organique) » et qu'elle conclut à une déclaration de non-conformité de la loi déférée. Cette décision se compose en cinq considérants. Dans les deux premiers, le Conseil constitutionnel procède à la détermination de la majeure du raisonnement qui s'appliquera aux dispositions de la loi déférée devant lui, soit le principe que la redevance perçue par la « radio-télévision française (...) a le caractère d'une taxe parafiscale » (considérant 2). Celle-ci est issue de la combinaison entre les dispositions de l'article 34 de la Constitution aux termes duquel « les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'Etat dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique », les dispositions de l'article 4 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances prévue à l'article 47 de la Constitution et de l'article 1er de l'ordonnance du 4 février 1959 relative à la « radiodiffusion-télévision française ». Ces textes figurent évidemment aux visas de la décision.

Les troisième et quatrième considérants de la décision consistent dans le déploiement de la mineure et de la conclusion de deux syllogismes correspondant à l'examen de la constitutionnalité de deux articles de la loi de finances rectificative déférée au Conseil constitutionnel à l'occasion de cette décision n° 8 DC. Celle-ci se termine par un cinquième considérant selon lequel « il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi ».

Un autre exemple intéressant est celui de la décision n° 11 DC¹³³⁰ datée du 20 janvier 1961. Comme la décision n° 8 DC, la motivation de cette dernière est construite autour de cinq considérants dans lesquels les deux premiers servent à fixer les termes de la majeure applicable aux dispositions déférées du « projet de loi relatif aux assurances maladie, invalidité et maternité des exploitants agricoles et des membres non salariés de leur famille » à partir de l'article 40 de la Constitution portant sur les irrecevabilités parlementaires en matière de finances publiques.

¹³²⁸ Pour une « première annulation pour une violation d'une règle de fond de *la Constitution* » (article 64) ; Voir : CC, n° 67-31 DC, 26/01/1967, *Rec.* 19, cons. 1 (principe d'immovibilité des magistrats) ; n° 70-40 DC, 09/07/1970, *Rec.* 25, cons. 2 (principe d'indépendance des magistrats du siège).

¹³²⁹ *Rec.* 25 ; *GDCC*, n° 4, p. 50.

¹³³⁰ CC, n° 60-11 DC, 20/01/1961, *Rec.* 29 ; *GDCC*, n° 5, p. 68.

Le considérant 3 développe la mineure législative à l'aune de ce qu'elle a pour objet « de créer de nouvelles catégories de bénéficiaires de ce régime de Sécurité sociale » et d'entraîner « une aggravation des charges à supporter par ledit régime » ; ce qui entraîne une conclusion d'irrecevabilité pour certaines dispositions « au contraire » (considérant 4), de façon adjonctive et au sein du même raisonnement global, du déploiement d'une conclusion en sens inverse (article 2 du dispositif) à propos d'autres dispositions du projet de loi. La motivation se termine par un « considérant – balai »¹³³¹ semblable à celui qui figurait dans la décision n° 8 DC.

En réalité, il ressort déjà de ces décisions que la définition stricte du syllogisme de construction ne semble jamais avoir été de mise dans les décisions du Conseil constitutionnel. « Les considérants représentent bien plus que la mineure du raisonnement »¹³³² syllogistique que la décision serait censée elle-même représenter. Les considérants apparaissent bien plus comme la colonne vertébrale de la décision, et ceci est notamment en lien avec la conception de l'autorité de la chose jugée¹³³³ développée dès les origines par le juge constitutionnel, autour du dispositif et des « motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même », qui exclut donc les visas du schéma initial.

« Dans la majorité des cas, ce n'est pas la construction et la résolution d'un seul syllogisme qui permettra la solution de l'affaire ; c'est une chaîne de syllogismes que le juge devra forger »¹³³⁴. Les principes réalistes quant aux pouvoirs interprétatifs du juge amènent à envisager une structure minimale du raisonnement juridictionnel, formé « non pas d'un, mais de deux syllogismes. Le premier a pour prémisse majeure une norme constitutionnelle, pour mineure la loi en litige et pour conclusion la décision d'annuler ou de valider cette loi. (...) Mais la norme constitutionnelle qui sert de majeure a été, elle aussi, déterminée par le juge au terme d'une interprétation d'une disposition constitutionnelle. Celle-ci est elle-même, implicitement ou explicitement, le produit d'un syllogisme »¹³³⁵.

En termes de structure décisionnelle, la décision du 16 juillet 1971, dite *Liberté d'association*¹³³⁶, emblématique quant au développement « au fond » du principe de constitutionnalité, revêt aussi d'un point de vue systémique un tournant dans le sens de la

¹³³¹ cf. *infra*, II.

¹³³² J.-M. BLANQUER, *op. cit.*, p. 163.

¹³³³ CC, n° 62-18 L, 16/01/1962, *Rec.* 31, cons. 1.

¹³³⁴ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 57.

¹³³⁵ M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Recueil d'études en hommage de Charles Eisenmann*, *op. cit.*, p. 147.

¹³³⁶ CC, n° 71-44 DC, 16/07/1971, *Rec.* 29 ; *GDCC*, n° 13, p. 180.

complexification des raisonnements, même si sur un plan formel, la décision montre encore une relative concision. De cette motivation, il se dégage un syllogisme central dans l'enchaînement des considérants 2, 3 et 4, du point de vue de leurs conséquences juridiques. En effet, à partir du moment où la norme constitutionnelle dégagée est formulée dans l'idée que « la constitution d'associations (...) ne peut être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire » ; qu'il ressort de l'article 3 de la loi déferée le fait que « l'acquisition de la capacité juridique des associations déclarées » est potentiellement « subordonnée à un contrôle préalable par l'autorité judiciaire » ; la conclusion du quatrième considérant apparaît évidente : la disposition en cause n'est pas conforme à la Constitution. Mais ces considérants recèlent la trace de plusieurs raisonnements nécessaires à la conclusion du syllogisme constitutif de l'acte décisionnel :

- premier raisonnement : le Préambule de la Constitution est source de normes de rang constitutionnel ;
- second raisonnement : le renvoi du Préambule aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » en fait une catégorie de principes de valeur constitutionnelle ;
- troisième raisonnement : la liberté d'association est un principe fondamental reconnu par les lois de la République, dont les critères n'apparaissent d'ailleurs pas dans la motivation de la décision (trait d'un autre raisonnement) ;
- quatrième raisonnement apparent quant à la majeure retenue pour l'espèce, « entre deux définitions également défendables au regard de la tradition libérale »¹³³⁷.

Il en ressort une espèce de paradoxe bien connu. La reconnaissance de la liberté interprétative renforce l'exigence d'instances critiques, parce que le contexte de l'Etat de droit s'accommode mal du pouvoir conçu comme totalement discrétionnaire. Dans cette perspective, la décision motivée portant sur le contrôle de la conformité de la loi à la Constitution semble difficilement acceptable si un décalage peut être perçu entre la formalisation du contenu de l'acte – qui découle tout de même d'une obligation juridique – et les caractères de l'office du juge sur un terrain logique, au minimum qualifié de polysyllogisme complexe. Reprenons l'exemple d'une « grande décision » emblématique de l'évolution de la conception développée par le juge constitutionnel de l'étendue de son propre

¹³³⁷ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, op. cit., n° 13, p. 187.

office. La décision n° 54 DC¹³³⁸ examinant le projet de loi Veil sur l'interruption volontaire de grossesse est illustrative d'une figure de syllogismes croisés, partageant la même conclusion selon laquelle, rappelons-le, « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international ». Il apparaît possible de déceler, sans que cela soit explicite au sein des considérants, l'expression d'une norme d'incompétence organique, formelle et matérielle :

- le raisonnement organique se développe à partir de la source formelle de compétence, qui donne au juge constitutionnel « seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ». Or, c'est « aux termes » d'un autre article du texte constitutionnel que les traités et autres engagements internationaux acquièrent « une autorité supérieure à celle des lois. Le terme du raisonnement se déduit assez aisément, « le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61 » ;
- la dimension formelle de l'incompétence tient à la démonstration de « la différence de nature de ces deux contrôles ». La majeure de compétence (article 61 de la Constitution) confère « aux décisions prises (...) un caractère absolu et définitif » tandis que la mineure invoquée (article 55) renvoie à un champ de supériorité législative au « caractère à la fois relatif et contingent » ;
- enfin, si l'article 55 de la Constitution consacre dans l'ordre juridique interne une règle de rapports de systèmes favorable aux sources conventionnelles par rapport aux lois, il n'en reste pas moins « qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution ». Le juge retient alors que les « dispositions » précitées « ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 ».

Devant ce constat de complexité, la brièveté et les « affirmation d'autorité »¹³³⁹ deviennent plus difficilement supportables à l'auditoire. La forme décisionnelle s'impose comme un facteur important de « raisonabilité » de la décision. La façon de motiver peut revêtir la qualité d'un ressort rhétorique de justification d'une démarche fonctionnelle de déploiement d'un véritable pouvoir.

¹³³⁸ CC, n° 74-54 DC, 15/01/1975, *Rec.* 19 ; *GDCC*, n° 17, p. 247.

¹³³⁹ cf. D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 154.

B) Des objectifs rhétoriques

Eu égard à la conception originelle du Conseil constitutionnel en tant qu'organe « de régulation de l'activité normative », il semblait déjà au doyen Favoreu « qu'étant donné sa mission particulière (...), sa technique [décisionnelle] doit évoluer sinon vers la forme "dissertation", trop éloignée de nos traditions, du moins vers une forme intermédiaire où la démonstration ait plus de place »¹³⁴⁰. Les précisions progressives apportées par le juge constitutionnel quant à la nature et l'étendue de son office ont remis en perspective cette notion de « dissertation », certains auteurs proposant l'idée pour les méthodes rédactionnelles d'« un modèle d'encadrement juridictionnel de la dissertation juridique »¹³⁴¹.

Il paraît possible d'observer une tendance générale vers l'allongement de la motivation des décisions de constitutionnalité. Les premières « grandes décisions » marquant cette rupture sont sans conteste les décisions *Sécurité et Liberté*¹³⁴², ainsi que celle du 16 janvier 1982 portant sur la première mouture de la loi de nationalisations¹³⁴³. Les motifs de cette décision s'organisent autour de deux sections, « I – Sur la procédure législative » et « II – Au fond ». Chaque section se subdivise en titres et sous-titres, voire paragraphes et il est intéressant de noter que l'examen au fond de la loi relative aux nationalisations débute par un développement « sur le principe [même] des nationalisations ». Cette pratique se retrouvera, dans chaque décision où cela s'avèrera possible car concernant une loi dont l'objet sera suffisamment précis et homogène ou portant sur un domaine précis relatif aux droits et libertés ; généralement sous un titre du type « sur les normes de constitutionnalité applicables au contrôle de la loi déferée »¹³⁴⁴ ou « en ce qui concerne les normes constitutionnelles applicables » sur une « catégorie »¹³⁴⁵ rattachant un certain nombre de dispositions de la loi attaquée à la détermination d'un régime juridique – ou en ensemble de « règles spéciales » – susceptible de se voir appliquer le régime de l'inséparabilité du bloc législatif prévu aux articles 22 et 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel si celui-ci se voit déclarer inconstitutionnel en son principe, c'est-à-dire dans la définition même de la « catégorie ». « Il a été observé que le phénomène était dû au

¹³⁴⁰ L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, p. 114.

¹³⁴¹ J.-M. BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, op. cit., p. 376.

¹³⁴² CC, n° 80-127 DC, 20/01/1981, *Rec.* 15.

¹³⁴³ CC, n° 81-132 DC, 16/01/1982, *Rec.* 18 ; *GDCC*, n° 23, p. 356.

¹³⁴⁴ CC, n° 93-325 DC, 12-13/08/1993, *Rec.* 224 (« Maîtrise de l'immigration ») ; n° 94-343/344 DC, 27/01/1994, *Rec.* 100 (« Bioéthique »).

¹³⁴⁵ cf. CC, n° 2004-492 DC, 02/03/2004, *Rec.* 66, cons. 2 (« criminalité et délinquance organisées »).

développement parallèle du contenu des saisines »¹³⁴⁶, ce que semble confirmer l'indication par laquelle le juge constitutionnel se contente de développer au cœur des motifs « ce qui concerne les principes applicables à l'examen des dispositions critiquées »¹³⁴⁷ généralement rappelées en tête de la décision, au premier considérant.

Émerge alors *de visu* un phénomène de prise en compte de la saisine dans l'office lié au contrôle *a priori*. Il convient alors de rappeler que l'élément mis au jour n'est pas en soi évident et ne procède d'aucun régime procédural. En principe, l'effet d'une saisine facultative, ou d'une « lettre de transmission » des textes soumis de manière obligatoire avant leur entrée en vigueur à l'examen de constitutionnalité, « est de mettre en œuvre, avant la clôture de la procédure législative, la vérification par le Conseil constitutionnel de toutes les dispositions de la loi déférée y compris de celle qui n'ont fait l'objet d'aucune critique de la part des auteurs de la saisine »¹³⁴⁸. Une déclaration d'inconstitutionnalité touchant une disposition législative engage le juge constitutionnel à avoir contrôlé « l'ensemble de cette loi », comme le suggère l'ordonnance du 7 novembre 1958 en tirant les conséquences sur la promulgation du texte du caractère séparable ou inséparable de la partie « contraire à la Constitution ». Par ailleurs, l'office du juge est soumis à une contrainte temporelle prégnante puisqu'en vertu de l'article 61, alinéa 3 de la Constitution, « le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois », pouvant être ramené à huit jours, « à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence »¹³⁴⁹. Sans effet juridique prévu, l'argumentation présente dans la saisine peut se voir reconnaître une sorte d'effet utile sous la forme d'un intérêt processuel¹³⁵⁰ simple, conçu comme un « moyen pour le Conseil constitutionnel d'appuyer et d'organiser son raisonnement. C'est donc une commodité »¹³⁵¹, de structuration contentieuse de l'acte décisionnel eu égard aux modèles de droit commun. Par exemple, « pour des raisons qui tiennent à la portée du principe selon lequel les jugements doivent être motivés et donc à la définition de ce à quoi le juge doit répondre, la terminologie de la procédure administrative contentieuse distingue les moyens des arguments »¹³⁵², sachant que l'article R. 411-1 du Code de justice administrative renvoie aussi aux « conclusions » pour compléter le schéma d'instance. De ce point de vue, la découverte du plan ternaire des motifs n'est pas neutre et renouvelle le discours de rapprochement des méthodes.

¹³⁴⁶ J.-M. BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, op. cit., p. 370.

¹³⁴⁷ cf. CC, n° 83-165 DC, 20/01/1984, *Rec.* 65.

¹³⁴⁸ CC, n° 96-386 DC, 30/12/1996, *Rec.* 154, cons. 4.

¹³⁴⁹ cf. CC, n° 82-139 DC, 11/02/1982, *Rec.* 31.

¹³⁵⁰ cf. S. SCHMITT, « La nature objective du contentieux constitutionnel des normes : les exemples français et italien », *RFDC*, n° 72, 2007, spéc. pp. 727-736.

¹³⁵¹ J.-M. BLANQUER, op. cit., p. 65.

¹³⁵² S. DAËL, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 130.

Sur le plan des méthodes rédactionnelles, la décision *Nationalisations* paraît toujours devoir représenter la trame formelle de ce qu'est une décision juridictionnelle portant sur la constitutionnalité de la loi qui s'impose véritablement comme l'aboutissement d'un contentieux permettant « d'aborder l'acte juridictionnel sous l'angle de sa formation »¹³⁵³, selon le doyen Vedel, « en trois points : l'argumentation de ceux qui critiquent la loi ; ce que l'on peut ou non leur répondre ; ce qu'il faut décider »¹³⁵⁴. De façon irréductible, sur un plan communicationnel, « cette attitude rapproche le Conseil constitutionnel des pratiques du juge ordinaire dont les décisions reposent, pour une part, sur les éléments apportés par les plaideurs. Elle témoigne ainsi de la juridictionnalisation croissante du contentieux de constitutionnalité, et partant du renforcement de sa légitimité »¹³⁵⁵, ouvrant par ricochet, la possibilité d'affirmation d'une voie spécifique et propre, identifiée à et identificatoire de la branche contentieuse spécifiée par rapport au système juridictionnel de droit commun.

Par là, le juge constitutionnel développe un « modèle » de « rédaction pédagogique », « consistant à reprendre les éléments du débat contentieux quitte, dans certaines décisions importantes, à reprendre en tête de la rédaction l'exposé des "normes de référence" applicables au litige considéré, et à répondre à l'ensemble des moyens »¹³⁵⁶. Ce thème de la pédagogie paraît lié à l'exigence de « vertu »¹³⁵⁷ qui affecte, peut-être plus que pour tout autre acte de type juridique, la catégorie de la décision de justice, et plus précisément de la décision juridictionnelle, par rapport par exemple à la décision d'administration¹³⁵⁸. Pour la construction de ce type de discours au sein d'un métalangage structurant sur la fonction juridictionnelle, il semble falloir mesurer au préalable que « la motivation est l'expression symbolique de la perception politique de la justice par la société »¹³⁵⁹. Dans l'ordre constitutionnel en vigueur, l'obligation de motivation paraît devoir être rattachée au « principe des droits de la défense »¹³⁶⁰ qui concrétise une conception d'ordre philosophique « en rapport avec l'individualisme : le justiciable a le droit de savoir pour quelle raison il est débouté »¹³⁶¹. Envisager cette situation s'impose comme le rempart ultime de ne pas déplacer l'objet de la

¹³⁵³ cf. J. JUGAULT, *De la liaison du contentieux. Essai sur la genèse de l'acte juridictionnel*, thèse (dact.), Rennes, 1969, p. 7.

¹³⁵⁴ G. VEDEL, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le Débat*, n° 55, 1989, p. 50.

¹³⁵⁵ T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruylant, 2010, p. 272.

¹³⁵⁶ M. VERPEAUX, « La procédure contradictoire et le juge constitutionnel », *RFDA*, n° 2, 2001, p. 350.

¹³⁵⁷ Du titre de l'ouvrage : C.-J. GUILLERMET, *La motivation des décisions de justice. La vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, 2006.

¹³⁵⁸ Comme il ressort implicitement de : CC, n° 2004-497 DC, 01/07/2004, *Rec.* 107, cons. 14 (« les règles et principes de valeur constitutionnelle n'imposent pas par eux-mêmes aux autorités administratives de motiver leurs décisions dès lors qu'elles ne prononcent pas une sanction ayant le caractère d'une punition »).

¹³⁵⁹ C.-J. GUILLERMET, *op. cit.*, p. 30.

¹³⁶⁰ CC, n° 84-182 DC, 18/01/1985, *Rec.* 27, cons. 8.

¹³⁶¹ A. CASTALDO, *Introduction historique au droit*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2006, p. 345.

motivation vers autre chose que « fournir l'assurance d'une bonne justice dans une société démocratique » en prolongement de la publicité des décisions. « La motivation des décisions de justice sert la protection des justiciables, en leur permettant un contrôle de l'activité des juges »¹³⁶². Revenant à la « vertu » dudit juge, la structure contemporaine dominante gravite autour de l'idée de *transparence*. « Fonction régalienne de l'Etat, la justice a été organisée comme un service public dont le fonctionnement démocratique implique la transparence »¹³⁶³.

Le problème de la « vertu » porte donc sur « la manière de juger », faisant « de l'éthique du juge une éthique du débat, ou de la discussion pour le dire comme Habermas »¹³⁶⁴. En rapport communicationnel, la décision motivée se trouve en droite ligne d'une discussion démocratique contre un ordre d'arbitraire sur la fonction de juger. La dimension d'appréhension du jugement devient alors institutionnelle, « c'est celle de la nature et de l'étendue des pouvoirs que l'organisation politique peut, et doit, reconnaître aux juges. Or la réponse qu'on lui apporte dépend dans une large mesure de l'idéal politique et juridique de la société en cause »¹³⁶⁵. Suivant cette perspective, à ce que nous appellerons l'idéal de transparence correspond l'exigence « d'explication ou de justification »¹³⁶⁶ à la pratique du pouvoir motivé. Et justement, des critiques naissent sur la dimension doctrinale des jugements. « Notre système juridique véhicule l'idée qu'il revient au juge (judiciaire et administratif) de trancher un problème juridique et non de convaincre les parties du bien fondé de la solution rendue. La décision est présentée comme un acte d'autorité, non comme un acte de persuasion »¹³⁶⁷. La phrase unique, *l'imperatoria brevitatis* sont des notions déictiques souvent invoquées à l'appui de cette critique. Mais il faut mesurer aussi qu'il s'agit d'un mode d'action juridictionnel revendiqué. Le conseiller d'Etat Serge Daël indique par exemple qu'au sein de la juridiction administrative, « le jugement pratique presque toujours ce qu'on appelle l'économie des moyens et qu'on pourrait plus justement appeler l'économie des moyens accueillis. Autrement dit, lorsque plusieurs moyens pourraient justifier le dispositif que le juge s'apprête à adopter, il n'en retient qu'un seul »¹³⁶⁸, retenant simplement un caractère suffisant de la motivation au soutien du dispositif. Pourtant, l'attention à la

¹³⁶² L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, 2010, p. 659 et p. 679.

¹³⁶³ S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA*, n° 105, 26/05/2004, p. 17.

¹³⁶⁴ L. CADIET et al., op. cit., p. 71.

¹³⁶⁵ L. HUSSON, « Les trois dimensions de la motivation judiciaire », in C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, 1978, p. 82.

¹³⁶⁶ cf. J.-M. BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, op. cit., p. 244.

¹³⁶⁷ M.-C. PONTTHOREAU, « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDP*, 1994, p. 748.

¹³⁶⁸ S. DAËL, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 207.

« persuasion » et à une logique rhétorique comme philosophie pratique de jugement permet certes plus facilement « au justiciable d'exercer sa capacité personnelle d'évaluation » en même temps qu'elle constitue un ressort pour le développement du pouvoir du juge en ce que le caractère sans doute plus exhaustif de « la motivation offre une possibilité d'adhésion volontaire à la solution retenue. Mais pour susciter un tel consentement, la justification exprimée doit être de qualité. Il convient alors d'en délimiter les contours »¹³⁶⁹.

L'économie des motifs d'une décision constitutionnelle a été synthétisée par le professeur Dominique Rousseau suivant un modèle largement admis en ce qu'il est distingué dans le cheminement affiché de l'office juridictionnel un « exposé, et non simple résumé, des arguments et des moyens soulevés par les requérants » ; un « énoncé et explication de la signification des principes constitutionnels concernés par la loi » ; une « analyse détaillée de la loi et développement du raisonnement par lequel elle est interprétée » ; l'« énoncé enfin de la sanction »¹³⁷⁰. Un facteur de qualité serait directement lié à l'allongement inhérent à ce modèle qualifié de « pédagogique » plus en amont et, eu égard à l'inspiration généralement reconnue du modèle de démarche juridictionnelle « imité (..) du juge administratif, en tous points, jusqu'à y compris l'exercice de style »¹³⁷¹, la forme rédactionnelle retenue pour les « grandes décisions » du tournant des années 1980 (*Sécurité-Liberté, Nationalisations...*) « conduit à ce que l'élève dépasse le maître et que les décisions du Conseil constitutionnel soient d'une lecture plus aisée que celles du Conseil d'Etat qui pèchent parfois par un goût prononcé pour l'ellipse, même si le juge constitutionnel a tendance de ce fait à une certaine lourdeur »¹³⁷². Le modèle décisionnel n'est pas seul en cause, il est aussi tributaire de l'office juridictionnel qu'il renvoie. Nous avons ainsi pu mesurer que les mutations dans la typologie des décisions et dans la normativité constitutionnelle déployée avaient peut-être privilégié la figure de la conciliation au détriment parfois du recours à celle de l'inconstitutionnalité. Sur un plan formel, « les décisions deviennent des "circulaires d'application" sans en avoir la même efficacité, faute d'être suffisamment diffusées auprès de ses éventuels utilisateurs qui, parfois, n'accordent d'autorité qu'au dispositif. C'est pourquoi, quand une disposition législative litigieuse ne peut être sauvée qu'au prix de réserves multiples, complexes et normativement denses, le Conseil pourrait se souvenir qu'il peut aussi censurer ! »¹³⁷³. C'est sur ce type de critique qu'ont été relevées les limites du contrôle de constitutionnalité *a priori*

¹³⁶⁹ C.-J. GUILLERMET, *La motivation des décisions de justice. La vertu pédagogique de la justice*, op. cit., p. 52.

¹³⁷⁰ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 154.

¹³⁷¹ P. AVRIL, J. GICQUEL, *Le Conseil constitutionnel*, 5^{ème} éd., Montchrestien, 2005, p. 101.

¹³⁷² M. VERPEAUX, « La procédure contradictoire et le juge constitutionnel », op. cit., p. 350.

¹³⁷³ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 163.

en matière pénale¹³⁷⁴, en particulier à propos des lois développant des outils d'actions préventives (ou « proactifs ») des autorités judiciaires dans la lutte contre les nouvelles formes de criminalité organisée et terroriste¹³⁷⁵.

Dans un tout autre domaine, celui des libertés universitaires, la critique a rejailli sur le régime procédural de contrôle de constitutionnalité incident de la loi, instauré en application de l'article 61-1 de la Constitution, où le modèle rédactionnel du contrôle *a priori* a été reproduit, occasionnant notamment un propos pamphlétaire du professeur Olivier Beaud soulignant, en réponse à deux questions prioritaires de constitutionnalité renvoyées par le Conseil d'Etat relatives à des dispositions issues de la loi n° 2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités, une décision¹³⁷⁶ « à la fois mal rédigée – inutilement bavarde et paraphrasant trop souvent les textes en vigueur – et peu motivée, voire étonnamment peu motivée. Bref, elle est longue là où elle aurait dû être courte et courte là où elle aurait dû être longue »¹³⁷⁷. Certes tiré d'un exemple précis et non pas d'un travail de systématisation, ce type de propos peut, dans une certaine mesure, être significatif de ce que le modèle constitutionnel de l'acte juridictionnel reste encore à construire. Au final, le constat reste que « la forme ou la rédaction des décisions du Conseil constitutionnel est donc très différente de celle des décisions des Cours constitutionnelles européennes (allemande, italienne, espagnole ou autrichienne), ou bien aussi de la Cour suprême des Etats-Unis »¹³⁷⁸, auxquelles il convient d'ajouter également la Cour européenne des Droits de l'Homme. Un auteur ancien appelait le Conseil constitutionnel à « tuer »¹³⁷⁹ le considérant. Il ne paraît pas inexact de dire que celui-ci ne répond pas à un modèle pleinement dissertatif, parce qu'il correspond fondamentalement, quelle que soit le degré « pédagogique » d'évolution du modèle explicatif classique, à un impératif de construction syllogistique de l'acte décisionnel. La communication juridictionnelle du juge constitutionnel français n'est pas sortie de ce schéma explicatif, même si les évolutions dégagées des figures syllogistique et rédactionnelle du jugement montrent un intérêt certain pour sa dimension justificative et persuasive. Ayant trait à des valeurs fondamentales et contradictoires, le jugement constitutionnel procède plus d'un « raisonnable-conciliatoire » que d'un « rationnel-déductif ». L'acceptabilité du pouvoir provient du caractère vérifiable de la structuration argumentative de l'acte de langage.

¹³⁷⁴ Voir : C. LAZERGUES, « Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle », *RSC*, n° 4, 2004, pp. 735-736.

¹³⁷⁵ cf. *supra*, 1^{ère} partie, titre I, chap. 1, § 2, B).

¹³⁷⁶ CC, n° 2010-20/21 QPC, 06/08/2010, *M. Jean C. et autres [Loi Université]*, publ. *JO*, 07/08/2010, p. 14615.

¹³⁷⁷ O. BEAUD, *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, Dalloz, 2010, p. 288.

¹³⁷⁸ L. FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, n° 2, 1986, p. 615.

¹³⁷⁹ cf. J. LARCHE, « Le Conseil constitutionnel, organe du pouvoir d'Etat », *AJDA*, 1972, p. 132.

§ 2 – Typologie des modes de raisonnement du juge constitutionnel

Dans les discours juridiques, la motivation des décisions juridictionnelles apparaît liée à des catégories désignant un registre de la persuasion propre à un rapport communicationnel entre un locuteur et son auditoire. « Le juge recherche une solution acceptable pour les plaideurs, ses supérieurs » ou autres interprètes authentiques susceptibles de produire une norme contraire, et « l'opinion publique éclairée »¹³⁸⁰. Comme le souligne le professeur Blanquer, « la rhétorique devient donc une théorie de l'argumentation »¹³⁸¹. La contrainte de l'énonciation du juge rejoint l'horizon rationnel d'une « logique du sens », appliquée à l'acte de langage, qui s'apparente « à la logique du discours » normatif : « sa signification est toujours susceptible d'être reconstruite par des arguments »¹³⁸² (A). Mais cela ne semble pas suffisant à comprendre la construction de l'acte. Une argumentation est nécessairement déterminée par un objet, sans quoi elle serait vide de sens. C'est l'image du rapport de la partie et du tout. La décision instantanée du juge est en rapport avec le droit positif en vigueur. En cela, l'application du droit peut être vue comme le premier niveau de la considération du but à atteindre. S'agissant du contentieux de la constitutionnalité des lois, « la construction du raisonnement s'ordonne autour de cette finalité que poursuit le juge (...) parce que les textes lui en font l'obligation »¹³⁸³. Le « respect de la Constitution » définit le finalisme comme le mode de raisonnement décisionnel (B).

A) Des modes de raisonnement argumentatifs

Pour accroître et installer la légitimité juridictionnelle de l'office lié au contrôle de constitutionnalité des lois, l'acte formel qui matérialise une décision de constitutionnalité doit structurellement montrer la recherche du « lien nécessaire »¹³⁸⁴ entre les prémisses d'un raisonnement, au moment de la « déduction » d'une solution, même s'il s'agit à certains moments de s'écarter de la « mathématique simpliste, séduisante par sa rigueur » du raisonnement syllogistique et d'opter pour « des procédés rationnels qui n'appartiennent pas [strictement] à la logique formelle mais à la dialectique »¹³⁸⁵. Mais les idées de dialectique et

¹³⁸⁰ C. PERELMAN, « La réforme de l'enseignement du droit et la "nouvelle rhétorique" », in *Ethique et droit*, op. cit., p. 558.

¹³⁸¹ J.-M. BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, op. cit., p. 242.

¹³⁸² J. LENOBLE, A. BERTEN, *Dire la norme. Droit, politique et énonciation*, op. cit., p. 55.

¹³⁸³ X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, op. cit., p. 242

¹³⁸⁴ cf. J.-M. BLANQUER, op. cit., p. 179.

¹³⁸⁵ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, op. cit., p. 60.

de logique s'imposent comme relativement proches, au point que les auteurs¹³⁸⁶ n'hésitent pas à parler de « principes quasi-logiques », voire simplement de « variantes » du syllogisme.

Le juge reste dans la limite d'une logique « *perelmanienne* » du raisonnable, à l'aune d'un présupposé « d'un usage pratique de la raison » qui permet lui-même de présumer l'accès à une instance dont les données sont rationnellement vérifiables. « Car, si le raisonnement du juge doit s'efforcer d'aboutir à des solutions qui soient équitables, raisonnables, acceptables, indépendamment de leur conformité à des normes juridiques positives, il est essentiel de pouvoir répondre à la question : "Par quels procédés intellectuels le juge arrive-t-il à considérer telle décision comme équitable, raisonnable ou acceptable, alors qu'il s'agit de notions éminemment controversées" »¹³⁸⁷ ? Le type de logique se référant aux « arguments *a pari*, *a fortiori* et *a contrario* »¹³⁸⁸ fournit indéniablement un cadre rassurant de ce point de vue.

En référence aux travaux du doyen François Gény pour le droit privé, le professeur Yves Gaudemet définit l'analogie comme « un mode de raisonnement qui, partant d'une règle existante et connue, vise à créer une règle nouvelle et distincte, à partir de l'identité de raison juridique de ces deux règles. Dans tous les cas, l'analogie induit une solution, pour un état de fait donné, d'une similitude fondamentale (au sens étymologique du terme) entre cette situation et celle que la règle de départ, celle sur laquelle s'appuie l'analogie, a réglée »¹³⁸⁹. En arrière-plan, il est possible de partir du cas où la règle existante s'avère inadaptée à la situation juridique concrète à laquelle le juge doit répondre au moment où il statue ; le modal de devoir insistant sur l'impossibilité ontologique à la fonction de juge du déni de justice dans son champ matériel de compétence, soumis au joug du caractère nouveau¹³⁹⁰, imprévu¹³⁹¹ voire d'ordre exceptionnel¹³⁹² des circonstances de raisonnement.

¹³⁸⁶ J.-M. BLANQUER, op. cit. ; X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica – PUAM, 1990, p. 240.

¹³⁸⁷ C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, op. cit., p. 100 et p. 102.

¹³⁸⁸ Voir : C. PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », art. cit., p. 512.

¹³⁸⁹ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, op. cit., p. 61.

¹³⁹⁰ Après une déclaration d'inconstitutionnalité totale d'une loi de finances : CC, n° 79-111 DC, 30/12/1979, Rec. 39, cons. 2 (« considérant que, dans cette situation et en l'absence de dispositions constitutionnelles ou organiques directement applicables, il appartient, *de toute évidence*, ... »).

¹³⁹¹ Pour distinguer une situation pour laquelle il paraît possible de chercher, dans l'ordre constitutionnel en vigueur une « norme dont la proximité est la plus grande » (J.-M. BLANQUER, op. cit., p. 183) : CC, n° 75-59 DC, 30/12/1975, Rec. 26, cons. 2, sur l'application de l'article 53 de la Constitution à « l'autodétermination des îles des Comores » (formule de type « *non seulement* dans l'hypothèse où... *mais aussi* »).

¹³⁹² En rapport avec des « circonstances exceptionnelles » en Nouvelle-Calédonie : CC, n° 85-187 DC, 25/01/1985, Rec. 43, cons. 4 (« 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 du 4 octobre 1958 n'a pas

Dans la perspective de l'acceptabilité de la fonction juridictionnelle, l'analogie s'impose comme une frontière de prudence parce que dans son emploi, le juge se place sur un plan matériel dans une sphère de création normative, et communique sur un plan formel, par la motivation de sa décision, selon une argumentation qui montre au moins à l'auditoire un « procédé d'interprétation extensive »¹³⁹³. Une certaine prudence se retrouve dans le registre employé pour exprimer l'emploi d'un raisonnement de type analogique. Les catégories généralement retenues apparaissent comme étant celles, à des degrés différents de la *similitude*¹³⁹⁴, de l'*implication*¹³⁹⁵ et de l'*évidence*¹³⁹⁶ dans la relation ainsi établie.

A la rigueur, l'idée d'« acceptation *analogue* » ne ferait ressortir que le lien le plus lâche dans l'extension d'interprétation qui peut être faite afin de rapprocher la signification de deux règles juridiques. Le juge constitutionnel a fait face à ce type de questions lorsqu'il a dû préciser le régime constitutionnel des lois d'habilitation, prévues à l'article 38 de la Constitution, et par lesquelles « le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ». Les premières saisines d'opposition sur ce type d'actes législatifs mettaient en cause la portée du concept de « programme » qui conditionnel elle-même la portée de l'habilitation législative aux autorités du pouvoir exécutif. La référence voulait être faite à l'article 49, alinéa 1^{er} de notre loi fondamentale relatif à l'engagement, « sur son programme », de la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale qui peut s'apparenter à « une déclaration de politique générale ». Pour le juge constitutionnel, le texte de l'article 38 « doit être entendu comme faisant obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, lors du dépôt d'un projet de loi d'habilitation et pour la justification de la demande présentée par lui, quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre »¹³⁹⁷. Le terme de « programme » dans l'habilitation

eu pour effet d'abroger la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, qui, d'ailleurs, a été modifiée sous son empire ») ; cf. *GDCC*, op. cit., n° 29, pp. 480-482 [15^{ème} éd.].

¹³⁹³ C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, 5^{ème} éd., Ed. de l'Université de Bruxelles, 1988, p. 503.

¹³⁹⁴ Dans la mesure par exemple où le principe d'égalité s'applique à des « situations semblables ». Mais la situation de fait est distincte de la situation eu égard au principe d'égalité, sinon comment comprendre que « si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes » ? Voir pour un exemple : CC, n° 2010-607 DC, 09/11/2010, publ. *JO*, 10/11/2010, p. 20056, cons. 11 et 12.

¹³⁹⁵ Utilisation du verbe « impliquer » (CC, n° 97-393 DC, 18/12/1997, *Rec.* 320, cons. 33 ; CC, n° 2004-492 DC, 02/03/2004, *Rec.* 66, cons. 75) ; le plus intéressant étant sans doute de pouvoir rattacher dans ce registre tout ce qui a trait au statut constitutionnel des étrangers (cf. CC, n° 93-325 DC, 13/08/1993, *Rec.* 224, cons. 3).

¹³⁹⁶ Ce qui peut rendre la motivation assez sommaire, cf. sur le statut de l'embryon : CC, n° 93-343/344 DC, 27/07/1994, *Rec.* 100, cons. 9.

¹³⁹⁷ CC, n° 76-72 DC, 12/01/1977, *Rec.* 31, cons. 2.

temporaire à prendre des ordonnances s'entend à un niveau de particularité et de précision, et non pas au sens de généralité à laquelle le Gouvernement peut s'en tenir dans une demande de confiance au Parlement. « Il y a donc lieu *d'exclure* toute autre interprétation et notamment celle qui serait tirée d'un rapprochement avec les énonciations de l'alinéa premier de l'article 49 de la Constitution », en tant « que celle-ci (...) tend à conférer une acceptation analogue au terme "programme" et à l'expression "déclaration de politique générale" ».

Les structures argumentatives ainsi décelées tendent à montrer que le juge s'attache à atténuer l'emploi d'une logique analogique dans la formation de certains raisonnements, tandis qu'il n'hésite pas stratégiquement à expliciter l'éventuel rejet d'une interprétation de type analogique au sein d'un raisonnement *a contrario* lui permettant de préciser aisément le champ d'application de son contrôle.

L'idée de raisonnement *a contrario* vise deux séries d'hypothèses légèrement distinctes. D'une part, il s'agirait « simplement [d'une] réduction du domaine d'application de la règle interprétée »¹³⁹⁸ ; d'autre part, ce peut être le cas où « le juge "découvre" une règle nouvelle précisément sur une "raison juridique" contraire à celle qui était à la base de la règle dont il est parti »^{1399 1400}. Cette distinction renvoie à une différence de degré, et non pas de nature¹⁴⁰¹, en ce sens que le travail de l'organe juridictionnel revient à créer une conséquence juridique nouvelle découlant de certains éléments principaux de l'ordre juridique.

Le registre du raisonnement *a contrario* est plus aisément indentifiable, d'autant plus qu'il s'impose dans une logique d'argumentation, comme un registre d'affirmation de l'étendue de son propre office par l'organe émetteur du discours. Le principe de constitutionnalité, en tant que principe de conformité normative, revêt nécessairement une dimension négative¹⁴⁰², matérialisé par la déclaration d'inconstitutionnalité, qui n'interdit pas tout de même certaines nuances. Les catégories retenues seront celles de la négation, de l'opposition, mais aussi de la simple réserve s'en tenant à l'emploi d'un conditionnel qui peut alors exclure la sanction pure et simple ou à l'inverse, la validation pure et simple. Le raisonnement *a contrario* devient alors une posture fonctionnelle.

¹³⁹⁸ Le terme-indice sera plutôt ici de type « cependant », marquant plus volontiers une rationalité conciliatoire. Par exemple : CC, n° 83-164 DC, 29/12/1983, *Rec.* 67, cons. 28.

¹³⁹⁹ Y. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 63.

¹⁴⁰⁰ L'un des exemples qui a le plus de portée systémique, du point de vue de l'application de la Constitution, est sans conteste le refus d'exercer « le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution (...) dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61 » (évidemment : CC, n° 74-54 DC, 15/01/1975, *Rec.* 19, cons. 4).

¹⁴⁰¹ *Contra* : Y. GAUDEMET, *ibid.*

¹⁴⁰² Faire un rapprochement sur ce point avec une autre procédure de respect des compétences normatives, « l'examen des textes de forme législative » (cf. article 37, alinéa 2 de la Constitution).

B) *Un mode de raisonnement décisionnel : le finalisme*

Selon le professeur Xavier Philippe, « les raisonnements précédemment examinés se caractérisent par l'application de règles logiques propres à déterminer les solutions applicables. Mais le juge fait appel à des raisonnements "extra-logiques"¹⁴⁰³ en prenant en considération le but à atteindre. La construction du raisonnement s'ordonne autour de cette finalité que poursuit le juge soit parce que les textes lui en font l'obligation, soit parce que pour des raisons qui lui appartiennent – homogénéité des solutions rendues, politique jurisprudentielle, caractère équitable de la solution –, il veut conférer à sa décision une cohérence que seul ce raisonnement lui permet d'atteindre »¹⁴⁰⁴.

D'une façon générale, nous avons pu mesurer toute la dimension finaliste et finalisée du contrôle de « conformité à la Constitution », en raison non seulement de la nature de la norme applicable mais aussi de l'objet de la norme contrôlée. La source formelle d'habilitation à opérer ledit contrôle en fait un élément obligatoire de l'organisation institutionnelle, assez lourd de sens concernant notamment « les règlements des assemblées parlementaires ». Aussi, même dans les hypothèses où l'examen de constitutionnalité n'est prévu que de façon facultative ou soumis à un régime procédural, celui-ci renvoie matériellement à un certain nombre de « fins ».

Cependant, si « l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel *mission* d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et, lorsqu'elles lui sont déférées dans les conditions fixées par cet article, des lois ordinaires »¹⁴⁰⁵, celui-ci se trouve pris en tenaille entre deux niveaux élevés de capacités et d'expression de volontés normatives. La logique finaliste fournit au juge constitutionnel des moyens à la fois de développement de sa propre capacité de contrainte normative et le cas échéant, de *self-restraint* protecteur de l'acceptabilité de sa fonction au sein du système constitutionnel.

La formulation type de cette dialectique se situe par exemple dans les termes selon lesquels le Conseil indique que « l'objet de [son] contrôle est non de gêner ou de retarder l'exercice du pouvoir législatif mais d'*assurer* sa conformité à la Constitution »¹⁴⁰⁶. C'est au sein de cette même décision du 23 août 1985 qu'a été inséré le fameux *obiter dictum* qui a

¹⁴⁰³ Voir aussi, sur « les écarts par rapport au raisonnement syllogistique » : J.-P. LEBRETON, « Les particularités de la juridiction constitutionnelle », *RDP*, 1983, pp. 455-466.

¹⁴⁰⁴ X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica – PUAM, 1990, p. 242.

¹⁴⁰⁵ CC, n° 2003-469 DC, 26/03/2003, *Rec.* 293, cons. 2.

¹⁴⁰⁶ CC, n° 85-197 DC, 23/08/1985, *Rec.* 70, cons. 20.

signifié qu'en promouvant dans l'ordre juridique un principe de constitutionnalité, « la loi votée (...) n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ». Mais la généralité des concepts employés (« exercice du pouvoir législatif », « loi votée ») permet au juge constitutionnel d'invoquer le cas échéant « l'esprit » de cette Constitution, voire « l'équilibre des pouvoirs » qu'elle établit, pour décliner sa compétence à l'encontre des lois référendaires¹⁴⁰⁷, créant par là-même une distinction entre les lois « votées par le Parlement » et les lois « adoptées par le peuple français à l'issue d'un référendum ». Au vu de ces éléments, un raisonnement de type finaliste paraît s'imposer comme un ressort essentiel de la liberté d'interprétation du juge constitutionnel pour emporter la conviction de son auditoire dans des situations-limites quant à l'équilibre du rapport nécessaire entre Légitimité et Pouvoir. Eu égard à une « mathématique juridique », certains auteurs n'hésitent pas à évoquer un phénomène de « déviation du raisonnement juridique consistant à considérer que pour déterminer si elle est considérée comme valable par l'organe qui la secrète ou par les observateurs »¹⁴⁰⁸, en ayant à l'esprit que « l'une des particularités de la matière constitutionnelle tient à la difficulté de faire le partage entre le politique et le juridique, la tentation permanente des acteurs étant d'attirer le droit dans leur camp et de donner un habillage juridique à une décision qui n'a d'autre véritable explication que politique »¹⁴⁰⁹, par l'objet même sur lequel porte la décision, ou dans un sens différent, en lien avec le développement d'un ensemble de décisions dans tel ou tel domaine constitutionnel qui s'analysent en termes institutionnels, par exemple d'une « politique jurisprudentielle » en matière de limitation et / ou conciliation des droits et libertés. Il faut distinguer à ce stade plusieurs niveaux de « situations » ou « de circonstances ».

Il y a tout d'abord l'influence de circonstances *de* contrôle. En tout état de cause, le problème est ici posé de la sorte : « que doivent faire les pouvoirs publics lorsqu'à la suite de certaines circonstances, ils sont dans l'impossibilité matérielle d'observer les procédures constitutionnelles prévues ou lorsqu'ils se trouvent devant un vide de procédure ? D'un autre point de vue, que doivent-ils faire face à une règle procédurale trop rigide eu égard aux nécessités pratiques de la vie parlementaire notamment »¹⁴¹⁰ ?

Par l'expression de la réserve quant à l'effet d'un contrôle de constitutionnalité susceptible de « gêner ou de retarder l'exercice du pouvoir législatif », le juge se donne le

¹⁴⁰⁷ CC, n° 62-20 DC, 06/11/1962, *Rec.* 27, cons. 5 ; n° 92-313 DC, 23/09/1992, *Rec.* 94, cons. 5.

¹⁴⁰⁸ J.-L. PEZANT, « De la situation de nécessité. Réflexions sur les avatars du raisonnement juridique dans la matière constitutionnelle », *RFDC*, n° 42, 2000, p. 281.

¹⁴⁰⁹ J.-L. PEZANT, *ibid.*, p. 282.

¹⁴¹⁰ P. TERNEYRE, « Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité. Contribution du Conseil constitutionnel à un droit constitutionnel de la nécessité », *RDP*, n° 6, 1987, p. 1505.

levier d'un raisonnement qui l'emmène aux confins du « respect de la Constitution » en tant que principe normatif. Pour le dire autrement, la juge passe d'un raisonnement constitutionnel à un raisonnement de type institutionnel, dans la sphère de ce que « le respect de la Constitution » signifie aussi « respect des institutions de la République »¹⁴¹¹, c'est-à-dire l'assurance du « fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat ».

Pour ce qui touche au « vide de procédure », il est admis que « dans cette situation et en l'absence de dispositions constitutionnelles ou organiques directement applicables, il appartient, de toute évidence, au Parlement et au Gouvernement, dans la sphère de leurs compétences respectives, de prendre toutes les mesures (...) nécessaires pour assurer la continuité de la vie nationale »¹⁴¹².

En ce qui concerne l'hypothèse de la « règle procédurale trop rigide », il paraît intéressant d'évoquer le nouveau régime de « présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat » impliqué par la modification de l'article 39 de la Constitution par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Les nouvelles conditions doivent être fixées dans une loi organique soumise à l'examen obligatoire du Conseil constitutionnel avant sa promulgation. « Dans ses alinéas 2 à 11, l'article 8 de la loi organique détermine le contenu des documents qui *doivent* être déposés sur le bureau de la première assemblée saisie en même temps que le projet de loi ». Le caractère de devoir de l'accompagnement de nombreux documents constituant « l'étude d'impact » lors du dépôt d'un projet législatif fait poindre la perspective de certaines difficultés pratiques qui pourraient se transformer en moyens d'inconstitutionnalité de forme aisément utilisables lors de saisines en vertu de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution, du fait de la « subordination » de l'acte de dépôt impliquée par l'emploi du verbe « devoir » dans la disposition organique de laquelle relève le régime du dépôt, par « renvoi » de la source constitutionnelle. Le juge constitutionnel recourt aux « exigences de la continuité de la vie de la Nation » pour fixer le cadre d'un contrôle *circonstancié* du « respect des dispositions précitées de l'article 8 de la loi organique »¹⁴¹³ précitée.

En second lieu, le finalisme tient à la prise en compte des circonstances *du* contrôle. « A partir du moment où le texte de la Constitution ne constituait plus la seule norme de référence (...), le juge s'est résolument orienté vers un emploi de la méthode finaliste dans le

¹⁴¹¹ CC, n° 85-188 DC, 22/05/1985, *Rec.* 15, cons. 2.

¹⁴¹² CC, n° 79-111 DC, 30/12/1979, *Rec.* 39, cons. 2.

¹⁴¹³ CC, n° 2009-579 DC, 09/04/2009, publ. *JO*, 16/04/2009, p. 6530, cons. 17.

cadre de la protection des droits et libertés fondamentaux »¹⁴¹⁴. Comment lire dans cette optique que « l'objet de ce contrôle est non de gêner ou de retarder l'exercice du pouvoir législatif mais d'assurer sa conformité à la Constitution » ? Il s'agit indéniablement non pas de la stricte application d'un principe normatif existant en soi, mais de la recherche d'une « assurance », ou la réunion d'éléments tendant à « procurer une garantie ». Concernant plus particulièrement la question des droits et libertés, c'est la norme constitutionnelle qui l'incite à la faire, l'article 34 de la Constitution prévoyant en effet que « la loi fixe les règles concernant (...) les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».

Certains auteurs soulignent que « le propre de l'interprétation finaliste, c'est de s'étendre de la détermination des règles supérieures à celle des règles contrôlées, dont certaines vont donc faire l'objet d'une validation téléologique »¹⁴¹⁵. Le juge doit respecter la compétence du législateur ; il va rechercher la « limite » du rapport de conformité et se réfère alors à « l'opportunité de dispositions législatives » sur laquelle « il ne lui appartient pas de se prononcer »¹⁴¹⁶. La formule est désormais connue : « le Conseil constitutionnel n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement »¹⁴¹⁷. Mais il doit en même temps rechercher un certain degré d'assurance de l'effectivité du principe de constitutionnalité, par exemple « s'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »¹⁴¹⁸. A l'instar de « l'intérêt général », le juge paraît ressentir le besoin d'un horizon normatif qui va permettre de donner un contenu¹⁴¹⁹ à la finalité recherchée, suffisamment large voire même imprécis pour ménager à la fois la liberté d'appréciation du législateur et servir de paravent à l'immixtion nécessaire du juge dans cette appréciation. En réalité, le juge est en quête d'une « technique de formulation de la règle de droit » à vocation finaliste, qui renvoie dans le discours analytique à la notion de « standard ». Dans son ouvrage

¹⁴¹⁴ X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, op. cit., p. 246.

¹⁴¹⁵ C. FRANCK, « L'évolution des méthodes de protection des droits et libertés par le Conseil constitutionnel sous la septième législature », *JCP*, 1986, I, n° 3256, § 32.

¹⁴¹⁶ CC, n° 89-261 DC, 28/07/1989, *Rec.* 81, cons. 15.

¹⁴¹⁷ CC, n° 2000-433 DC, 27/07/2000, *Rec.* 191, cons. 41.

¹⁴¹⁸ CC, n° 84-181 DC, 11/10/1984, *Rec.* 73, cons. 37.

¹⁴¹⁹ cf. X. PHILIPPE, op. cit., p. 247 : l'« emploi » de la méthode finaliste « ressort du contenu que le Conseil donne aux différents droits et libertés. Si le raisonnement logique suffit à expliquer la confrontation de deux normes, le raisonnement finaliste permet de les concrétiser et d'en donner une signification ».

de systématisation du recours par le juge administratif à des concepts pouvant se rattacher à la catégorie posée, le professeur Stéphane Rials met en correspondance « trois caractéristiques fonctionnelles » avec l'emploi du standard. « Il opère en fait sinon en droit un transfert du pouvoir créateur de droit de l'autorité qui l'édicte à l'autorité qui l'applique ou si ces deux missions sont assumées par la même autorité, il contribue à réserver le pouvoir de cette dernière ; il assure trois missions rhétoriques liées de persuasion, de légitimation et de généralisation ; il permet une régularisation permanente du système juridique »¹⁴²⁰. Ce n'est pas se défaire sur le plan doctrinal que de reconnaître la pertinence de cette grille d'analyse pour appréhender certaines évolutions de la normativité constitutionnelle, vers des « objectifs de valeur constitutionnelle », des « garanties légales des exigences constitutionnelles », ou par le biais de différents standards de proportionnalité, jusqu'à pousser l'assurance du respect de la Constitution à l'essentialité. « Il existe une hypothèse (...) liée au droit de nécessité qui étend considérablement la compétence du législateur au point de lui permettre d'interdire purement et simplement l'exercice d'une liberté fondamentale »¹⁴²¹.

Cette gradation surgit nettement « en ce qui concerne les services publics » au sein desquels « la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les *limitations nécessaires* en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle ; que ces limitations peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux *besoins essentiels du pays* »¹⁴²².

Il est tout à fait clair que ce type de considérant tend à persuader que le juge constitutionnel s'attache à « réserver » son propre pouvoir alors que la logique finaliste qui sous-tend à la décision de constitutionnalité lui fournit les moyens d'une mainmise sur la signification de l'ensemble des données constituant le problème contentieux, au niveau le plus général des pouvoirs normatifs.

Au niveau fonctionnel, l'équilibrage du rapport « Légimité / Pouvoir » s'avère incomplet car si la branche « Pouvoir » se trouve remplie d'une structure argumentative raisonnablement critiquable, la rhétorique de « Légimité » impose la recherche de techniques de justification quant à la potentielle plénitude de compétence sur le moyen de l'instance.

¹⁴²⁰ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, op. cit., p. 120.

¹⁴²¹ P. TERNEYRE, « Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité. Contribution du Conseil constitutionnel à un droit constitutionnel de la nécessité », op. cit., p. 1513.

¹⁴²² CC, n° 79-105 DC, 25/07/1979, *Rec.* 33, cons. 1.

II. La justification du pouvoir de sélection de l'espèce

« La difficulté ne consiste plus alors à distinguer le recours effectif au juge de la possibilité d'y recourir, mais de distinguer le juge comme une institution de la procédure comme nouveau critère de justice »¹⁴²³.

Le cadre contentieux tend à désigner une certaine façon de « dire le droit » ou de résoudre le problème juridique (question de droit objectif ou prétention de parties opposées). En d'autres termes, du point de vue du métadiscours juridique, l'emploi et la formation d'une catégorie de « contentieux » vise à qualifier le niveau de réunion d'un certain nombre d'éléments au sein de régimes de résolution de conflits de type juridique. « Le contentieux est lié à l'activité humaine en général et il s'agit donc typiquement d'une notion de droit processuel commune aux procédures civile, commerciale, sociale, pénale ou administrative notamment. Cette notion de contentieux doit être rapprochée de celle de litige et de celle de juridiction »¹⁴²⁴. Les qualités processuelles se sont avérées d'application difficile concernant la question de droit pouvant être posée au Conseil constitutionnel, en comparaison notamment avec le contentieux de l'annulation devant la juridiction administrative. « Le recours pour excès de pouvoir (...) tend à obtenir l'annulation totale ou partielle d'un acte administratif par lui-même exécutoire. La requête, comme toute demande en justice, délimite les pouvoirs du juge qui est tenu de statuer sur tous les chefs de conclusions recevables et sur eux seuls. En règle générale aucun délai n'est imparti au juge pour statuer. La décision finale ne peut consister que dans le rejet de la requête ou l'annulation totale ou partielle de l'acte attaqué. La décision d'annulation a valeur de chose jugée *erga omnes* mais non la décision de rejet. *La procédure d'instruction et de jugement est organisée par des textes et dominée par le principe du contradictoire*. Sur chacun de ces points (...) le contrôle de la constitutionnalité des lois obéit à des règles à peu près contraires »¹⁴²⁵. Le long constat implacable du doyen Vedel est strictement lié à la nature du recours¹⁴²⁶, « auquel pourrait être appliquée la formule fameuse que Laferrière adressait au sujet du recours pour excès de pouvoir : "ce n'est pas un procès fait à une partie, c'est un procès fait à un acte". Seulement, on sait que cette formule approximativement exacte au temps où elle fut formulée, a de moins en moins correspondu à la réalité du droit processuel administratif : l'existence d'un conflit d'intérêts sous-jacent au

¹⁴²³ A. GARAPON, « La question du juge », *Pouvoirs*, n° 74, 1995, p. 22.

¹⁴²⁴ O. GOHIN, *Contentieux administratif*, 6^{ème} éd., Litec, 2009, p. 2.

¹⁴²⁵ G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », *op. cit.*, p. 59.

¹⁴²⁶ cf. *supra*, Chap. 1, II.

recours pour excès de pouvoir a conduit le juge à une position réaliste : tendant à organiser le débat entre les parties et à les faire profiter des avantages antérieurement réservés au plein contentieux. Une évolution semblable pourrait, *mutatis mutandis*, atteindre le contentieux de la constitutionnalité des lois »¹⁴²⁷. Au fur et à mesure de la pratique, les autorités compétentes au sein du Conseil constitutionnel, s'appuyant sur l'indépendance¹⁴²⁸ organique de l'institution, ont forgé un modèle censé rendre une apparence de contradictoire à l'examen des saisines dans le cadre des compétence de contrôle de constitutionnalité *a priori*. Lorsqu'il entre en fonction en 1986, « pour que, dans la mesure du possible, les règles du procès équitable soient appliquées au Conseil constitutionnel, [le président Robert Badinter] demande à Bruno Genevois¹⁴²⁹ de rédiger un guide interne fixant le cadre de la procédure de la constitutionnalité des lois : dans ces directives toujours appliquées aujourd'hui, il est notamment prévu que les mémoires seront échangés entre les parlementaires saisissants et le secrétariat général du gouvernement, que les saisissants pourront être auditionnés, et que le membre du Conseil chargé de proposer une solution à ses collègues puisse auditionner toute personne susceptible de l'éclairer »¹⁴³⁰.

Il y avait eu auparavant l'initiative insufflée par le prédécesseur du président Badinter, M. Daniel Mayer, d'accompagner la publication au *Journal Officiel* des décisions du Conseil par celle des saisines afférentes. « Depuis la fin de l'année 1994, les observations en réponse du Gouvernement, rédigées par le Secrétariat général du Gouvernement, ont été également publiées et le sont maintenant systématiquement avec les saisines. La dernière évolution de cette pratique est la publication de la décision du Conseil, des saisines et des observations du Gouvernement immédiatement à la suite de la loi qui a été déférée au Conseil »¹⁴³¹.

En ce qui concerne un examen abstrait de constitutionnalité, tel qu'il est prévu à l'article 61 de la Constitution, la juridiction constitutionnelle s'impose comme étant apte à communiquer autour du schéma contentieux suivant : une requête, une défense de la loi, la prise en compte d'arguments croisés, une instruction exhaustive appuyée par la sollicitation éventuelle d'une expertise. Sur la question prioritaire de constitutionnalité, posée en vertu de

¹⁴²⁷ J.-P. LEBRETON, « Les particularités de la juridiction constitutionnelle », art. cit., p. 425.

¹⁴²⁸ CC, n° 2008-566 DC, 09/07/2008, *Rec.* 338, cons. 6 ; comp. CE Ass., 25/10/2002, *Brouant, Rec.* 345 (« par le règlement attaqué, le Conseil constitutionnel a entendu définir un régime particulier pour l'accès à l'ensemble de ses archives ; qu'eu égard à cet objet, qui n'est pas dissociable des *conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce les missions qui lui sont confiées par la Constitution*, ce règlement ne revêt pas le caractère d'un acte administratif dont la juridiction administrative serait compétente pour connaître »).

¹⁴²⁹ Alors nommé Secrétaire général du Conseil constitutionnel (Décision du 25 avril 1986, réf. *JO*, 26/04/1986, p. 5814).

¹⁴³⁰ P. CASSIA, *Robert Badinter. Un juriste en politique*, Fayard, 2009, p. 430.

¹⁴³¹ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 365.

l'article 61-1 de la Constitution, l'effet de communication n'a pas à être recherché puisque le cadre organique et réglementaire fournit lui-même la configuration contentieuse autour de la question et de sa motivation. Une théorie générale du recours en inconstitutionnalité de la loi semble pouvoir s'accommoder avec les éléments processuels relatifs à la motivation de la requête (§ 1) et la liaison de l'instance qui en est le corollaire (§ 2).

§ 1 – Les conclusions de la saisine dans le système processuel

C'est un trait fondamental de la logique contentieuse. « Le droit recouvre toujours des intérêts qui s'opposent ». Dans le sens du régime procédural applicable devant les juridictions administratives, « la jurisprudence exige d'ailleurs du requérant qu'il justifie d'un intérêt qui rend la requête recevable ». Le conseiller d'Etat Serge Daël estime que la logique de construction du système processuel administratif implique la recherche d'une sorte de conciliation entre la prétention requérante et la « logique du procès ». « Dès lors () que les parties sont entrées dans la logique du procès, tout se passe comme si chacune ne poursuivait plus comme satisfaction principale que la défense d'une règle de droit, dont les conséquences qu'elles prétendent tirer ne seraient plus que profit presque accessoire et somme toute secondaire. La logique, la pertinence, la noblesse parfois du discours qui peut en découler ne doit pas dissimuler que le procès est d'abord une demande exprimée par des conclusions. C'est par elles que faut entrer en matière »¹⁴³². En effet, elles doivent être en mesure de fournir l'objet et le fondement motivé du litige, et deviennent un instrument d'argumentation en vue du déploiement de l'office du juge. Le contentieux constitutionnel des lois est entré dans une logique de motivation des saisines. « Car comme pour le recours pour excès de pouvoir, le souci pur du respect de la Constitution n'est pas toujours le véritable mobile de la saisine. Surtout depuis que la réforme de 1974 l'a ouvert à soixante députés ou soixante sénateurs, la soumission d'une loi au Conseil peut être le prolongement d'un conflit qui s'exprimait avec les armes de la délibération parlementaire et qui se poursuit sur le terrain du droit »¹⁴³³.

Cependant, il s'agit là de mettre en exergue sur ce point une véritable différence de nature juridique du lien argumentatif entre le contrôle de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori*, c'est-à-dire entre une pure contrainte systémique qui s'est imposée dans une pratique (A) et une stricte obligation prescrite par les textes (B).

¹⁴³² S. DAËL, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 129.

¹⁴³³ J.-P. LEBRETON, art. cit., p. 425.

A) Le contrôle « *a posteriori* » et une obligation organique de procédure

La loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution a explicité le fait que le « moyen » désormais désigné par le syntagme conceptuel de « question prioritaire de constitutionnalité », « est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé »¹⁴³⁴, que ce soit devant les juges *a quo* ou, « y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation » comme le précise l'article 23-5 inséré à l'ordonnance du 7 novembre 1958. La « peine d'irrecevabilité » se voit renforcer dans le trait d'un rapport strict d'obligation par la définition de la nature du moyen à l'instance en tant que celui-ci « ne peut être relevé d'office ».

Sur ce point, le législateur n'a fait que suivre une sorte d'*intention originelle* du pouvoir de révision constitutionnelle lors de la promotion du principe du contrôle substantialisé de la constitutionnalité *a posteriori* des lois autour des « droits et libertés que la Constitution garantit ». L'article 61-1 précité instaure l'hypothèse d'une « atteinte » de rang constitutionnel opposable à l'ordre législatif en vigueur mais qui *doit* être soutenue pour être concrétisée en tant que norme applicable. C'est le sens retenu de l'indicatif figurant dans « les termes de l'article 61-1 [qui] imposaient au législateur organique de réserver aux seules parties à l'instance le droit de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit »¹⁴³⁵. Il s'agit tout simplement de la portée de l'emploi du verbe « soutenir » dans la définition du système procédural. « Dans le procès, seules les parties soutiennent des prétentions, le juge décide »¹⁴³⁶. Le soulèvement d'un moyen en inconstitutionnalité en application de l'article 61-1 doit être vu comme l'expression d'un choix de stratégie dans l'instance. « La question ne peut donc pas être soulevée au hasard (...). La question de constitutionnalité étant l'affaire des parties, celles-ci doivent la poser en toute connaissance de cause, ne serait-ce que parce qu'elle est susceptible de les entraîner dans une procédure plus longue que celle qui était prévue initialement »¹⁴³⁷. Les règles formelles rejoignent les « exigences d'une bonne administration de la justice »¹⁴³⁸, érigée au

¹⁴³⁴ Sur les modalités « tenant aux particularités des différentes juridictions », cf. H. CROZE, « La question prioritaire de constitutionnalité : aspects procéduraux », *Procédures*, n° 2, 2010, pp. 8-9.

¹⁴³⁵ CC, n° 2009-595 DC, 03/12/2009, publ. *JO*, 11/12/2009, p. 21381, cons. 9.

¹⁴³⁶ D. CHAUVAUX, « L'exception d'inconstitutionnalité, 1990-2009 : réflexions sur un retard », *RDP*, n° 3, 2009, n. 10, p. 572.

¹⁴³⁷ M. VERPEAUX, « La question préjudicielle de constitutionnalité et le projet de loi organique », *AJDA*, 2009, p. 1474 et s. (source : base *Dalloz.fr*).

¹⁴³⁸ B. MATHIEU, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit », *JCP, G.*, n° 52, 2009, p. 602.

rang d'objectif de valeur constitutionnelle permettant à ce que « les textes constitutionnel et organique apparaissent ainsi comme des textes de conciliation et d'équilibre »¹⁴³⁹. De ce point de vue, « le législateur organique a entendu faciliter le traitement de la question prioritaire de constitutionnalité et permettre que la juridiction saisie puisse juger, dans le plus bref délai afin de ne pas retarder la procédure »¹⁴⁴⁰. Pour le professeur Jérôme Roux, « l'exigence élémentaire de motivation (...) aura deux objets : *démontrer* d'abord la recevabilité du moyen au regard des critères du filtrage dont il fera l'objet ; *convaincre* ensuite de la pertinence au fond du grief d'inconstitutionnalité »¹⁴⁴¹.

En envisageant les structures d'un langage sur le procès constitutionnel, « ces formalités montrent combien la question de constitutionnalité est un incident de séance et doit être traité comme tel »¹⁴⁴². C'est-à-dire que le moyen s'apparente à une « argumentation spécifique » pour laquelle le cadre procédural correspondant doit prévoir les conditions de discussion. « Il est évident que la réforme constitutionnelle et la loi organique ainsi publiée ne pouvaient qu'accroître la place des "justiciables" devant le Conseil constitutionnel »¹⁴⁴³. La majorité de la doctrine a pu souligner que « le droit à un procès équitable¹⁴⁴⁴, public et dans un délai raisonnable rendu par un tribunal indépendant et impartial sera donc applicable au Conseil constitutionnel »¹⁴⁴⁵. Le nouvel article 23-10 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 prévoit bien non seulement la publicité de l'audience, mais surtout le principe organisationnel en vertu duquel « les parties sont mises à même de présenter contradictoirement leurs observations » durant l'instruction au fond de la question menée par la juridiction constitutionnelle et dont le régime est précisé par le Règlement intérieur¹⁴⁴⁶ adopté par les membres du Conseil constitutionnel le 4 février 2010. La promotion de ces principes paraît unanimement salué comme un progrès, source néanmoins de l'expression d'un regret du champ d'application strictement restreint de la loi organique du 10 décembre 2009, « en deçà du champ des possibles : les requêtes opérées en application de l'article 61 alinéa 2 ne sont pas couvertes par la loi et continueront d'être régies par la pratique »¹⁴⁴⁷.

¹⁴³⁹ P. de MONTALIVET, « La QPC. Etendue et limites d'un nouveau droit », op. cit., p. 18.

¹⁴⁴⁰ CC, n° 2009-595 DC, préc., cons. 8.

¹⁴⁴¹ J. ROUX, « La question prioritaire de constitutionnalité à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009 », *RDP*, n° 1, 2010, p. 241.

¹⁴⁴² P. JAN, *Le procès constitutionnel*, op. cit., p. 124.

¹⁴⁴³ M. VERPEAUX, « Le Conseil constitutionnel juge de la question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*, 2010, p. 90.

¹⁴⁴⁴ Dans la crainte de : CEDH, 23/06/1993, n° 12952/87, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, A 262.

¹⁴⁴⁵ V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2010, p. 89.

¹⁴⁴⁶ Publ. *JO*, 18/02/2010, p. 2986.

¹⁴⁴⁷ V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 90.

B) *Le contrôle « a priori » et une contrainte systémique du procès fait à la loi*

En vertu de l'article 61 de la Constitution, que ce soit lors d'un examen de constitutionnalité obligatoire, sur une loi organique par exemple, ou facultatif, à propos d'une loi ordinaire, mais également sur un engagement international « conformément à l'article 54 de la Constitution », le principe procédural sur le fondement de la saisine est sans conteste qu'« aucune disposition constitutionnelle ou organique n'impose que la saisine soit motivée »¹⁴⁴⁸ ; ce que le doyen Vedel appelle la « saisine neutre », « si elle est exceptionnelle en fait, n'est pas en droit une dérogation au régime normal de la saisine »¹⁴⁴⁹.

Pour comprendre cela, il faut revenir à cette idée de « qualité » pour agir, et non pas « d'intérêt » à agir, qui gouverne au contrôle *a priori*. « De cette absence d'intérêt à justifier, il devrait résulter que la saisine peut n'être pas motivée. Toutefois (...) la pratique s'est immédiatement tournée vers la présentation des raisons justifiant le recours »¹⁴⁵⁰, comme le confirme le professeur Rousseau, par le biais « de requêtes longues sinon démesurées où sont retracées les grandes étapes d'élaboration de la loi contestée, exposés minutieusement, article par article, les griefs d'inconstitutionnalité, développés, à la lumière de la jurisprudence constitutionnelle souvent sollicitée, tous les moyens possibles d'invalidation... Loin d'arrêter cette inflation argumentaire, la publication au *Journal Officiel* des lettres de saisines depuis 1983 a encouragé les requérants à prouver le sérieux de leur contestation par la longueur de leur requête »¹⁴⁵¹. Les acteurs savent qu'ils ont recours à l'intervention d'un organe qui statue matériellement en droit, dans la formulation d'un langage de type juridictionnel. Alors, non seulement, « sur le plan politique, les retombées attendues d'une décision du Conseil constitutionnel incitent les parlementaires à argumenter longuement les saisines », ce qui a pour conséquence sur un plan systémique que, « dans la mesure où les parlementaires s'efforcent de traduire en forme juridique des objections que leur inspire un texte, il se développe une "contentiosisation" remarquable »¹⁴⁵².

Il convient de relever que les quatre autorités institutionnelles – Président de la République, Premier ministre, Président de l'Assemblée nationale, Président du Sénat –, seuls titulaires du droit de saisine avant la réforme constitutionnelle du 29 octobre 1974 en matière de lois ordinaires, avaient initié un mouvement embryonnaire et ont pu adresser parfois au

¹⁴⁴⁸ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 364.

¹⁴⁴⁹ G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », op. cit., p. 59.

¹⁴⁵⁰ J.-P. LEBRETON, « Les particularités de la juridiction constitutionnelle », art. cit., p. 426.

¹⁴⁵¹ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 191.

¹⁴⁵² P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 298 et p. 299.

Conseil constitutionnel, à l'appui de certaines lettres de saisines, une « note », « justificative » ou « explicative ». « A l'origine, le Premier ministre séparait matériellement la note justificative de la lettre de saisine. Le Président du Sénat eut recours au même procédé, adressant même la note explicative quelques jours après la lettre de saisine. Puis l'habitude s'est prise de fondre saisine et notice justificative dans une même lettre, surtout lorsqu'elle émane de députés ou de sénateurs »¹⁴⁵³.

Même rédigée dans une formulation des plus succinctes, la lettre de saisine constitue pour les autorités compétentes un levier de précisions quant à l'objet du recours mis en œuvre, par rapport à l'habilitation générale issue des dispositions constitutionnelles, et soumises à la libre appréciation du juge. Mais, comme le relève le professeur Pascal Jan, « l'interprétation libérale des conditions d'introduction des recours et de leur portée donne plein effet à la procédure de contrôle de constitutionnalité (...). Le juge est maître de la procédure et à ce titre de la requête. Il rectifie au besoin l'objet ou le moyen. *Mais l'étendue de son contrôle dépend de la nature de la demande* »¹⁴⁵⁴.

De ce point de vue, le développement de la pratique de l'acte de saisine parlementaire¹⁴⁵⁵ permet de vérifier comme une amélioration de notre modèle de justice constitutionnelle, suivant l'image d'une sorte de standard au niveau processuel auquel se serait plié ledit système juridictionnel, malgré l'établissement d'un constat certainement entaché du reproche d'empirie sommaire. En effet, si « l'objet de cette étude est de montrer comment des saisines parlementaires ont pu exercer une influence décisive sur l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (...), une analyse systématique de cette influence constitue une tâche presque impossible, elle conduirait à confronter, pour les plus de [six] cents à la date d'aujourd'hui, les saisines parlementaires aux décisions du Conseil, pour toutes les questions qui y sont abordées, en tenant compte du fait qu'une évolution de la jurisprudence constitutionnelle peut tenir au mûrissement d'une argumentation réitérée qui n'est pas nécessairement illustrée au mieux par la saisine qui s'y rapporte »¹⁴⁵⁶. Il faut être attentif à ce que « l'influence » évoquée ci-dessus ne concerne pas seulement le seul mouvement d'un vecteur unidirectionnel d'influence. La construction et la consolidation du modèle provient d'un effet utile à la portée réciproque. Dans la logique du contrôle *a priori*,

¹⁴⁵³ J.-P. LEBRETON, art. cit.

¹⁴⁵⁴ P. JAN, op. cit., p. 175.

¹⁴⁵⁵ B. MERCUZOT, « Saisines parlementaires et constitutionnalisme », in CURAPP, *Droit et politique*, PUF, 1993, pp. 65-81 ; et la thèse de l'auteur : *Les saisines parlementaires du Conseil constitutionnel dans le contrôle de constitutionnalité des lois : stratégies politiques et Etat de droit*, thèse (dact.), Dijon, 1991.

¹⁴⁵⁶ B. MATHIEU, M. VERPEAUX, « L'incidence des saisines sur la jurisprudence », in AFDC-GERJC, *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica – PUAM, 2006, p. 49.

« la lutte politique va ainsi se poursuivre sur le terrain du droit, ce qui permet au Conseil de développer sa jurisprudence »¹⁴⁵⁷, ce qui doit normalement permettre, par miroitement, de remettre de l'engrais et régénérer sans cesse ce « terrain du droit ». Peu à peu, dans le champ de la science du droit, « l'idée qui prédomine depuis l'élargissement du droit de saisine » n'est plus seulement « celle d'une certaine juridictionnalisation du contentieux »¹⁴⁵⁸. Les éléments de langage plus actuel, au stade de « 30 ans » de pratique, semblent porter sur « l'enrichissement du procès fait à la loi » par la mutation de « l'esprit de la saisine ». La structure conceptuelle « tend à être perçue comme une requête introductive d'instance par des parlementaires qui se posent en véritables demandeurs au procès fait à la loi. La saisine parlementaire ouvre ainsi avec la "partie défenderesse" – le [secrétariat] général du Gouvernement – un véritable dialogue contradictoire »¹⁴⁵⁹.

Il paraît intéressant de relever que la pratique argumentative s'est même immiscée là où elle était le moins attendue, dans la sphère du contrôle de conformité constitutionnelle obligatoire des lois organiques. Le Premier ministre détient ici une compétence exclusive qui lui confère l'article 17 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958. La saisine se fait par une « lettre de transmission » dans laquelle le Premier ministre traditionnellement se contente de rappeler l'obligation qui lui est faite, précisant le cas échéant s'il demande au Conseil constitutionnel de statuer en « urgence ». Eu égard au caractère de la saisine¹⁴⁶⁰, le principe du lien évoqué ci-dessus entre la « nature de la demande » et « l'étendue du contrôle » se vérifie amplement. La saisine n'a pas à être motivée et « la Haute juridiction est nécessairement saisie de l'ensemble du problème de la constitutionnalité de la loi organique, et elle doit vérifier d'office que toutes les dispositions du texte sont conformes aux règles de forme et de fond contenues dans la Constitution »¹⁴⁶¹. Sous l'angle de la communication juridictionnelle, la figure rédactionnelle des décisions correspondantes peut être en mesure de fournir un indice sur la concrétisation de l'étendue de l'office du juge. Pour le professeur Guillaume Drago, « le Conseil constitutionnel a d'abord exercé un contrôle restreint des lois organiques »¹⁴⁶². Nonobstant la relative brièveté de la motivation des décisions, où il est censé relevé d'office les dispositions qu'il considère comme étant « non-conformes à la Constitution », la réalité du contrôle constitutionnel suit la formulation du considérant final selon laquelle « les autres

¹⁴⁵⁷ V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2010, p. 65.

¹⁴⁵⁸ T. RENOUX, « Techniques juridictionnelles et procédurales », *AJJC*, n° 1, 1985, p. 138.

¹⁴⁵⁹ V. MASSIEU, « Les Amis du Conseil constitutionnel », in AFDC-GERJC, *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 189.

¹⁴⁶⁰ cf. *supra*, chap. 1, II, § 1.

¹⁴⁶¹ L. FAVOREU, L. PHILIP, *GDCC*, op. cit., n° 10, p. 145 [15^{ème} éd.].

¹⁴⁶² G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 334.

dispositions » du texte organique, « prise dans la forme exigée par [l'article de la Constitution qui renvoie à l'adoption d'une loi organique] et dans le respect de la procédure prévue à l'article 46, ne sont contraires à aucune disposition de la Constitution »¹⁴⁶³.

L'agencement et l'organisation des décisions de constitutionnalité portant sur les lois organiques vont connaître un premier bouleversement dans une décision n° 61-16 DC¹⁴⁶⁴ où il apparaît que le juge « inverse l'ordre habituel, constatant d'abord que les règles de forme et de procédure ont été observées avant d'examiner la conformité au fond. Cette exception tend désormais à devenir la règle »¹⁴⁶⁵. Le caractère pleinement souverain de l'appréciation juridictionnelle en la matière ne permet pas de dégager un quelconque critère de variabilité de l'étendue du contrôle. *A priori* non plus, la longueur de telle ou telle décision ne semble pas pouvoir acquérir de valeur explicative, en ce sens que l'examen d'un texte simplement modificatif d'une loi organique antérieure ne présume en rien du caractère strict ou approfondi de l'office du juge constitutionnel sur telle ou telle disposition.

Une approche en termes de domaines d'intervention organique paraît plus appropriée pour mettre en exergue des évolutions de l'économie de la branche normative en question, suite par exemple à une révision constitutionnelle. Il est alors possible de transposer, « du droit administratif », la théorie du changement des circonstances¹⁴⁶⁶ à la portée du contrôle de constitutionnalité des actes de nature législative tel qu'il s'exerce dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 1^{er} de la Constitution et faire qu'« il y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de procéder à l'examen de l'ensemble des dispositions de la loi organique, alors même que certaines d'entre elles ont une rédaction ou un contenu analogue aux dispositions antérieurement déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel »¹⁴⁶⁷.

En outre, suite à une modification de rang constitutionnel, sur le même objet, des cas de couple de saisines, soit d'une loi ordinaire en parallèle d'une loi organique, se remarquent. Il s'agit en aucun cas de considérer des saisines couplées sur un plan formel. Le fondement de contrôle et l'autorité saisissante ne sont bien évidemment pas les mêmes. Ainsi, pour comprendre le phénomène, l'hypothèse a pu se vérifier dans le prolongement de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République qui a notamment refondu le titre XII de la Constitution sur les collectivités

¹⁴⁶³ Apparu avec : CC, n° 60-6 DC, 15/01/1960, *Rec.* 21, cons. unique.

¹⁴⁶⁴ CC, n° 61-16 DC, 22/12/1961, *Rec.* 24.

¹⁴⁶⁵ cf. *GDCC*, op. cit., n° 10, p. 145.

¹⁴⁶⁶ A. ROBLOT-TROIZIER, « Le changement des circonstances de droit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDA*, n° 4, 2006, p. 788.

¹⁴⁶⁷ CC, n° 99-410 DC, 15/03/1999, *Rec.* 51, cons. 4 ; n° 2004-490 DC, 12/02/2004, *Rec.* 41, cons. 9.

territoriales. En particulier, l'un des effets les plus notables de la révision est la diversification des statuts de l'outre-mer, vers la voie du renforcement de l'autonomie des territoires en exprimant le souhait¹⁴⁶⁸. C'est dans celle du nouvel article 74 de la Constitution qu'a été adoptée l'évolution du statut de la Polynésie française. Ladite disposition prévoit que le « statut est défini par une loi organique » dont le domaine d'attribution se voit détaillé par la source constitutionnelle formelle tandis que « les autres modalités de l'organisation particulière des collectivités relevant [de l'article 74] sont définies et modifiées par la loi ». Pour l'exemple envisagé, « adoptées définitivement le 29 janvier 2004, la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française et la loi ordinaire complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française constituent ensemble le troisième statut donné en vingt ans par le Parlement à cette collectivité d'outre-mer ». Saisi deux fois en l'espèce, les causes juridiques ne sauraient faire l'objet de jonction mais l'étendue de l'objet du procès constitutionnel fait au statut de la Polynésie se dégage difficilement du rapport de complément entre la loi organique et la loi ordinaire, renforcé par la simultanéité d'adoption. Plus encore en faveur de cette direction d'analyse, selon le propre rapport du secrétaire général du Conseil constitutionnel, « la connaissance simultanée des deux lois est de bonne méthode, puisqu'elle permet un examen concomitant de questions connexes mais réparties entre deux textes »¹⁴⁶⁹, certainement appuyé dans son instruction par les arguments de la saisine parlementaire.

Cantonné au droit constitutionnel de la décentralisation territoriale en considérant la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, ce type d'hypothèse devait connaître d'autres occurrences en ce sens que « la révision du 23 juillet 2008 a singulièrement augmenté le nombre de lois organiques auxquelles renvoie la Constitution, élargissant du même coup le champ d'intervention obligatoire du Conseil »¹⁴⁷⁰ et les zones de rapports¹⁴⁷¹ possibles entre celui-ci et le champ de compétence facultative. Or, la circulation du débat juridique se heurte au principe de stricte indépendance des recours.

¹⁴⁶⁸ Comme en dispose l'article 72-4 de la Constitution, « aucun changement, pour tout ou partie de l'une des collectivités mentionnées au deuxième alinéa de l'article 72-3 [Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion, Mayotte, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon, îles Wallis et Futuna, Polynésie française], de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74, ne peut intervenir sans que le consentement des électeurs de la collectivité ou de la partie de la collectivité intéressée ait été préalablement recueilli... ».

¹⁴⁶⁹ J.-E. SCHOETTL, « Un nouveau statut pour la Polynésie française après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 (Analyse des décisions du Conseil constitutionnel du 12 février 2004) », *RFDA*, n° 2, 2004, p. 248.

¹⁴⁷⁰ V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 237.

¹⁴⁷¹ Par exemple, autour de l'application de l'article 25 de la Constitution (statut des parlementaires et découpage électoral) : CC, n° 2008-572 DC et n° 2008-573 DC, 08/01/2009, publ. *JO*, 14/01/2009, p. 723 et p. 724 ; réforme de l'audiovisuel public (CC, n° 2009-576 DC et n° 2009-577 DC, 03/03/2009, publ. *JO*, 07/03/2009, p. 4436) en lien avec la réforme générale et l'extension du pouvoir de nomination du Président de la République (article 13, alinéa 5 nouveau, inséré par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008) : CC, n° 2010-609 DC et n° 2010-610 DC, 12/07/2010, publ. *JO*, 24/07/2010, p. 13369 et p. 13370.

Dans ce cadre, « le Conseil constitutionnel a été saisi, le 27 mars 2009, par le Premier ministre, conformément aux articles 46, alinéa 5, et 61, alinéa 1er, de la Constitution, de la loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution »¹⁴⁷². L'adoption de ce texte était consécutif à l'importante révision – en volume en tout cas – des articles de la Constitution opérée par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008. L'objet de la révision sur les articles susvisés revêtait un caractère sensible, particulièrement l'article 44 touchant aux conditions d'exercice du droit d'amendement des membres du Parlement. Il se met en place en la matière une hiérarchie normative assez particulière puisque la disposition constitutionnelle renvoie « aux règlements des assemblées, dans le cadre déterminé par une loi organique ». Sur un plan institutionnel, dans la configuration politique du moment, la revalorisation affichée du Parlement lors de l'adoption de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 devra se faire lors d'une discussion largement maîtrisée par le Gouvernement, prompt à imposer ses vues en accord avec une majorité parlementaire confortable. La polémique avec l'opposition fut particulièrement vive et estimant que la loi organique « porte directement atteinte au droit d'amendement des représentants de la Nation », « les députés socialistes souhaitent porter la contestation juridique de ce texte devant » la juridiction constitutionnelle, qualifiant leur initiative de « saisine [constituant] le recours des parlementaires de l'opposition pour tenter de faire respecter les principes, droits et libertés de valeur constitutionnelle et ainsi d'imposer à la majorité les limites résultant notre loi fondamentale ».

Cette initiative n'était pas inédite. A propos d'une « loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature », le Conseil constitutionnel avait pu enregistrer, le 23 janvier 1992, les lettres par lesquelles, d'une part, M Pierre Mazeaud, député, et, d'autre part, soixante-cinq députés, défèrent au Conseil la loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature ». Le considérant de principe fixe le strict principe selon lequel « pour les lois auxquelles la Constitution confère le caractère de lois organiques, la transmission obligatoire du texte au Conseil constitutionnel effectuée en application des dispositions précitées est exclusive de toute autre procédure ; qu'elle fait ainsi obstacle à ce que le Conseil constitutionnel puisse être saisi d'une loi organique sur le fondement du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution »¹⁴⁷³, à l'exception des dispositions qui peuvent être considérées comme relevant du domaine de la loi organique

¹⁴⁷² CC, n° 2009-579 DC, 09/04/2009, publ. *JO*, 16/04/2009, p. 6530.

¹⁴⁷³ CC, n° 92-305 DC, 21/02/1992, *Rec.* 27, cons. 2.

mais de celui de la loi ordinaire. En l'espèce, les demandes sont reconnues explicitement comme « irrecevables ».

Dans sa décision du 9 avril 2009, le juge constitutionnel reste fidèle à son interprétation littérale des articles constitutionnels (61, alinéa 1^{er} et 46, alinéa 5) et organique (article 17 de l'ordonnance du 7 novembre 1958), toutefois, « sans déclarer irrecevable – comme il l'avait fait dans sa décision du 21 février 1992 – cette lettre qu'il ne pouvait considérer comme une saisine, il a visé, d'une part, cette lettre et, d'autre part, les observations du Gouvernement reçues en réponse »¹⁴⁷⁴. Il semble désormais que ce visa soit installé en pratique dans le cadre de travail juridictionnel qui s'est forgé en matière de recours constitutionnel de type obligatoire, lorsqu'une « loi organique a fait l'objet de la part de plus de soixante députés d'observations »¹⁴⁷⁵ présentées devant le juge constitutionnel.

L'exemple de l'évolution marquée pour le contrôle des lois organiques rend significatif l'enrichissement, en termes de système processuel, du contrôle de constitutionnalité *a priori* des actes de nature législative. « La représentation qui s'impose désormais est celle de n'importe quel procès : d'un côté, les requérants qui exposent leurs griefs contre la loi soulèvent les moyens d'inconstitutionnalité et concluent à la censure ; de l'autre, le gouvernement qui répond, point par point, aux arguments de la saisine et demande au Conseil de rejeter le recours ; entre les deux, le Conseil (...) qui statue au vu de cet échange d'arguments »¹⁴⁷⁶.

Pour répondre à l'exigence du raisonnement juridique dans la façon de dire le droit, la logique du procès « contradictoire » s'impose comme le « terrain » par excellence du développement de l'image d'un standard argumentatif censée être réfléchi dans la réponse juridictionnelle. Sauf que l'acte décisionnel ne peut être nécessairement que l'aboutissement d'un processus préalable à sa délivrance. Dans la mesure du possible, il faut que « le principe du contradictoire, qui impose que chaque partie ait communication de l'ensemble des pièces du dossier, [soit] ainsi *mis en œuvre au stade de l'instruction* »¹⁴⁷⁷. La contrainte de la logique processuelle exige du régime de poursuite du recours un champ ouvert à l'argumentation ou, en termes de procédés contentieux, à l'échanges de conclusions sur les moyens à l'instance. Le référentiel de droit commun permet de comprendre une distinction entre le domaine de l'introduction d'instance, ou l'initial dans le procès, et celui de l'incident. L'article 4 du Code

¹⁴⁷⁴ CC, « Commentaire de la décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009 », CCC, n° 27, 2009 (source : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2009/2009-579-dc/commentaire-aux-cahiers.46506.html>).

¹⁴⁷⁵ cf. CC, n° 2010-616 DC, 10/11/2010, publ. *JO*, 16/11/2010, p. 20350.

¹⁴⁷⁶ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 86.

¹⁴⁷⁷ V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 85.

de procédure civile est figuratif d'une structure plus complexe qu'il n'y paraît. De ce texte, il semble bien ressortir le principe selon lequel « l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties », indissociable de son corollaire figurant en première phrase du second alinéa de l'article évoqué, énonçant que « ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense ». Le métalangage sur l'idée de « procès » analyse ici une part nécessairement subjective dans la définition de l'instance. « Le justiciable est celui qui demande justice à un juge » et au sein du système processuel, « sa présence se manifeste à travers l'exercice d'une action en justice et c'est donc comme partie à l'instance que le droit judiciaire a tendance à le saisir »¹⁴⁷⁸. Mais l'article 4 marque aussi une césure. « *Toutefois* l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant ».

D'une façon générale, les systèmes de justice admettent ce qu'il est convenu d'appeler une « extension du procès »¹⁴⁷⁹ par rapport à la dimension subjective précédemment évoqué du litige. En se référant au droit commun, le « lien » se dégage en tant que structure compréhensive du système de procès appréhendé. Il s'agit « de concevoir le procès comme un lien de droit, le lien d'instance, qui permet d'annuler, de modifier ou de créer un ou plusieurs autres liens de droit »¹⁴⁸⁰, soit la qualité juridique de « partie » dans le champ argumentatif du procès comme un « lien de parole » reconnu dans le système juridictionnel censé aboutir à la résolution de l'instance. Mais si la « prérogative processuelle qu'est l'action en justice » revêt le caractère irréductible d'un « véritable droit subjectif », l'analyse notionnelle sur le procès ne doit pas perdre de vue, par suite, que l'exercice dudit droit « donne alors naissance à une *situation juridique procédurale* dont les parties n'ont plus la maîtrise exclusive car elle met en scène le juge auquel il est demandé de rendre la justice en disant le droit »¹⁴⁸¹. Par conséquent, si la détermination du cadre de l'instance constitue un ressort de déploiement du pouvoir juridictionnel, d'autant plus important que le droit formel de la procédure est lâche sur ce point, la réponse attendue à un standard de la façon « de rendre la justice en disant le droit » par la médiation de l'acte motivé semble devoir imposer la liaison de l'instance comme contrainte de raisonnement du juge, d'autant plus au cas où la source formelle de l'habilitation de l'organe juridictionnel ne permet pas d'interpréter une quelconque norme de cet ordre.

¹⁴⁷⁸ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, 2010, pp. 713-714.

¹⁴⁷⁹ cf. O. GOHIN, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 237.

¹⁴⁸⁰ E. JEULAND, *Droit processuel. Une science de la reconstruction des liens de droit*, LGDJ, 2007, pp. 4-5.

¹⁴⁸¹ L. CADIET et al., *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 375.

§ 2 – La liaison de l’instance dans le raisonnement du juge

Pour reprendre le philosophe Chaïm Perelman, « les pages qui précèdent ont suffisamment attiré l’attention sur le fait que le raisonnement judiciaire vise à dégager et à justifier la solution autorisée d’une controverse, dans laquelle des argumentations en sens divers, menées conformément à des procédures imposées, cherchent à faire valoir, dans des situations variées, une valeur ou un compromis entre valeurs, qui puisse être accepté dans un milieu et à un moment donnés »¹⁴⁸². Dans l’horizon d’acceptabilité en termes de raison de l’idée d’un pouvoir reconnu au juge, qui s’en tient au caractère raisonnable du rapport entre « logique juridique » et « argumentation » comme éthique du travail juridictionnel, il s’agit de vérifier l’hypothèse selon laquelle la liaison de l’instance représente, dans la structure même de la fonction juridictionnelle et quels que soient les cadres procéduraux, une sorte de contrainte d’optimisation de sens conféré à son propre office, directement liée à l’obligation de motivation de la décision qui existe, pour ce qui concerne le contrôle de la constitutionnalité des lois, dans le champ d’application de l’article 61 et dans celui de l’article 61-1 de la Constitution ; quoique, suivant cette optique, il faille opérer une distinction de principe entre le contrôle *a priori* de la loi et la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. Celle-ci est précisément liée dans sa définition à « une disposition législative » et dans son régime de « transmission » aux juridictions suprêmes et/ou de « renvoi » au Conseil constitutionnel à ce qu’elle soit « applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ». Le contrôle de la recevabilité doit s’entendre *stricto sensu* sur cet élément.

Mais la plénitude de compétence sur l’acte législatif qui spécifie la saisine par voie d’action fondée sur l’article 61 précité fait que l’acteur juridictionnel « devait se déterminer entre deux solutions extrêmes »¹⁴⁸³. Soit il considérait de façon stricte la typologie d’« ordre public par nature »¹⁴⁸⁴ du contentieux constitutionnel de la loi en ne s’estimant jamais lié par une quelconque saisine argumentée ; ou, bien qu’en se reconnaissant juridiquement saisi de la totalité des dispositions de la loi, rien n’interdit que son interprétation des données de l’instance – majeure et mineure du raisonnement – puisse prendre en compte les arguments présentés dans le mémoire transmis par les requérants, en vue notamment de « traduire dans sa décision la réalité de l’examen auquel il a procédé »¹⁴⁸⁵. Nous en revenons donc à une idée

¹⁴⁸² C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2^{ème} éd., Dalloz 1979 (fac-similé 1999), p. 135.

¹⁴⁸³ J.-P. LEBRETON, « Les particularités de la juridiction constitutionnelle », *RDP*, 1983, p. 427.

¹⁴⁸⁴ G. DRAGO, « Le contentieux constitutionnel des lois, contentieux d’ordre public par nature », *op. cit.*, p. 9.

¹⁴⁸⁵ B. GENEVOIS, intervention, in *Conseil constitutionnel et Conseil d’Etat*, *op. cit.*, p. 123.

de communication juridictionnelle par le biais de la motivation attendue, par l'auditoire intéressé, de l'acte décisionnel. Au regard de cette spécificité de l'exercice de la fonction juridictionnelle, « il nous semble que le crédit accordé à la juridiction constitutionnelle dépend essentiellement du respect des règles de procédure élémentaire et de la qualité des décisions qu'elle rend »¹⁴⁸⁶.

Cependant, en règle générale, il ne faut pas se tromper sur le sens du lien processuel d'instance. Même dans une approche globale de droit commun, il apparaît que « l'instance n'est pas seulement cette préparation passablement formaliste de la décision du juge ; elle est aussi une situation juridique originale, un dialogue rituel à deux personnages ou plus : un demandeur, le plus souvent un défendeur et, *toujours, le juge* »¹⁴⁸⁷. Le sens de l'action en justice porte aussi sur celui du rôle du juge dans et sur l'instance. « En faisant une demande, le requérant donne aussi le pouvoir au tiers désintéressé de répondre à sa demande, (...) en donnant un certain rythme au procès »¹⁴⁸⁸.

Il est clair que le rythme est une donnée importante du procès constitutionnel. La réponse juridictionnelle en la matière est soumise à une condition de délai¹⁴⁸⁹. Sur ce point, même si la distinction précitée entre les types de contrôles est opérationnelle quant à la durée imposée de ce délai de réponse, le principe systémique paraît indéniablement celui de la célérité quant au rendu de la justice constitutionnelle. Pour ceux qui y ont été confrontés, le délai marque le contexte des conditions de travail devant la juridiction constitutionnelle. Dans l'organisation procédurale qui s'est mise en place, le corollaire sur « la répartition des rôles processuels » est que celle-ci semble répondre à un modèle inquisitoire ou en tout cas, de type inquisitorial, en stipulant de la distinction doctrinale « classique » avec une procédure de type accusatoire. Au-delà d'un discours nuancé qui « seul () permet d'en faire un usage utile »¹⁴⁹⁰, le caractère opératoire de la séparation des modèles processuels réside dans la valeur explicative d'une certaine différence de degré¹⁴⁹¹ au niveau de la maîtrise par le juge de l'instruction du recours qui mène à la structuration de la décision. Là réside la spécificité du recours en inconstitutionnalité de la loi, en ce sens que l'exercice du pouvoir juridictionnel doit trouver l'équilibre dans la conciliation imposée par l'obligation de motiver sa décision

¹⁴⁸⁶ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « La légitimité du Conseil constitutionnel : une question de procédure ? », *RBDC*, n° 3, 1999, p. 325.

¹⁴⁸⁷ L. CADIET et al., *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 374.

¹⁴⁸⁸ E. JEULAND, *Droit processuel*, op. cit., p. 244.

¹⁴⁸⁹ cf. article 61, alinéa 3 de la Constitution et article 23-10 nouveau de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹⁴⁹⁰ S. DAËL, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 146.

¹⁴⁹¹ cf. E. JEULAND, op. cit., p. 244.

entre la maîtrise entière sur la formulation de la question de droit (A) et le caractère contentieux du raisonnement censé être rendu dans la formation de l'acte décisionnel (B).

A) La formulation de la question de constitutionnalité

Suivant une théorie générale du procès, « le lien juridique d'instance doit être appréhendé à travers ses éléments constitutifs, c'est-à-dire ses sujets : les justiciables parties à l'instance, et son objet : la chose en jugement, la matière litigieuse »¹⁴⁹². Par rapport à ce type de définition, il est largement admis que le recours constitutionnel est un procès sans parties. « La notion de parties, au sens contentieux du terme, est mal adaptée, s'agissant des requérants en contentieux constitutionnel des lois, ce qui supposerait l'existence de prétentions opposées défendues par une partie comme une autre »¹⁴⁹³. Là-dessus, l'interrogation « logique » du doyen Vedel sur l'excès de pouvoir législatif « pourrait rendre un son provocant : "la contradiction à quoi ? La défense de qui ?" »¹⁴⁹⁴.

En rapport avec la portée « large » de la saisine de l'organe juridictionnel, « la seule demande opérante des saisissants tend à provoquer un examen de la loi »¹⁴⁹⁵ et/ou de la disposition législative en vigueur susceptible de faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. « Le contentieux une fois ouvert par la saisine, il se détache des saisissants, par son caractère de contentieux objectif destiné à trancher des questions de droit constitutionnel et aucunement des questions de fait. La défense par une partie de ses prétentions n'a pas alors vraiment de sens »¹⁴⁹⁶. En d'autres termes, pour le juge, « sa seule saisine le met en état de statuer sans qu'il soit besoin de procéder à une instruction contradictoire »¹⁴⁹⁷. Le caractère juridictionnel de l'office ainsi mis en œuvre se trouve alors mis à mal. Cette conclusion « serait en fait intolérable si elle ne recevait le secours d'une autre réponse dont le rapprochement avec la première emprunte au surréalisme : l'absence d'une procédure organisée d'information et de contradiction a pour effet d'ouvrir une information et une contradiction que l'on dirait illimitées si elles ne devaient s'inscrire dans le temps assez bref imparti au Conseil pour statuer »¹⁴⁹⁸.

¹⁴⁹² L. CADIET et al., *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 714.

¹⁴⁹³ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 362.

¹⁴⁹⁴ G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », op. cit., p. 61.

¹⁴⁹⁵ G. VEDEL, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 543.

¹⁴⁹⁶ G. DRAGO, op. cit., p. 362.

¹⁴⁹⁷ D. LABETOUILLE, « Les méthodes de travail au Conseil d'Etat et au Conseil constitutionnel », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, op. cit., p. 250.

¹⁴⁹⁸ G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », op. cit., p. 61.

En recours constitutionnel, si la matière (1) l'emporte sur les parties, la formation de l'instance-objet de la décision de constitutionnalité n'exclut pas les éléments subjectifs d'une intervention admise ou sollicitée lors de l'instruction (2).

1. L'élément objectif du raisonnement : la matière constitutionnelle

La structure du métalangage processuel semble devoir se fonder sur ce que « le juge doit répondre à ce qui est demandé par les parties, l'objet du litige, et statuer sur le fondement de la prétention dont il est saisi, c'est-à-dire sa cause. Ces deux éléments, ce qu'on demande et pourquoi on le demande (...) peuvent, cependant se confondre »¹⁴⁹⁹, certains auteurs n'hésitant pas alors à évoquer un principe général de « primauté du juge en matière de droit »¹⁵⁰⁰ parce que c'est de là que provient l'élément de distanciation impliqué par le lien juridique de caractère processuel mettant en scène et faisant intervenir le tiers-juge. Celui-ci doit, « dans chaque affaire et autant que possible, tendre à consacrer dans les meilleurs délais la solution la plus juste, au regard du droit objectivement applicable et conformément aux exigences de l'intérêt général qui, même dans les causes privées, ne saurait être méconnu. C'est là, finalement, que se situe désormais le fondement commun de l'office des juges »¹⁵⁰¹ et l'autonomie de « la fonction qui consiste à dire le droit »¹⁵⁰².

Dans la détermination du rapport d'instance, le droit applicable relève du domaine « de l'étant, du donné », soit « le point de départ de la démonstration juridique : l'état de la règle de droit. L'opération intellectuelle qui la précède est celle de la recherche de la norme qui est sélectionnée au sein du bloc normatif de référence »¹⁵⁰³. Dans l'évolution de la logique contemporaine du procès, « le droit est l'apanage du juge »¹⁵⁰⁴, quelle que soit la procédure particulière en cause »¹⁵⁰⁵. Ceci est d'autant plus vérifié concernant l'idée de « procès constitutionnel » qui « n'est pas simplement le théâtre d'un affrontement où chaque acteur a le choix du terrain et des armes (...), il est avant tout le lieu où s'élabore un contrôle objectif de la constitutionnalité des normes, c'est-à-dire la mission tutélaire d'une juridiction dont l'effet

¹⁴⁹⁹ L. CADIET et al., *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 752.

¹⁵⁰⁰ cf. E. JEULAND, *Droit processuel*, op. cit., p. 243.

¹⁵⁰¹ R. CHAPUS, « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE*, n° 29, 1978, p. 11.

¹⁵⁰² cf. D. d'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle. Dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, 1994, p. XXI.

¹⁵⁰³ J.-M. BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, op. cit., p. 29.

¹⁵⁰⁴ repr. H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973, p. 200.

¹⁵⁰⁵ L. CADIET et al., op. cit., p. 761.

des décisions se prolonge bien au-delà du cercle étroit des plaideurs »¹⁵⁰⁶. Le cas échéant, l'éventuelle purge de l'inconstitutionnalité d'origine législative que pourrait receler l'ordonnement juridique induit la maîtrise par le juge constitutionnel de la « question » correspondante, en termes de moyen juridique, qui lui est posée dans le cadre procédural approprié. Formulé autrement, « le juge constitutionnel peut redéfinir l'objet d'une demande. Il ne s'estime pas lié par les termes de la requête, qu'elle émane d'un simple particulier, d'un organe institutionnel ou d'un juge *a quo*. Les juridictions constitutionnelles ne peuvent se laisser détourner de leur mission par les parties, dont les conclusions ne sauraient limiter la portée du contrôle de constitutionnalité. La défense de la Constitution commande une attitude volontaire »¹⁵⁰⁷.

En réalité, il s'avère d'une façon générale qu'en droit processuel, par l'opération d'application du droit, « l'office du juge y montre un visage singulier car son positionnement vis-à-vis des parties n'est pas le même. Le juge y est plus actif, voire invasif »¹⁵⁰⁸. Même le modèle du procès civil ne résiste pas à l'analyse. Selon les deux premiers alinéas de l'article 12 du Code de procédure civile, « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». Il s'agit en quelque sorte du corollaire de la mise en distanciation des parties, énigmatique¹⁵⁰⁹ mais nécessaire, en application du lien de droit créé par le procès. « On peut comprendre dès lors qu'appliquer le droit appartienne en propre au juge, car il reflète dans sa position de miroir des parties le comportement qu'il convient d'avoir »¹⁵¹⁰.

Cette réflexivité de la fonction juridictionnelle se marque encore plus nettement en matière administrative. La « doctrine n'a pas manqué de souligner la liberté du juge administratif vis-à-vis des conclusions des parties. Ce dernier est en effet souvent amené à préciser l'illégalité qui, de manière confuse ou implicite, est mise en cause par le requérant »¹⁵¹¹. Plus encore, certains auteurs ont pu établir que les cas d'« *ultra petita* » concernent l'ensemble de la « procédure contentieuse administrative », « pouvoirs de pleine juridiction »¹⁵¹² compris, même si la pratique semble plus favorable en excès de pouvoir

¹⁵⁰⁶ T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruylant, 2010, p. 199.

¹⁵⁰⁷ T. SANTOLINI, *op. cit.*, p. 205.

¹⁵⁰⁸ L. CADIET *et al.*, *op. cit.*, p. 761.

¹⁵⁰⁹ cf. E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », *RTDC*, n° 3, 2003, p. 455 et s.

¹⁵¹⁰ E. JEULAND, *Droit processuel*, *op. cit.*, p. 243.

¹⁵¹¹ M. SAUSSEREAU, « La cause de la demande a-t-elle encore une place en contentieux administratif? L'apport de la procédure civile à la réflexion », *RDP*, n° 2, 2003, p. 637.

¹⁵¹² J. M. AUBY, « L'"ultra petita" dans la procédure contentieuse administrative », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, t. II, LGDJ, 1974, spéc. pp. 277-282.

qu'en plein contentieux où « elle portera presque exclusivement sur la cause juridique de la demande et le juge ne s'autorisera que rarement une extension de l'objet ou une substitution de décision attaquée. (...) En excès de pouvoir, la légalité est en jeu. Cette "fiction" d'un demandeur gardien de la légalité est toujours bien vivante »¹⁵¹³. Cependant, bien que la « fiction » y apparaisse toute autre en ce sens que « le rôle des parties au litige dans la définition des droits subjectifs qu'ils veulent se voir reconnaître est plus important », le moyen de droit n'est pas exclusif du plein contentieux. Ainsi, « dans tous [les] cas les moyens d'ordre public permettent de sanctionner d'office toute atteinte aux règles de compétence. C'est la fonction fondamentale des moyens d'ordre public dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir et l'on comprend qu'elle existe aussi en plein contentieux »¹⁵¹⁴.

Dans la construction du discours sur le lien processuel constitutionnel, le recours d'ordre comparatiste à la procédure civile et au constat de l'application de l'« *ultra petita* » dans les branches conçues comme séparées du contentieux administratif permet d'altérer quelque peu la distinction entre l'objet et la cause de l'instance selon l'appréhension de l'exercice des régimes contentieux. Mais « cette distinction n'en a pas moins le mérite d'être didactique en ce qu'elle permet d'étudier clairement l'office respectif des parties et du juge dans le procès »¹⁵¹⁵, du point de vue de la détermination du litige. Le langage processuel de caractère commun ne peut qu'envisager de façon subséquente la possibilité de « deux solutions », soit « la maîtrise des parties – on parle alors de principe dispositif, le corollaire étant la neutralité du juge – et la maîtrise du juge, à laquelle nous aimerions réserver le terme de principe inquisitoire »¹⁵¹⁶.

L'altération évoquée ci-dessus provient de ce que le principe inquisitoire acquiert une certaine autonomie dans l'application du droit. Comme le soulignent les écrits précurseurs du professeur Henri Motulsky dans le champ du droit processuel, « on dit souvent qu'il y a là interférence de l'aspect de service public. Nous préférons une conception moins technocratique, qui se réfère à la justice en tant qu'idée. La valeur de Justice comme telle doit être assurée par la Justice-organisation. Le procès ne peut être un match sportif, où le juge se contente de compter les points »¹⁵¹⁷. Suivant cette perspective, la conception du lien d'instance, né « par la demande initiale et la saisine », se fait selon un principe d'« adhésion à

¹⁵¹³ C. DEBBASCH, « L'interprétation par le juge administratif de la demande des parties », *JCP, G.*, 1982, I, 3085.17.

¹⁵¹⁴ J.-P. JACQUE, « Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 237.

¹⁵¹⁵ L. CADIET et al., *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 752.

¹⁵¹⁶ H. MOTULSKY, *Droit processuel*, op. cit., p. 196.

¹⁵¹⁷ H. MOTULSKY, op. cit., p. 43.

un mode étatique de résolution des litiges » dont le fonctionnement « suppose seulement la reconnaissance de la qualité procédurale de l'autre »¹⁵¹⁸ et en particulier, l'objet de la fonction juridictionnelle. De ce point de vue alors, la concrétisation du principe ne semble pouvoir se réaliser que par la promotion d'un rapport processuel admettant que « si les parties peuvent proposer le droit applicable, la question aujourd'hui posée est celle des pouvoirs du juge de relever d'office la règle de droit applicable »¹⁵¹⁹.

Dans sa thèse, Thierry Santolini a démontré, parce que la structuration contemporaine du concept de « procès » le constitue comme « décision tutélaire d'une puissance supérieure qui nourrit des finalités se situant au-delà des intérêts de chacune des parties »¹⁵²⁰, que « la distance qui sépare les contentieux subjectifs et objectifs tend, sinon à effacer, du moins à se réduire, et la maîtrise de la matière litigieuse par le juge constitutionnel apparaît moins atypique. En effet, si le procès civil¹⁵²¹, contentieux subjectif par excellence, connaît une telle pratique comment s'étonner de la rencontrer dans le procès constitutionnel »¹⁵²² ?

De façon irréductible, « les parties ont néanmoins un rôle »¹⁵²³ dans la construction de l'acte juridictionnel ; en témoigne le fait que « dans les pays où rien de semblable n'avait été prévu, c'est le juge constitutionnel qui a, lui-même, introduit cet aspect processuel en permettant qu'un défendeur vienne répliquer à la requête du demandeur favorisant ainsi le développement d'un débat contradictoire »¹⁵²⁴. Le degré particulièrement élevé d'objectivité du contentieux en tant que « règle générale » de conceptualisation du procès constitutionnel « ne s'applique que si elle n'est pas inconciliable avec l'organisation ou les caractères de la juridiction en cause »¹⁵²⁵. Nous en revenons alors à la définition, ici la reconnaissance par les acteurs du système processuel, de l'acte juridictionnel. Celle-ci semble devoir s'opérer par la mise en exergue d'un caractère spécifique au sein d'un rapport d'instance. Il s'agit donc d'une définition par le rôle, plus juridiquement par l'objet, « liant l'autonomie de l'acte à celle de la fonction »¹⁵²⁶. Les travaux de Dominique d'Ambra sur la question ont fort justement permis

¹⁵¹⁸ E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », op. cit., p. 473.

¹⁵¹⁹ L. CADIET et al., *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 765.

¹⁵²⁰ R. MARTIN, *Théorie générale du procès (Droit processuel)*, Ed. juridiques et techniques, 1984, p. 116.

¹⁵²¹ cf. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2009, p. 616 : « de nos jours, le recul d'un certain libéralisme judiciaire a mieux révélé que la procédure civile est en grande partie matière de droit public, puisqu'il s'agit, le plus souvent, d'un recours des particuliers au juge, chargé de dire le droit en vue de satisfaire des finalités d'ordre, de progrès et de justice. L'évolution de la procédure civile a donc conduit, surtout depuis une vingtaine d'années, à accroître le rôle du juge dans le procès civil et à abandonner le plus souvent la référence au principe de neutralité, c'est-à-dire, plutôt, de la passivité du juge ».

¹⁵²² T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruylant, 2010, p. 202.

¹⁵²³ E. JEULAND, *Droit processuel*, op. cit., p. 243.

¹⁵²⁴ T. SANTOLINI, op. cit., p. 14.

¹⁵²⁵ cf. J. M. AUBY, « L'"ultra petita" dans la procédure contentieuse administrative », op. cit., p. 277.

¹⁵²⁶ D. d'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle. Dire le droit et trancher les litiges*, op. cit., p. XX.

de souligner, dans la lignée d'une « méthode réaliste »¹⁵²⁷, que « l'objet propre de la fonction juridictionnelle paraît résider dans la fonction qui est de trancher les litiges »¹⁵²⁸ par la formation d'une instance dont le standard processuel présuppose l'échange organisé d'arguments. « Or c'est bien ce que [permet] le lien d'instance en attribuant une position à chacun : juge, défenseur, intervenant »¹⁵²⁹.

2. La prise en compte d'éléments subjectifs au cours de l'instance

A partir d'« expériences de justice constitutionnelle suffisamment significatives pour former un modèle représentatif de l'ensemble des juridictions constitutionnelles », les recherches comparatistes sur le procès constitutionnel rendent certes d'abord possible l'établissement du principe selon lequel « il n'existe pas de réelle incompatibilité entre la notion de partie et le contentieux de constitutionnalité », quel que soit son degré élevé d'objectivité, et par là, mettent néanmoins en exergue certains traits du modèle national. « Le caractère objectif du contentieux constitutionnel n'interdit, en effet, nullement qu'une place soit laissée à un certain degré de contradiction »¹⁵³⁰ et d'ailleurs « en France, ni les spécificités du contrôle *a priori* ni l'absence de prescriptions textuelles n'ont empêché l'apparition et le développement d'un débat contradictoire »¹⁵³¹. Pour les acteurs, ce fut une question d'affirmation et de légitimité juridictionnelles. « S'agissant du fonctionnement interne du Conseil, Robert Badinter y a transposé sa conviction selon laquelle, dans le droit, tout naît du contradictoire : l'autorité de la règle juridique ne s'impose que lorsque ses avantages et inconvénients ont été soigneusement pesés »¹⁵³².

Le processus décisionnel doit s'imposer comme celui d'une « opération de logique juridique »¹⁵³³ propre au pouvoir juridictionnel ; c'est-à-dire que « ce qui fait qu'un juge est un juge et qu'un tribunal est un tribunal n'est pas le fait qu'il ne crée pas le droit (et qu'il ait en conséquence un rôle passif quant au fond du droit), mais c'est le rôle (..) qu'il a sur le plan de la procédure, c'est-à-dire le fait qu'il existe un lien entre sa décision et des litiges concrets (*cases ans controversies*) et donc avec des personnes qui sont parties à de tels litiges »¹⁵³⁴. Ici

¹⁵²⁷ Par exemple : M. HAURIOU, « Les éléments du contentieux », *RALT*, 1905, p. 1 et s., cf. part. pp. 2-4.

¹⁵²⁸ D. d'AMBRA, op. cit., p. XXI et p. 303 et s.

¹⁵²⁹ E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », op. cit., p. 473.

¹⁵³⁰ cf. C. SEVERINO, « La réglementation de l'instruction devant le Conseil constitutionnel », *AJJC*, n° 17, 2001, p. 89.

¹⁵³¹ T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, op. cit., p. 267.

¹⁵³² P. CASSIA, *Robert Badinter. Un juriste en politique*, op. cit., p. 398.

¹⁵³³ cf. G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », op. cit., p. 59.

¹⁵³⁴ M. CAPPELLETTI, in *Le pouvoir des juges*, op. cit., p. 70.

donc, « la genèse de l'acte juridictionnel », soit « le passage de l'opposition d'intérêts et de prétentions qui constitue la contestation, à l'organisation du débat juridictionnel qui est destiné à le résoudre, pose le problème de la liaison du contentieux »¹⁵³⁵. Il se met en place une sorte de rapport circulaire. « La liaison du contentieux doit être examinée, non pour elle-même, mais comme une étape conduisant à la naissance d'un tel acte »¹⁵³⁶ pouvant être catégorisé par un qualificatif juridictionnel.

La liaison du contentieux provient donc du litige, « notion systématiquement placée au centre de la définition du contentieux »¹⁵³⁷ dont le règlement juridictionnel est censé rejoindre la catégorie du procès. « Les acteurs traditionnels du débat contradictoire que sont le demandeur et le défendeur remplissent leur fonction dans le respect de la logique processuelle qui réclame un litige entre parties adverses »¹⁵³⁸ et quelle que soit l'originalité de la situation contentieuse liée à « la sanction d'un acte », il doit être « possible d'affirmer pareillement que la question de la constitutionnalité d'une loi, lorsque le Conseil constitutionnel en est saisi, est aussi objet de litige selon une procédure réglée, ce qui caractérise bien l'existence d'un procès constitutionnel »¹⁵³⁹ permettant « l'échange d'arguments pour ou contre la constitutionnalité de la loi. (...) un contradictoire de ce type a progressivement été mis en place devant le juge constitutionnel français, à travers un échange entre les requérants d'un côté et le Secrétariat Général du Gouvernement de l'autre »¹⁵⁴⁰. Ce schéma empiriquement dégagé pour le contrôle *a priori* s'est reproduit en application des textes organisant l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité.

Devant la juridiction constitutionnelle, les services du Premier ministre assurent la défense de la loi. « Les témoignages recueillis auprès du Conseil ainsi que la lecture, désormais possible, des observations du gouvernement, indiquent que le Secrétariat général joue son rôle avec une grande conscience et une totale impartialité. C'est bien un débat juridique qui est porté devant le Conseil, et non pas une défense politique de la loi »¹⁵⁴¹. A cet effet, une circulaire du 30 janvier 1997¹⁵⁴² relative aux règles d'élaboration, de signature et de publication des textes au Journal officiel et à la mise en œuvre de procédures particulières

¹⁵³⁵ P. HEBRAUD, « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux », *RALT*, 1949, p. 131.

¹⁵³⁶ J. JUGAULT, *De la liaison du contentieux. Essai sur la genèse de l'acte juridictionnel*, thèse (dact.), Rennes, 1969, p. 2.

¹⁵³⁷ O. GOHIN, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 247.

¹⁵³⁸ T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, op. cit., p. 269.

¹⁵³⁹ L. CADIET et al., *Théorie générale du procès*, op. cit., pp. 296-297.

¹⁵⁴⁰ C. SEVERINO, « La réglementation de l'instruction devant le Conseil constitutionnel », op. cit., pp. 89-90.

¹⁵⁴¹ M. VERPEAUX, « La procédure contradictoire et le juge constitutionnel », *RFDA*, 2001, p. 339 et s. (source : base *Dalloz.fr*).

¹⁵⁴² publ. *JO*, n° 27, 01/02/1997, p. 1720.

incombant au Premier ministre rappelle bien, dans une rubrique consacrée au « contrôle du Conseil constitutionnel », que « le secrétariat général du Gouvernement est chargé de mettre en forme les observations du Gouvernement sur les recours. A cette fin, une ou plusieurs réunions sont organisées par ses soins avec l'ensemble des administrations concernées dès réception du recours. Les ministères intéressés doivent faire parvenir au plus tôt au secrétariat général du Gouvernement *les éléments de droit et de fait* susceptibles d'alimenter ces observations ». Le sérieux juridique de ce travail doit d'autant plus être assuré qu'il est précisé dans l'orientation des services que « les observations du Gouvernement sur un recours devant le Conseil constitutionnel, comme les saisines, sont publiées au Journal officiel ».

La consolidation de cette compétence à la charge de l'administration gouvernementale trouve son origine dans un déclinatoire des autorités parlementaires sollicitées afin que « le membre du Conseil constitutionnel désigné comme rapporteur de la décision en cours d'élaboration "puisse prendre l'attache tant du rapporteur de la commission qui, dans chaque Assemblée, a été saisie du fond du texte de la loi, que d'un représentant des auteurs du texte de la saisine afin qu'ils puissent éventuellement communiquer toutes observations complémentaires qu'ils jugeront utiles à l'appui du rapport ou de la saisine" »¹⁵⁴³.

A l'issue de son expérience de membre du Conseil constitutionnel, la sociologue Dominique Schnapper témoigne également qu'il serait « souhaitable que les parlementaires qui ont été rapporteurs de la loi soient entendus »¹⁵⁴⁴, de par leur examen au fond normalement approfondi du texte contesté durant le processus parlementaire. Autre acteur privilégié, le doyen Vedel constate que le « défendeur » législatif de la loi est demeuré introuvable, en ce que « malgré les suggestions faites par Robert Badinter au lendemain de sa nomination comme président, les présidents des assemblées n'ont pas cru pouvoir représenter ensemble ou séparément un législateur partagé entre majorité et minorité ni penser que ce rôle pourrait être tenu par les rapporteurs des lois contestées »¹⁵⁴⁵, ladite fonction étant strictement liée au vote de la loi et non à sa défense¹⁵⁴⁶. Finalement, la défense gouvernementale

¹⁵⁴³ cit. P. CASSIA, *Robert Badinter. Un juriste en politique*, op. cit., p. 430 ; référence aussi à cette lettre du 5 juin 1986 adressée aux présidents des Assemblées, cf. R. BADINTER, « Une longue marche. "Du Conseil à la Cour constitutionnelle" », CCC, n° 25, 2008, p. 7.

¹⁵⁴⁴ D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 128.

¹⁵⁴⁵ G. VEDEL, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, op. cit., p. 547.

¹⁵⁴⁶ cf. M. VERPEAUX, « La procédure contradictoire et le juge constitutionnel », op. cit., rappelant que le « motif invoqué » à l'époque par MM. Chaban-Delmas et Poher « était que le rapporteur de la Commission parlementaire n'avait pas compétence pour s'exprimer au nom de l'assemblée et pour défendre un texte adopté – ou rejeté comme c'est parfois le cas pour le Sénat –, et que ses attributions prenaient fin avec le vote du texte ».

organisée lors de la réunion¹⁵⁴⁷ ou de la « rencontre » – pour souligner sa simple qualité informelle au niveau processuel – organisée à cet effet au Conseil constitutionnel peut « se justifier par le fait que les lois votées au parlement sont, pour 90 % d’entre elles, issues d’un projet du gouvernement et non de la proposition d’un parlementaire »¹⁵⁴⁸, quoiqu’il faudrait distinguer plus précisément entre le projet gouvernemental proprement dit et par exemple, ce qui trouve son origine dans des « amendements parlementaires ». Mais nous pouvons témoigner que « les fonctionnaires qui ont élaboré la loi » se prêtent au jeu et que la dimension technocratique de cette audition permet sans doute, en l’espèce, le caractère assez libre et parfois vif des échanges qui peuvent se tenir entre le conseiller-rapporteur, les membres présents, éventuellement le secrétaire général du Conseil, et les « juristes en provenance de Matignon et des experts des ministères intéressés »¹⁵⁴⁹ par la loi discutée. A ce propos, les argumentaires présentés, de façon systématique pour le moment, lors de l’audience prévue par la loi organique du 10 décembre 2009 pour signifier la clôture de l’instruction des questions prioritaires de constitutionnalité et leur mise en délibéré, sont une nouvelle illustration de cet investissement qualitatif.

Néanmoins, au-delà du cadre strict et indivisible de la saisine, le déclinatoire des autorités parlementaires à être « parties » au procès constitutionnel « n’a pas empêché () que se poursuivent les contacts et échanges informels entre le Conseil et les assemblées ; et surtout, elle n’a pas empêché que... dix-huit ans plus tard le Conseil accepte d’auditionner les parlementaires-requérants »¹⁵⁵⁰ lors du recours à l’encontre d’un projet de loi de 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité dit « Perben II » et nous savons que l’expérience a été renouvelée pour d’autres textes emblématiques. Par ailleurs, dans le cadre du contrôle *a priori*, le Conseil n’hésite plus à solliciter l’expertise¹⁵⁵¹, technique, juridique – souvent celle des professeurs de droit –, voire scientifique pour enrichir son analyse. En outre, le doyen Vedel a mis au jour la voie de la « porte étroite »¹⁵⁵², soit une « voie d’accès informelle au prétoire constitutionnel qui apparaît comme une transposition, en France, de la pratique de l’*amicus curiae* »¹⁵⁵³ pour signifier un lien avec la société civile.

¹⁵⁴⁷ O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines », in *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica – PUAM, 1995, p. 81 et s. (disponible : www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/procedure.pdf).

¹⁵⁴⁸ D. SCHNAPPER, *op. cit.*, p. 128.

¹⁵⁴⁹ G. VEDEL, *op. cit.*, p. 547.

¹⁵⁵⁰ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 86.

¹⁵⁵¹ cf. *supra*, 1^{ère} partie, titre II, chap. 2.

¹⁵⁵² G. VEDEL, « L’accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite », *La vie judiciaire*, 11-17/03/1991, p. 1.

¹⁵⁵³ V. MASSIEU, « Les Amis du Conseil constitutionnel », in *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 177.

Tout ceci vient rappeler la nécessité d'un statut du tiers au procès constitutionnel qui désignera la qualité des personnes-« tiers au litige en quelque sorte, mais () cependant mêlés à l'instruction de l'affaire »¹⁵⁵⁴. Le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité devrait pouvoir amorcer une évolution sur ce point. En application de l'article 61-1 de la Constitution, l'article 23-10 de l'ordonnance modifiée du 7 novembre 1958 « prévoit le caractère contradictoire de la procédure applicable devant »¹⁵⁵⁵ le Conseil constitutionnel. Il ne s'agit donc pas ici du contradictoire en tant que valeur explicative de telle ou telle pratique, mais d'un principe considéré comme une norme processuelle liée aux garanties du procès équitable qui dépassent¹⁵⁵⁶ d'ailleurs le seul cadre constitutionnel. Nous avons déjà évoqué le fait que, lié procéduralement à l'instance en cours devant les juridictions de droit commun, les conditions de l'office du juge constitutionnel sur une « question prioritaire » pouvaient être regardées comme étant soumises au champ de l'article 6, §1 de la Convention européenne des droits de l'homme. En droit processuel, il est communément admis que « la contradiction assure la communication complète des pièces de l'affaire, librement produites à la suite de la demande initiale, afin que chaque partie à l'instance soit en mesure d'en prendre connaissance et d'y répondre »¹⁵⁵⁷. Dès lors, l'article 6 du Règlement intérieur du 4 février 2010¹⁵⁵⁸, adopté pour fixer la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, dispose : « lorsque, pour les besoins de l'instruction, le Conseil décide de recourir à une audition, les parties et les autorités [avisées du renvoi de la question] sont invitées à y assister. Il leur est ensuite imparti un délai pour présenter leurs observations ».

Ce texte s'apparente à une officialisation, adaptée au contrôle *a posteriori*, des modalités d'instruction des saisines telles qu'elle se pratique au sein de la juridiction constitutionnelle depuis le développement significatif du contrôle de constitutionnalité par l'introduction de la saisine parlementaire en 1974. Il est presque dommageable que le Règlement de procédure de 2010 se cantonne à la question prioritaire et plus encore, ne développe pas plus la notion d'« audition » en vogue au sein de l'institution. Il serait possible d'envisager, au regard de la pratique, « l'intervention » à l'appui de l'instance, « l'expertise » technique et « l'*amicus curiae* » qui caractériserait une expertise plus sociale, voire sociétale, venant d'une représentation des intérêts affectés et/ou protégés par la loi.

¹⁵⁵⁴ cf. L. CADIET et al., *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 723.

¹⁵⁵⁵ CC, n° 2009-595 DC, 03/12/2009, préc., cons. 30.

¹⁵⁵⁶ cf. S. GUINCHARD et al., *Droit processuel. Droit commun et comparé du procès équitable*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2009, spéc. pp. 954-1011.

¹⁵⁵⁷ O. GOHIN, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 247.

¹⁵⁵⁸ publ. *JO*, 18/02/2010, p. 2986 ; (disponible sur : www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/reglement_interieur_version_enrichie.pdf)

B) Du caractère contentieux du raisonnement sur la question de constitutionnalité des lois. En guise de conclusion.

Au développement des éléments procéduraux attachés à la catégorie méta-juridique du recours en *in* – constitutionnalité de la loi, si l'espace processuel constitutionnel paraît encore quelque peu sommaire à certains niveaux, eu égard aux standards du discours sur le « droit processuel fondamental »¹⁵⁵⁹ ou les « droits fondamentaux du procès »¹⁵⁶⁰, le Conseil constitutionnel – identifié comme possible « juge constitutionnel par excellence dans le système juridique français »¹⁵⁶¹ – a su néanmoins inventer le raisonnement contentieux dans un cadre de saisine s'exerçant « à titre préventif après le vote de la loi et avant sa promulgation »¹⁵⁶² et faire émerger un modèle juridictionnel conforté par le pouvoir de révision constitutionnelle¹⁵⁶³ pour qu'il s'applique « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction », *a quo* ou Conseil d'Etat et Cour de cassation eux-mêmes, « y compris pour la première fois en cassation »¹⁵⁶⁴, « le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé ».

Par la liaison d'un contentieux, l'hypothèse de la construction théorique a bien été celle du rapport entre la reconnaissance d'un travail juridictionnel et le développement d'une logique processuelle sous-tendant la structuration d'un acte décisionnel spécifique à l'office *de* juge, au-delà de la nature du « reflet »¹⁵⁶⁵ de la « matière substantielle » sur laquelle porte le contentieux en cause. Donc, dans la lignée d'une approche désormais considérée comme classique, mais dont la vertu explicative ne se dément pas, « le procès est envisagé en tant qu'activité contentieuse, c'est-à-dire opposant des intérêts : c'est ce qu'exprime la notion de litige ; mais pour qu'il y ait procès, pour qu'il y ait contentieux, il faut que le litige soit d'ordre juridique et qu'il se déroule devant une juridiction. Deux facteurs doivent donc être précisés : le litige (..) et la juridiction »¹⁵⁶⁶ (1 et 2).

¹⁵⁵⁹ cf. S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *op. cit.*, p. 5.

¹⁵⁶⁰ S. GUINCHARD *et al.*, *Droit processuel. Droit commun et comparé du procès équitable*, *op. cit.*, p. 4.

¹⁵⁶¹ J.-M. BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁵⁶² cf. CC, n° 85-197 DC, 23/08/1985, *Rec.* 70, cons. 20.

¹⁵⁶³ Rappel : Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, publ. *JO*, 24/07/2008, p. 11890, article 29.

¹⁵⁶⁴ Article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, publ. *JO*, 11/12/2009, p. 21379, article 1.

¹⁵⁶⁵ Voir : H. CROZE, « Retour sur la qualification », *Procédures*, n° 7, 2008.

¹⁵⁶⁶ H. MOTULSKY, *Droit processuel*, *op. cit.*, p. 5.

1. Le litige : le conflit d'interprétations constitutionnelles

C'est un fait intellectuel qui emporte le rang de principe dans le type de démarche inductive qui a été la nôtre au cours de ces travaux, et dont certains auteurs se servent en tant qu'axiome ou postulat de démarches prises dans un sens explicatif : le discours contentieux se comprend de façon efficace comme le corollaire des catégories processuelles du métalangage juridique. « Le procès est le cadre traditionnel où se déroulent l'initiative et l'activité des plaideurs. Le contentieux de constitutionnalité, tout en l'adaptant, s'est fondu dans ce schéma. Il a, le plus souvent, pris la forme d'un procès, c'est-à-dire d'un litige juridictionnel théâtre d'un affrontement entre parties adverses. La saisine du juge constitutionnel n'est pas une action neutre (...). Le requérant ne défend pas une "constitutionnalité objective", il cherche à imposer "son" interprétation de la Constitution, c'est-à-dire celle qui satisfera au mieux ses intérêts ou son orientation politique »¹⁵⁶⁷. Le registre de l'adaptation et la référence au politique dans les acteurs des régimes procéduraux ne sauraient mieux rappeler l'influence de la nature du contentieux sur le développement du discours correspondant aux structures faisant émerger la logique contentieuse : le litige, le conflit ou par exemple encore la controverse. Sur le plan épistémologique en effet, la matière constitutionnelle, généralement considérée à la « confluence du droit et de la science politique », implique par elle-même l'« étude théorique » dans le champ de la science du droit, pour ce qui concerne bien évidemment les fondations de la discipline « droit constitutionnel », et en ce qu'il a été montré que ce type d'analyse « présente, par ailleurs, l'intérêt de démontrer la mutation de la rationalité juridique, qui est de plus en plus empreinte de réalisme. La meilleure preuve en est que la justification rhétorique d'une interprétation extensive des règles de droit et la reconnaissance d'une dérogation non prévue par le texte aboutissent à reconnaître la texture ouverte des normes et le défaut de complétude de l'ordre juridique »¹⁵⁶⁸.

La norme constitutionnelle apparaît comme symptomatique de ces caractéristiques herméneutiques, en tant qu'objet juridique et dans la possibilité de son appréhension en tant qu'objet d'une science du droit. Le raisonnement constitutionnaliste procède d'un mouvement dialectique, d'une « discussion élaborée, argumentation approfondie *pro* et *contra*, qui est la seule méthode de recherche scientifique systématique »¹⁵⁶⁹ dans un contexte ou horizon de sens marqué par la fiction unanimiste contemporaine autour de la circulation, dans les

¹⁵⁶⁷ T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, op. cit., p. 14.

¹⁵⁶⁸ M.-C. STECKEL, « Réflexions autour de la notion de controverse constitutionnelle », *RDP*, n° 2, 2004, p. 416.

¹⁵⁶⁹ C. ATIAS, « Controverse », in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 116.

discours, des éléments de langage sur l'Etat de droit démocratique ; alors qu'« à l'épreuve de l'histoire et du politique », une sorte de « dialectique caractérise également la démocratie qui est à la fois une procédure *et* un projet : un ensemble d'institutions et de mécanismes garantissant l'accès non violent au pouvoir d'une majorité *et* le projet d'une société à instituer en vue de réaliser des idéaux substantiels déterminés »¹⁵⁷⁰. Par son degré de rapport aux « idéaux », la recherche de sens à propos d'un raisonnement constitutionnel paraît pouvoir se mesurer à une définition littérale du signifiant terminologique « controversé », soit la « dispute en règle sur une question » correspondant au domaine considéré, d'autant plus intéressante que l'inscription dans la « règle » renvoie de façon adéquate à la liaison presque obligée par la sociologie politique, du phénomène constitutionnel au « pouvoir directement issu de l'idée de droit que le souverain considère comme valable »¹⁵⁷¹ ou en tout cas, celui à qui l'on impute l'exercice de la souveraineté dans un système conçu comme démocratique : le peuple.

La construction théorique retombe alors sur les apories du gouvernement démocratique, de la représentation électorale qui suffit à « l'expression de la volonté générale ». Sauf que si le « "peuple français" a valeur constitutionnelle »¹⁵⁷², il y a nécessairement un rapport entre la perpétuation de sa volonté et le « respect de la Constitution »¹⁵⁷³. L'interprétation constitutionnelle semble tenir sa dynamique démocratique, à travers la médiation de la fiction issue d'un processus de concrétisation d'un « concept juridique » de peuple ; ce qui place le raisonnement constitutionnel dans « un genre commun [de] relations conflictuelles »¹⁵⁷⁴ de légitimité et fait de ce raisonnement un « processus dialectique [de] formation du droit constitutionnel »¹⁵⁷⁵. Les professeurs Ost et Van de Kerchove rappellent que « cette dialectique reçoit du reste une traduction juridique explicite : si en effet de nombreux mécanismes garantissent l'expression (formelle) de la loi de la majorité et l'exercice de la souveraineté populaire, d'autres dispositifs constitutionnels (substantiels) sont mis en place en vue de censurer de possibles abus de majorité ou les dérives du procéduralisme : ainsi la censure par les Cours constitutionnelles des lois oubliées des principes fondateurs »¹⁵⁷⁶.

¹⁵⁷⁰ F. OST, M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 526.

¹⁵⁷¹ G. BURDEAU, *Traité de science politique. Tome IV : Le statut du pouvoir dans l'Etat*, op. cit., p. 45.

¹⁵⁷² CC, n° 91-290 DC, 09/05/1991, *Rec.* 50, cons. 12.

¹⁵⁷³ CC, n° 85-197 DC, préc., cons. 27.

¹⁵⁷⁴ cf. A. JEAMMAUD, « Conflit/Litige », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 256.

¹⁵⁷⁵ M.-C. STECKEL, « Réflexions autour de la notion de controverse constitutionnelle », op. cit., p. 440.

¹⁵⁷⁶ F. OST, M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 527.

2. La juridiction (*jurisdictio*): la réflexivité d'un langage juridictionnel comme objet du raisonnement formel de juge

Ainsi se trouve institutionnalisée la figure du tiers chargé de *dire le droit*, dans la consolidation de l'idée que « la constitution exprime par son existence même l'unité de la communauté politique, son aptitude à dépasser les conflits en vue de persister dans son être. La constitution est censée contenir les principes de justice propres à résoudre les conflits tournant autour des droits subjectifs des uns et des autres »¹⁵⁷⁷.

En tout état de cause, le caractère de l'institution ne peut faire revêtir audit tiers la qualité de médiateur ou d'arbitre. La « figure instituée » non seulement implique, mais signifie en plus dans une réalité juridique, que la partie qui y a recours accepte « implicitement son autorité, c'est-à-dire l'hypothèse d'un gain ou d'une perte à laquelle on adhère par avance » ou par obligation. La médiation et l'arbitrage peuvent éventuellement servir sur un plan instrumental à la description de l'intervention juridique, en sa propriété reconstitutive du rapport entre les acteurs concernés, et celle de trancher le problème de droit qui lui est soumis. Au-delà de tout débat sur les caractères statutaires de l'organe, il ne fait guère de doute que c'est un processus juridictionnel qui est attendu, suivant un « système de représentations qui sous-tend le comportement des acteurs ».

De ce point de vue, un métalangage structurant peut dire « que le geste judiciaire est avant tout investi par une culture » autour du concept-cadre de « procès » qui « sous cet angle, () comporte quatre séquences. L'intervention d'un tiers non partisan permet de mettre à distance la violence du conflit. La médiation du droit détermine le cercle des solutions possibles au litige. Le débat met en scène le doute et organise la dispute argumentative. Enfin, le jugement replace »¹⁵⁷⁸ le droit, car c'est bien d'une sanction juridictionnelle dont il s'agit, aux effets éventuels d'annihilation d'un acte contraire à des normes supérieures.

Quelles que soit l'influence de la matière constitutionnelle sur le degré de dimension objective des régimes contentieux, le « tiers » chargé de la réponse juridictionnelle au litige semble avoir intérêt à se soumettre à une contrainte fonctionnelle de juge selon un principe de légitimation réflexive. « L'exercice de la fonction juridictionnelle confère au pouvoir normateur du juge, non seulement sa spécificité, mais encore sa légitimité. En effet le juge dit le droit parce qu'il doit motiver, en droit, sa décision particulière. Le pouvoir normatif du juge trouve en réalité sa légitimité dans l'obligation qui pèse sur lui de motiver sa décision, de

¹⁵⁷⁷ D. BARANGER, « Quand et pourquoi peut-on raisonner en terme de conflit constitutionnel ? », in J. HUMMEL (dir.), *Les conflits constitutionnels*, op. cit., p. 168.

¹⁵⁷⁸ D. SALAS, « Procès », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1238.

justifier en droit la solution qu'il a retenue, pour trancher le litige qui lui était soumis par une partie »¹⁵⁷⁹. L'intervention juridictionnelle dans le rapport processuel n'est pas neutre. Au niveau théorique, le paradigme herméneutique postulé durant ces travaux pour désigner la « rationalité juridique » dans l'application du droit implique une conception dynamique de l'office du juge, un discours d'action. Sa dimension réaliste l'érige même aisément au rang de pouvoir. Concernant le juge constitutionnel, un degré supplémentaire de problématique en termes de légitimité démocratique se pose inévitablement : « si la volonté d'imposer, par le biais d'un juge, le respect des principes constitutionnels à la majorité élue est légitime au regard de la définition même de la démocratie, le transfert du pouvoir d'interprétation d'une instance élue vers le juge l'est beaucoup moins »¹⁵⁸⁰.

Il faut alors s'en référer à un principe d'auto-fondation et ce faisant, « il ne doit paraître ni simpliste, ni scandaleux de considérer que c'est par le seul exercice de sa fonction que le juge est juge »¹⁵⁸¹. L'obligation de motivation représente plus qu'une contrainte fonctionnelle, elle concourt à la reconnaissance de la *jurisdictio*, dans sa dimension formelle¹⁵⁸² de production d'un acte décisionnel marquant son unité comme « énoncé linguistique » dans ses « marques logiques ». Sous l'angle de sa construction, « l'énoncé fait toujours apparaître le jugement comme un raisonnement »¹⁵⁸³. Cependant, le discours marquant le choix de la légitimité du processus de juridictionnalisation de l'espace constitutionnel ne peut s'en tenir à cette stricte conception du jugement. Il faut appréhender la motivation d'une décision juridictionnelle en tant qu'elle « renvoie à ses motifs »¹⁵⁸⁴, condition de son acceptabilité rationnelle en dehors des « mobiles psychologiques du juge » suivant des exigences d'ordre épistémologique. Le discours passe alors du raisonnement au lien procédural et processuel d'instance et « rend compte d'un paradigme nouveau pour le droit, celui d'une "politique délibérative" »¹⁵⁸⁵. Avec le développement de l'office de justice constitutionnelle, un modèle complexe et certes « contrefactuel »¹⁵⁸⁶ de démocratie trouve un soubassement éthique. Dans une période d'incertitudes quant au contenu du pacte de vie en commun, nous avons la naïveté de croire qu'il ne s'agit pas là de la moindre des choses.

¹⁵⁷⁹ D. d'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle. Dire le droit et trancher les litiges*, op. cit., pp. 305-306.

¹⁵⁸⁰ L. HEUSCHLING, *Etat de droit. Rechtsstaat. Rule of Law*, op. cit., p. 663.

¹⁵⁸¹ G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, op. cit., p. 577.

¹⁵⁸² cf. L. DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP*, 1906, spéc. pp. 447-471.

¹⁵⁸³ G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 2005, p. 352 (ensemble : pp. 333-354).

¹⁵⁸⁴ cf. L. CADIET et al., *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 679.

¹⁵⁸⁵ F. OST, M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 528.

¹⁵⁸⁶ M. ROSENFELD, *Les interprétations justes*, trad. WARLAND, Bruylant – LGDJ, 2000, pp. 125-129 (sur la « construction habermassienne ») ; J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997, pp. 475-476.

INDEX THEMATIQUE

A

Abrogation

- implicite (Conseil d'Etat) 316, 318, 319, 321, 322, 324, 326, 327, 328, 333, 335, 336, 346, 734, 736, 739, 751
- effet abrogatif (QPC) 383, 387, 388
- modulation 386

Acte de saisine du Conseil constitutionnel 207, 208, 674

Acte juridictionnel 34, 343, 554, 608, 609, 610, 655, 658, 687, 689, 697, 711, 717

B

Bloc de constitutionnalité 254

C

Conciliation des droits et libertés 164, 165, 170, 285

Conseil constitutionnel 4, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 28, 29, 30, 31, 34, 44, 45, 46, 55, 56, 64, 65, 84, 86, 87, 88, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 114, 115, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 137, 138, 140, 141, 143, 144, 145, 146, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 167, 168, 169, 170, 172, 173, 174, 176, 177, 178, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 194, 195, 196, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 214, 215, 216, 217, 219, 220, 222, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 233, 234, 237, 240, 242, 243, 244, 246, 247, 248, 251, 253, 254, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 265, 266, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 275, 276, 277, 278, 281, 282, 283, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 300, 301, 302, 305, 306, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 318, 319, 333, 336, 337, 338, 339, 340, 342, 343, 345, 346, 347, 348, 349, 352, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 363, 364, 366, 367, 369, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 382, 385, 386, 387, 388, 389, 391, 396, 401, 402, 404, 431, 436, 444, 448, 459, 461, 464, 470, 472, 473, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 491, 492, 493, 495, 500, 501, 511, 512, 513, 514, 518, 519, 521, 522, 523, 524, 547, 548, 554, 557, 558, 560, 561, 562,

564, 565, 566, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 606, 607, 608, 610, 614, 615, 616, 617, 618, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 638, 639, 640, 641, 643, 648, 649, 650, 652, 653, 654, 655, 657, 658, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 681, 682, 683, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 716, 718, 722, 726, 727, 728, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 743, 744, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759

Constitution

- et loi constitutionnelle 394, 395, 430, 431, 433, 448, 453, 468, 490, 495, 497
- notion 394, 453
- unité sémantique (discours) 461

Constitution du 4 octobre 1958.....

12, 13, 17, 56, 93, 98, 102, 103, 108, 120, 121, 143, 166, 176, 178, 195, 213, 233, 237, 244, 254, 256, 257, 319, 326, 328, 329, 334, 336, 341, 349, 354, 394, 396, 431, 454, 471, 475, 477, 483, 499, 514, 521, 580, 660, 709

Article 54.....

18, 94, 97, 176, 177, 178, 179, 180, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 191, 192, 193, 194, 195, 201, 203, 204, 206, 207, 208, 214, 221, 225, 230, 237, 260, 324, 482, 488, 491, 511, 512, 673, 728, 731, 752

Article 55.....

18, 30, 85, 188, 190, 200, 205, 225, 235, 237, 240, 242, 250, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 265, 268, 273, 280, 285, 299, 309, 310, 575, 652, 662, 726, 743

Article 61.....

13, 15, 17, 18, 22, 24, 30, 31, 34, 44, 55, 64, 73, 93, 98, 102, 103, 105, 108, 109, 110, 120, 125, 130, 131, 140, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 159, 177, 182, 184, 191, 192, 206, 220, 233, 234, 238, 242, 258, 261, 262, 266, 269, 272, 277, 279, 289, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 301, 302, 303, 305, 310, 313, 315, 316, 319, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 348, 349, 351, 353, 356, 357, 359, 361, 363, 364, 373, 375, 376, 378, 381, 382, 384, 385, 386, 389, 393, 396, 431, 472, 473, 491, 495, 522, 554, 575, 576, 590, 591, 607, 615, 616, 617, 618, 620, 621, 623, 624, 629, 632, 637, 638, 641, 642, 652, 654, 658, 662, 663,

- 665, 669, 671, 672, 673, 676, 678, 681, 682, 692, 693, 729, 731, 733, 753
- Article 61-1
13, 15, 30, 31, 34, 64, 73, 105, 109, 145, 233, 234, 238, 266, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 301, 302, 303, 305, 313, 315, 316, 319, 333, 335, 336, 337, 338, 339, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 348, 349, 351, 353, 356, 357, 359, 361, 363, 364, 373, 375, 376, 378, 381, 382, 384, 385, 386, 389, 431, 554, 576, 590, 591, 607, 618, 620, 623, 624, 637, 642, 658, 670, 671, 681, 692, 693, 729, 733, 753
- Article 62
17, 51, 96, 103, 107, 108, 110, 186, 194, 196, 201, 244, 309, 314, 354, 355, 356, 384, 386, 391, 709
- Article 88-1
268, 269, 273, 275, 276, 277, 279, 283, 284, 285, 289, 312, 314, 315, 491, 494, 751
- Article 89
146, 147, 206, 329, 472, 478, 495, 496, 497, 499, 508, 509, 512
- Constitutionnalisme 40, 98, 142, 280, 392, 393, 398, 400, 449, 452, 454, 462, 473, 474, 506, 517, 528, 552, 561, 570, 594, 674, 711, 721, 722, 725, 749
- Contentieux administratif 21, 27, 30, 101, 113, 128, 152, 153, 345, 359, 457, 585, 608, 610, 611, 612, 628, 632, 635, 637, 684, 685, 686, 706
- Contentieux constitutionnel 21, 23, 24, 33, 52, 93, 99, 106, 109, 111, 116, 124, 143, 157, 170, 177, 180, 185, 188, 193, 199, 207, 231, 244, 299, 341, 344, 349, 350, 358, 359, 361, 362, 479, 489, 517, 553, 564, 574, 584, 585, 591, 596, 610, 611, 612, 614, 615, 616, 622, 625, 626, 627, 628, 631, 632, 634, 635, 637, 642, 643, 652, 654, 657, 670, 673, 679, 681, 683, 688, 691, 709, 732, 738, 739
- système processuel 620, 670, 679, 680, 687
- Contrôle de constitutionnalité 12, 14, 15, 30, 31, 34, 35, 50, 93, 96, 98, 99, 102, 103, 104, 106, 107, 108, 109, 112, 113, 116, 121, 122, 123, 125, 128, 130, 136, 138, 143, 145, 147, 149, 151, 164, 165, 170, 171, 173, 176, 177, 180, 183, 188, 190, 192, 194, 196, 197, 203, 206, 209, 217, 218, 225, 234, 240, 244, 245, 246, 253, 258, 259, 267, 270, 273, 277, 289, 293, 294, 295, 296, 297, 300, 303, 304, 305, 307, 309, 312, 316, 319, 333, 337, 342, 346, 348, 352, 354, 359, 360, 362, 364, 365, 366, 367, 372, 373, 375, 380, 383, 384, 385, 391, 392, 404, 405, 422, 435, 478, 479, 489, 510, 514, 515, 520, 521, 531, 537, 539, 549, 553, 554, 562, 563, 566, 567, 577, 581, 585, 590, 608, 615, 617, 621, 622, 623, 626, 627, 628, 629, 632, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 657, 658, 659, 664, 669, 670, 674, 676, 679, 685, 692, 710, 714, 730, 731, 733, 735, 736, 738, 740, 741, 745, 750, 753, 754, 755, 757, 758
- a posteriori 13, 14, 54, 104, 122, 129, 189, 190, 205, 225, 233, 234, 266, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 302, 314, 315, 337, 348, 352, 356, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 373, 375, 383, 384, 388, 482, 491, 615, 618, 620, 621, 623, 670, 671, 692, 734
- a priori 16, 21, 28, 36, 52, 61, 71, 93, 95, 98, 102, 104, 107, 108, 109, 112, 113, 116, 121, 122, 125, 130, 132, 134, 136, 138, 142, 143, 147, 154, 156, 160, 165, 170, 175, 176, 178, 183, 184, 185, 188, 189, 192, 194, 198, 201, 202, 204, 206, 209, 211, 216, 218, 221, 222, 237, 244, 246, 258, 262, 266, 272, 275, 298, 314, 334, 348, 350, 352, 353, 356, 360, 364, 365, 366, 367, 388, 391, 404, 407, 452, 456, 482, 484, 488, 556, 562, 563, 577, 581, 611, 615, 617, 621, 623, 624, 629, 638, 639, 640, 643, 654, 657, 658, 669, 670, 673, 674, 679, 681, 688, 689, 691, 734
- abstrait 82, 96, 122, 147, 154, 156, 160, 170, 183, 192, 194, 209, 216, 218, 222, 246, 364, 365, 367, 375, 380, 422, 442, 517, 539, 641, 669
- concret 71, 74, 75, 77, 122, 317, 364, 365, 380, 381, 385, 428, 440, 442, 450, 644, 738, 741
- Contrôle de conventionnalité 14, 15, 240, 304, 305, 306, 307, 350, 729, 731, 754
- Contrôle des motifs 152
- adéquation 157, 158, 160, 163, 248, 371, 372, 548, 584, 599, 640
- erreur manifeste 101, 116, 149, 152, 153, 154, 157, 163, 186, 557, 571, 586, 732, 735
- nécessité 15, 42, 56, 105, 114, 117, 123, 129, 139, 152, 154, 157, 158, 160, 161, 162, 163, 167, 168, 169, 192, 208, 249, 274, 304, 324, 368, 369, 399, 404, 421, 430, 489, 516, 535, 537, 538, 542, 563, 572, 582, 593, 598, 606, 607, 640, 646, 664, 667, 692, 729, 740, 754
- D**
- Décisions du Conseil constitutionnel
- autorité 107, 108, 244, 354, 562, 565, 709
- chose jugée (QPC) 354, 357, 362
- contrainte décisionnelle 391
- méthodes rédactionnelles 653, 655
- motivation 554, 556, 557, 558, 646, 655, 681, 697
- Démocratie constitutionnelle 58, 70, 72, 73, 78, 98, 99, 100, 155, 390, 434, 449, 479, 503, 515, 517, 518, 527, 707, 717, 750
- Dogmatique (discours) 395, 553

Droit comparé
argument de - 563, 570, 574, 581, 582, 583, 738
paradigme 562, 567, 568

Droits et libertés
- constitutionnellement garantis (article 54 de la
Constitution) 173, 202, 203, 204, 223, 482,
576, 626
- que la Constitution garantit (article 61-1 de la
Constitution)..... 349
- valeur constitutionnelle 164, 165, 172, 203,
218, 299, 353, 384, 642, 678

E

Épistémologie
normativisme 36, 41, 42, 48, 49, 412, 419, 421,
423, 425, 426, 440, 441, 450, 543, 719, 749
positivisme 36, 38, 39, 40, 41, 42, 48, 59, 60, 61,
62, 77, 79, 81, 398, 400, 412, 416, 417, 419,
422, 423, 424, 425, 426, 427, 430, 437, 438,
439, 445, 451, 466, 501, 538, 706, 717, 720,
748
- et relativisme des valeurs..... 551, 552
réalisme 36, 41, 51, 59, 85, 115, 163, 228, 239,
272, 309, 424, 426, 428, 603, 694, 739, 747,
748
contraintes juridiques 51, 52, 53, 54, 55, 56,
96, 241, 473, 704
théorie structurante du droit 69, 70, 71, 72, 73,
74, 75, 77, 78, 80, 718

État de droit démocratique
système d'imputation démocratique 67, 477,
478, 479, 511, 517, 518, 526, 527, 532
théorie générale de l'Etat (discours)..... 480, 481

G

Garantie de la Constitution
controverse Kelsen/Schmitt 541

Garanties légales des exigences constitutionnelles
116, 164, 171, 173, 174, 285, 353, 638, 639,
640, 641, 643, 667, 712, 737

Gardien de la Constitution 278, 291, 292, 448, 477,
492, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 550,
705, 713, 721, 723, 731, 749

H

Herméneutique
- constitutionnelle..... 394, 430, 477
paradigme - 62, 73, 75, 79, 81, 82, 410, 697

I

Identité constitutionnelle
concept juridique 272, 289, 290, 292, 482, 491,
492, 493, 722, 758
réserve de souveraineté 491

Inconstitutionnalité 13, 16, 30, 32, 34, 73, 93, 96,
101, 102, 103, 104, 109, 110, 111, 112, 113,
114, 115, 116, 118, 119, 126, 128, 130, 131,
132, 136, 138, 139, 140, 144, 154, 160, 168,
174, 203, 225, 234, 240, 254, 262, 265, 267,
268, 270, 271, 276, 279, 281, 295, 296, 297,
298, 299, 300, 301, 305, 312, 313, 316, 317,
319, 334, 337, 338, 340, 344, 345, 348, 351,
352, 357, 361, 362, 363, 364, 369, 370, 371,
372, 374, 377, 378, 380, 381, 382, 383, 384,
385, 386, 388, 389, 404, 421, 482, 484, 486,
487, 489, 511, 572, 592, 597, 604, 618, 620,
624, 625, 626, 628, 633, 634, 640, 643, 654,
657, 660, 662, 665, 670, 671, 673, 679, 682,
685, 726, 732, 733, 740, 753, 757
partielle..... 111, 113, 626
séparabilité..... 114, 115
QPC..... 381
totale 111, 112, 113, 114, 115, 126, 128, 660

Institutions 20, 96, 100, 101, 110, 112, 120, 121,
147, 186, 215, 219, 220, 428, 514, 523, 530,
548, 560, 565, 580, 665, 707

Intérêt général 101, 139, 141, 148, 149, 150, 151,
152, 154, 156, 160, 164, 168, 169, 171, 172,
218, 245, 246, 247, 248, 249, 370, 371, 372,
529, 573, 585, 588, 589, 590, 591, 592, 593,
594, 595, 596, 597, 599, 601, 602, 603, 604,
605, 606, 623, 640, 666, 684, 711, 712, 713,
715, 716, 732, 737, 739
- de valeur constitutionnelle .. 249, 371, 605, 606
pouvoir général d'appréciation du législateur
.. 149, 150, 152, 169, 171, 245, 249, 383, 666

J

Juge constitutionnel
figure réflexive 528

Justice constitutionnelle 6, 12, 13, 16, 17, 18, 25,
26, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 49, 50, 64, 68,
89, 91, 107, 108, 233, 251, 296, 299, 302, 315,
319, 333, 337, 342, 343, 349, 352, 363, 364,
383, 384, 385, 390, 394, 398, 399, 416, 417,
418, 421, 422, 425, 430, 433, 434, 435, 444,
448, 471, 478, 479, 510, 516, 521, 522, 528,
531, 540, 541, 542, 545, 546, 547, 548, 549,
550, 551, 553, 560, 562, 563, 564, 565, 566,
567, 594, 595, 619, 620, 626, 634, 637, 639,
674, 682, 688, 697, 709, 710, 711, 713, 714,
717, 718, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 730,
733, 735, 737, 745, 749, 754, 755, 758

- et démocratie.....	516
- et représentation.....	525
L	
Lien processuel.....	682
Loi	
acte législatif 44, 128, 132, 154, 155, 156, 169, 171, 177, 184, 192, 269, 270, 277, 369, 515, 518, 583, 604, 628, 637, 639, 643, 681	
acte normatif.....	67, 121, 130, 501, 512
principe de clarté.....	136, 137
Loi constitutionnelle	
contrôle de constitutionnalité 495, 497, 511, 723	
droit politique 43, 392, 444, 470, 471, 476, 502, 704, 721, 722, 723, 724, 728, 729, 735, 749	
notion.....	468
Lois de transposition des directives communautaires.....	
	266, 270, 274, 309
M	
Moyens et conclusions soulevés d'office... 132, 625	
N	
Norme constitutionnelle	
normativité 140, 165, 171, 173, 415, 453, 458, 471, 497, 503, 657, 667	
respect 12, 16, 90, 91, 96, 98, 101, 119, 120, 141, 142, 147, 149, 155, 172, 240, 256, 393, 394, 431, 435, 458, 471, 477, 478, 481, 509, 515, 522, 528, 530, 615, 638, 659, 664, 665, 667, 670, 695, 722	
Norme fondamentale	
- selon Kelsen.....	419
O	
Objectif de valeur constitutionnelle	
bonne administration de la justice 27, 339, 558, 605, 671	
Ouverture du contrôle de constitutionnalité	
effectivité des griefs.....	641
excès de pouvoir législatif (critique) 103, 152, 611, 632, 683	
P	
Pouvoir constituant	
- et pouvoir de révision constitutionnelle	468, 500, 504, 721
Procès constitutionnel 608, 610, 622, 623, 641, 655, 672, 677, 682, 684, 685, 687, 688, 689, 691, 692, 694, 708, 712, 759	
Q	
Question prioritaire de constitutionnalité 9, 13, 31, 205, 296, 297, 301, 313, 314, 315, 316, 333, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 344, 346, 348, 349, 350, 352, 353, 356, 358, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 373, 374, 375, 377, 378, 379, 384, 385, 386, 388, 391, 554, 590, 591, 618, 620, 621, 623, 624, 632, 637, 638, 642, 643, 669, 671, 672, 681, 683, 689, 692, 731, 732, 737, 738, 739, 740, 751, 756, 757, 758	
caractère prioritaire.....	300
caractère sérieux ou nouveau.....	344
lien avec une instance.....	341
mémoire distinct et motivé....	344, 364, 671, 693
spécialisation des juges	297, 302, 316, 363
R	
Raisonnement décisionnel.....	
	557, 659, 663
Raisonnements argumentatifs.....	
	660
<i>a contrario</i>	265, 662
rapport juridique	
constitutionnalité	
- externe.....	128
Rapport juridique	
conformité 103, 119, 148, 171, 348, 362, 363, 378, 389, 515, 625, 666	
constitutionnalité 92, 124, 143, 175, 198, 245, 262, 268, 364, 752	
- externe.....	125
incompétence négative 115, 131, 137, 138, 605, 626, 632, 633, 635, 636, 637, 643, 729, 734, 738	
ordre public.....	132, 625
Représentation	
	514
caractère représentatif de la Constitution.....	518, 530
Réserves d'interprétation 104, 105, 106, 107, 108, 109, 194, 197, 358, 367, 377, 566, 712, 740	
typologie.....	104, 105
S	
Sanction constitutionnelle.....	
	539
Séparation des pouvoirs	
Constitution de 1958.....	122, 145, 431, 472, 508
juge constitutionnel, pouvoir constitué	477

théorie de Montesquieu (interprétation) 532, 535	
Souveraineté	
analyse dogmatique.....437, 505	
concept 197, 201, 211, 213, 214, 217, 219, 220, 221, 222, 480, 481, 483, 488, 503, 506, 710, 749	
exercice 95, 100, 147, 202, 203, 211, 217, 218, 219, 220, 221, 223, 229, 231, 265, 275, 286, 414, 479, 481, 482, 483, 484, 485, 487, 489, 490, 507, 511, 514, 516, 524, 695	
conditions essentielles d' - 95, 205, 208, 209, 210, 211, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 483, 485, 487, 488, 489	
incompatibilité.....483	
expression directe 145, 147, 472, 474, 508, 509, 511	
Syllogisme	
construction de l'acte juridictionnel 648, 650	
définition 646	
Système 92	
- juridictionnel 94, 232, 293, 296, 297, 301, 302, 306, 316, 336, 648, 655, 674, 680	
dialogue des juges 232, 233, 238, 271, 272, 301, 311, 714, 715, 735, 740, 746, 752, 753, 754, 756, 757	
dialogue des juges:233, 362	
- juridique	
rapports de systèmes.....232, 236	
article 88-3 de la Constitution251, 252	
équivalence des protections 282, 284, 285, 289, 381	
jurisprudence IVG 240, 241, 257, 259, 260, 262, 731, 734	
- politique..... 95	
	T
	Théorie générale du procès (discours)..... 683, 684
	Tiers-pouvoir 537
	Traités et engagements internationaux
	interprétation 197
	notion 178, 203
	variante
	engagements communautaires..... 229
	U
	Union européenne
	acquis communautaire 184, 187, 188, 189, 265, 285
	exigence consitutionnelle de transposition des directives 269, 272, 275, 289, 491
	intégration (point de vue constitutionnel).... 223, 268, 274, 283, 292, 312, 482, 491
	primauté du droit communautaire . 227, 310, 751
	V
	Validation législative
	contentieux conventionnel 242, 244, 604, 736, 757
	Volonté générale
	expression de - 35, 66, 67, 90, 96, 98, 99, 100, 101, 103, 104, 106, 110, 120, 121, 123, 127, 130, 131, 142, 147, 148, 149, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 165, 171, 240, 391, 393, 394, 397, 404, 405, 406, 409, 410, 413, 414, 415, 416, 478, 514, 515, 518, 519, 522, 523, 525, 528, 529, 530, 533, 549, 592, 638, 664, 695, 704, 710, 726, 732

INDEX ONOMASTIQUE

A

Alberton (G.)..... 234, 235, 238, 240, 299, 729, 756

Alland (D.) 26, 28, 29, 39, 92, 225, 227, 229, 236,
274, 489, 490, 516, 517, 533

Avril (P.)..... 119, 122, 123, 471, 657

B

Baranger (D.) 383, 396, 400, 404, 411, 458, 469,
517, 520, 521, 527, 696, 709, 724

Bastid (P.) 120, 517, 525, 538, 715

Baumert (R.) 541, 542, 543, 546, 550, 563, 566,
712, 752

Beaud (O.) 28, 48, 58, 70, 72, 73, 78, 79, 88, 393,
394, 396, 398, 400, 413, 424, 425, 429, 430,
432, 433, 436, 437, 438, 439, 444, 445, 446,
448, 449, 454, 455, 456, 457, 458, 465, 468,
471, 476, 478, 479, 481, 488, 496, 498, 499,
500, 502, 503, 504, 505, 507, 508, 510, 511,
513, 539, 541, 545, 546, 547, 549, 658, 708,
713, 716, 720, 724, 726, 727, 733, 748, 752, 756

Béchillon (D. de) 15, 234, 315, 401, 404, 514, 562,
584, 713, 716, 720, 733, 751, 754

Berlia (G.)..... 180, 186

Blachèr (P.) 1, 4, 64, 86, 96, 106, 107, 143, 151,
233, 278, 291, 393, 413, 454, 469, 492, 514,
515, 518, 519, 523, 525, 529, 549, 615, 618,
709, 713, 733, 734

Blanquer (J.-M.) 171, 358, 366, 369, 557, 558, 626,
629, 631, 644, 647, 648, 650, 653, 654, 656,
659, 660, 684, 693, 713, 754

Bobbio (N.) 38, 39, 41, 50, 552, 720, 745, 749

Böckenförde (E.-W.)..... 431, 619, 707

Bon (P.) 158, 278, 333, 349, 350, 352, 383, 384,
385, 621, 624

Brunet (P.) 35, 142, 234, 479, 518, 713, 716, 720,
729, 749, 752, 757

Burdeau (G.) 20, 100, 121, 411, 413, 452, 458, 464,
465, 467, 476, 501, 502, 503, 504, 509, 517,
539, 540, 560, 695

Burgorgue-Larsen (L.)..... 350

C

Cadiet (L.) 656, 680, 682, 683, 684, 685, 686, 687,
689, 692, 697, 709

Cappelletti (M.)..... 639, 688, 716

Carré de Malberg (R.) 123, 212, 213, 214, 395,
404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412,
413, 414, 415, 416, 422, 424, 457, 481, 499,
501, 506, 518, 535, 707, 714, 718, 720, 724,
725, 727, 734, 751, 753, 755

Cassia (P.) 113, 200, 312, 314, 335, 351, 381, 382,
384, 669, 688, 690

Cayla (O.) 16, 21, 28, 54, 84, 85, 86, 87, 88, 89,
152, 153, 393, 436, 464, 560, 561, 562, 707,
713, 720, 725, 729, 730, 735, 748, 749, 756

Chaltiel (F.) 208, 212, 216, 285, 292, 485, 487,
514, 713, 730, 735, 754

Champeil-Desplats (V.) 1, 51, 52, 53, 54, 56, 96,
121, 135, 187, 228, 234, 241, 242, 473, 480,
569, 570, 571, 574, 707, 708, 716, 730, 735,
746, 748, 757, 762

Combacau (J.) 199, 213, 214, 216, 218, 219, 221,
222, 227, 480, 483, 484, 486, 487, 488, 489,
710, 725, 735

Coppens (P.)..... 37, 90, 434, 707

D

Daël (S.)..... 613, 644, 654, 656, 670, 682, 710

Denquin (J.-M.) 26, 392, 431, 452, 458, 474, 478,
725, 752

Di Manno (T.).... 105, 106, 132, 355, 358, 625, 747

Drago (G.) 13, 22, 24, 30, 31, 34, 93, 96, 107, 108,
112, 115, 130, 143, 170, 173, 176, 188, 194,
202, 210, 220, 222, 237, 282, 297, 323, 346,
348, 349, 352, 354, 364, 365, 383, 401, 489,
562, 586, 602, 610, 614, 615, 622, 625, 626,

627, 629, 632, 634, 635, 641, 669, 673, 675, 681, 683, 735

E

Eisenmann (C.) 19, 32, 33, 42, 92, 192, 258, 416, 417, 418, 419, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 473, 520, 521, 534, 535, 536, 557, 561, 562, 564, 610, 630, 634, 650, 708, 713, 715, 716, 717, 718, 720, 721, 723, 725, 728, 730, 736, 749, 752

Esmein (A.) 395, 396, 397, 506, 710, 718

F

Favoreu (L.) 12, 14, 15, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 28, 31, 32, 33, 45, 98, 105, 106, 115, 116, 120, 123, 138, 143, 150, 162, 163, 168, 173, 179, 185, 189, 197, 198, 202, 204, 220, 224, 248, 254, 257, 262, 276, 333, 335, 352, 355, 356, 396, 402, 416, 421, 422, 437, 470, 487, 489, 501, 512, 555, 561, 562, 564, 565, 566, 567, 568, 575, 578, 580, 601, 610, 617, 629, 630, 634, 636, 651, 653, 658, 675, 710, 717, 718, 722, 725, 730, 733, 734, 736, 738, 739, 740, 741, 748, 752, 754, 757, 758, 759, 760, 761, 762

Friedrich (C.) 99, 449, 503, 710

Fromont (M.) 158, 181, 207, 284, 461, 581, 619, 736, 737, 758

G

Gadamer (H.-G.) 63, 89, 90, 707, 717

Gauchet (M.) 100, 156, 530, 710

Genevois (B.) 30, 152, 190, 204, 226, 229, 231, 232, 253, 259, 262, 276, 292, 298, 301, 311, 312, 319, 348, 352, 486, 487, 489, 495, 498, 512, 575, 576, 613, 621, 623, 669, 681, 711, 717, 730, 737, 738, 743, 756, 757, 758, 759, 760

Goyard-Fabre (S.) 28, 40, 41, 42, 43, 707, 717, 721, 732, 750

Grewe (C.) 16, 26, 34, 35, 226, 231, 255, 460, 479, 490, 541, 560, 566, 619, 620, 708, 710, 717, 720, 721, 725, 726, 727, 730, 738, 755

Grondin (J.) 62, 63, 707, 717

Guillaume (M.) 191, 210, 211, 221, 223, 227, 275, 286, 297, 302, 304, 305, 316, 342, 348, 376, 377

Guyomar (M.) 267, 268, 270, 271, 272, 289, 307, 308, 309, 310, 311, 738

H

Häberle (P.) 255, 708

Habermas (J.) 68, 399, 444, 551, 552, 553, 656, 697, 708, 726, 750

Habib (L.) 116, 153, 154, 163, 186, 437, 557, 571, 586, 721, 738

Haquet (A.) 109, 197, 198, 201, 213, 217, 219, 220, 222, 483, 488, 506, 713, 731, 750

Hart (H. L. A.) 61, 708

Hauriou (M.) 422, 439, 448, 454, 455, 456, 628, 688, 711, 713, 717, 720, 721, 722, 723, 749, 750, 751, 752

Héraud (G.) 500, 501, 504, 714

Heuschling (L.) 16, 25, 28, 31, 431, 516, 551, 552, 553, 697, 714, 721, 748

Hummel (J.) 451, 458, 494, 542, 696, 717, 724, 726

J

Jan (P.) 511, 532, 608, 610, 614, 622, 672, 673, 674

Jeammaud (A.) 1, 70, 83, 84, 296, 399, 695, 721, 750

Jeuland (E.) 680, 682, 684, 685, 687, 688, 711, 721

Jouanjan (O.) 16, 58, 59, 60, 69, 70, 71, 72, 73, 77, 81, 410, 431, 438, 439, 447, 461, 463, 474, 476, 516, 551, 568, 619, 620, 707, 708, 717, 720, 721, 722, 725, 726, 727, 738, 750, 759

Just (G.) 60, 62, 68, 69, 70, 72, 73, 75, 76, 80, 81, 82, 517, 714, 722, 750

K

Kelsen (H.) 33, 40, 41, 42, 43, 47, 48, 49, 50, 53, 58, 59, 92, 197, 235, 405, 414, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 424, 425, 426, 427, 428, 430, 434, 435, 436, 437, 441, 445, 448, 449, 501, 520, 521, 541, 542, 544, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 566, 634, 708, 709, 714, 716, 717, 720, 721, 722, 723, 724, 726, 727, 728, 729, 731, 732, 738, 748, 749, 752, 753, 755, 761

Kerchove (M. van de) 61, 88, 89, 238, 239, 430, 695, 697, 708, 722, 750

Kervégan (J.-F.) 434, 441, 450, 451, 452, 543, 714, 722

L

Laferrière (E.) 609, 610, 611, 612, 613, 632, 633, 635, 668, 711, 746

Le Bihan (V.) 1, 4, 157, 158, 160, 163, 209, 581, 582, 583, 608, 627, 640, 672, 675, 677, 679, 710, 713, 738

Le Coustumer (J.-C.) 1, 4, 51, 52, 54, 55, 56, 57, 71, 76, 77, 79, 87, 393, 473, 714, 722

Lenoble (J.)90, 91, 552, 659, 708, 750, 753

Levade (A.) 165, 173, 174, 175, 224, 228, 231, 238, 266, 271, 275, 286, 289, 308, 491, 496, 731, 739, 759

M

Manin (B.).....65, 66, 553, 726, 760

Mathieu (B.) 30, 31, 33, 119, 121, 129, 131, 138, 140, 141, 161, 172, 181, 231, 242, 244, 254, 283, 285, 290, 291, 293, 305, 306, 314, 350, 352, 507, 559, 579, 592, 595, 671, 674

Maulin (E.) 16, 39, 408, 409, 414, 416, 566, 714, 717, 720, 721, 722, 725, 726, 727, 753, 755

Merland (G.) 148, 149, 151, 156, 588, 589, 590, 591, 595, 596, 602, 603, 604, 640, 641, 714, 740

Miaille (M.).....470, 708, 745, 750

Millard (E.) 36, 53, 83, 234, 426, 427, 455, 708, 716, 722, 750

Molfessis (N.) 346, 347, 357, 562, 584, 586, 716, 733, 740, 747

Montalivet (P. de) 140, 171, 352, 594, 621, 640, 672, 714, 732, 740

Motulsky (H.)684, 686, 693, 711

Müller (F.) 58, 60, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 85, 433, 708, 717, 722

O

Ost (F.) 61, 88, 89, 238, 239, 368, 430, 528, 695, 697, 708, 718, 722, 745, 750, 752

P

Pardini (J.-J.)366, 367, 369, 760

Perelman (C.) 57, 61, 96, 272, 555, 556, 644, 645, 656, 659, 660, 661, 681, 708, 718, 721, 723, 749, 750

Pfersmann (O.) 33, 41, 47, 48, 49, 50, 58, 71, 385, 404, 501, 502, 512, 513, 567, 568, 575, 708, 710, 722, 727, 741, 750, 751, 760

Philippe (X.) 121, 154, 157, 158, 349, 637, 659, 660, 663, 666

Pierré-Caps (S.) 211, 212, 403, 452, 454, 458, 469, 480, 505, 507, 568, 710, 727

Pini (J.)21, 363, 365

Ponthoreau (M.-C.) 492, 493, 554, 555, 557, 563, 570, 572, 574, 582, 646, 647, 656, 714, 722, 727, 741

R

Raynaud (P.) 131, 393, 397, 434, 449, 456, 517, 529, 533, 708, 709, 722, 723, 724, 727, 728, 749, 750, 751, 752, 753

Rials (S.) 26, 28, 29, 39, 92, 142, 393, 413, 420, 443, 447, 449, 456, 501, 516, 517, 533, 625, 667, 707, 709, 721, 722, 723, 724, 726, 727, 728, 749, 750, 751, 752, 753

Ricœur (P.) 63, 64, 87, 88, 434, 708, 709, 723, 745

Roblot-Troizier (A.) 125, 126, 173, 175, 254, 255, 283, 285, 358, 359, 361, 676, 715, 742, 761

Rosanvallon (P.) 65, 66, 67, 68, 442, 475, 505, 526, 528, 537, 553, 711, 712

Rousseau (D.) 15, 19, 20, 21, 31, 52, 57, 65, 67, 98, 99, 106, 109, 111, 116, 121, 124, 143, 157, 162, 170, 177, 180, 193, 194, 199, 206, 207, 208, 231, 244, 350, 434, 436, 444, 453, 460, 479, 489, 517, 526, 533, 553, 560, 563, 564, 574, 611, 616, 622, 623, 625, 627, 652, 657, 673, 679, 691, 711, 712, 719, 723, 726, 728, 730, 732, 742, 749, 753, 755

S

Saint-Bonnet (F.) 28, 398, 433, 470, 471, 544, 547, 548, 592, 593, 594, 728, 732

Santolini (T.) 623, 655, 685, 687, 688, 689, 694, 715

Sauvel (T.) 34, 61, 555, 556, 558, 644, 647, 648, 723

Schmitt (C.) 430, 433, 434, 435, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 468, 503, 504, 539, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 549, 614, 616, 617, 618, 654, 709, 714, 716, 717, 722, 724, 726, 727, 729, 742, 752, 753, 761

Schnapper (D.)..... 64, 65, 66, 67, 690, 691, 719

Starck (C.)..... 619, 709, 753, 755

T

Troper (M.) 29, 38, 39, 40, 41, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 59, 61, 71, 83, 86, 93, 96, 99, 121, 179, 196, 234, 241, 242, 258, 391, 392, 393, 395, 398, 400, 401, 402, 407, 410, 417, 426, 434, 435, 436, 437, 448, 455, 466, 472, 473, 478, 479, 481, 492, 498, 513, 514, 515, 519, 520, 521, 522, 533, 534, 535, 536, 547, 553, 554, 556, 557, 650, 707, 709, 711, 715, 716, 719, 722, 723, 724, 725, 727, 728, 730, 732, 750, 751, 752, 753, 756, 761

Turpin (D.).....20, 21, 24, 25, 34, 529, 712, 753

Tusseau (G.)..... 15, 556, 636, 715, 748

V

Vedel (G.) 21, 65, 93, 103, 114, 152, 154, 170, 192, 197, 262, 291, 384, 456, 496, 497, 498, 499, 500, 513, 559, 560, 562, 584, 585, 587, 588, 596, 598, 599, 606, 608, 611, 626, 627, 630, 634, 636, 655, 668, 673, 683, 688, 690, 691, 712, 723, 728, 732, 743, 751, 754

Verpeaux (M.) 129, 161, 285, 309, 329, 356, 383, 487, 559, 592, 595, 655, 657, 671, 672, 674, 689, 690, 718, 732, 740, 743, 756, 760, 762

Viala (A.) 33, 104, 108, 399, 528, 615, 715, 719, 728, 729, 733, 743

Vidal-Naquet (A.) 116, 164, 174, 175, 285, 591, 604, 628, 629, 630, 632, 636, 637, 638, 639, 641, 642, 643, 715, 719, 743, 762

W

Waline (M.) 15, 22, 23, 25, 29, 355, 400, 589, 606, 618, 712, 723, 733, 751

BIBLIOGRAPHIE

Sources primaires

I. OUVRAGES

A) Philosophie et théorie du droit

- ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003.
- AMSELEK P. (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, coll. « Léviathan », 1994.
- AMSELEK P. (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995.
- ARNAUD A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} édition, LGDJ, 1993.
- BÖCKENFÖRDE E.-W., *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, trad. O. JOUANJAN, Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2000.
- BOURETZ P. (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Esprit, 1991.
- BURDEAU G., *Traité de science politique*, 3^{ème} édition, LGDJ, *Tome II : L'Etat*, 1980 ; *Tome IV : Le statut du pouvoir dans l'Etat*, 1983.
- CARRÉ de MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Sirey, 2 tomes, 1920 et 1922, fac-sim. Dalloz, 1 vol., 2003.
- CARRÉ de MALBERG R., *La loi, expression de la volonté générale*, Sirey, 1931, réimpr. Economica, coll. « Classiques », 1984.
- CARRÉ de MALBERG R., *Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degré avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Sirey, 1933, rééd. Dalloz, 2007.
- CAYLA O., HALPERIN J.-L., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., TROPER M., GRZEGORCZYK C. (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », 2005.
- COPPENS P., *Normes et fonction de juger*, Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1998.
- FREUND J., *L'essence du politique*, 3^{ème} édition, Sirey, 1986, rééd. Dalloz, 2004.
- GADAMER H. G., *Vérité et Méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, éd. intégrale, Seuil, coll. « L'ordre philosophique », 1996.
- GOYARD-FABRE S., *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, PUF, coll. « Thémis – philosophie », 1997.
- GOYARD-FABRE S., *Philosophie critique et raison juridique*, PUF, coll. « Thémis – philosophie », 2004.
- GRONDIN J., *L'herméneutique*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2006.

- GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. V. CHAMPEIL-DESPLATS, Dalloz, 2010.
- HABERMAS J., *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. R. ROCHLITZ et C. BOUCHINDHOMME, Gallimard, coll. « NRF Essais », 1997.
- HÄBERLE P., *L'Etat constitutionnel*, trad. M. ROFFI et C. GREWE, Economica – PUAM, coll. « Droit public positif », 2004.
- HACK P., *La philosophie de Kelsen. Epistémologie de la Théorie pure du droit*, Helbing & Lichtenhahn, coll. « Collection genevoise », 2003.
- HART H. L. A., *Le concept de droit*, trad. M. van de KERCHOVE, Publications des facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 1976.
- HERRERA C. M., *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Presses de l'Université Laval, coll. « Dikè », 2004.
- KELSEN H., *Théorie générale des normes*, trad. O. BEAUD et F. MALKANI, PUF, coll. « Léviathan », 1996.
- KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'Etat*, trad. B. LAROCHE, Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997.
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, 2^{ème} édition (1960), trad. C. EISENMANN, rééd. Bruylant– LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », 1999.
- KELSEN H., *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, trad. S. BAUME, Houdiard, coll. « Les sens du droit », 2006.
- KOJEVE A., *Esquisse d'une phénoménologie du droit. Exposé provisoire*, Gallimard, coll. « Bibliothèque des idées », 1981.
- LENOBLE J., BERTEN A., *Dire la norme. Droit, politique et énonciation*, Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », 1996.
- MAILLE M., *L'Etat du droit. Introduction à une critique du droit constitutionnel*, PU Grenoble – Maspero, 1978.
- MICHEL J., *Paul Ricœur. Une philosophie de l'agir humain*, Éd. du Cerf, coll. « Passages », 2006.
- MILLARD E., *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2006.
- MONTESQUIEU (de SECONDAT) C.-L., *De l'Esprit des lois* (1748), Garnier Frères, 2 tomes, 1973.
- MÜLLER F., *Discours de la méthode juridique*, trad. O. JOUANJAN, PUF, coll. « Léviathan », 1996.
- OST F., KERCHOVE (van de) M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publ. des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 2002.
- PERELMAN C., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2^{ème} édition, Dalloz, 1979, rééd. coll. « Bibliothèque Dalloz », 1999.
- PERELMAN C., *Ethique et droit*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1990.
- PFERSMANN O., TIMSIT G. (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Publications de la Sorbonne, 2001.
- RAYNAUD P., *Le juge et le philosophe. Essais sur le nouvel âge du droit*, Armand Colin, coll. « Le temps des idées », 2009.

- RAYNAUD P., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3^{ème} édition, PUF, 2003.
- RICŒUR P., *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique, II.*, Seuil, coll. « Esprit », 1986.
- RICŒUR P., *Soi-même comme un autre*, Seuil, 1990.
- SCARPELLI U., *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, trad. C. CLAVREUL, Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1996.
- SCHMITT C., *Théologie politique*, trad. J.-L. SCHLEGEL, Gallimard, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », 1988.
- SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, trad. L. DEROCHE, PUF, coll. « Léviathan », 1993 ; réimpr. coll. « Quadrige », 2008.
- STARCK C., *La Constitution, cadre et mesure du droit*, Economica – PUAM, coll. « Droit public positif », 1994.
- TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, coll. « Léviathan », 1994.
- TROPER M., *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, coll. « Léviathan », 2001.
- TROPER M., *La philosophie du droit*, 2^{ème} édition, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2005.
- VINX L., *Hans Kelsen's Pure Theory of Law. Legality and Legitimacy*, Oxford University Press, 2007.
- ZAGREBELSKY G., *Le droit en douceur. Il diritto mite*, trad. M. LEROY, Economica – PUAM, coll. « Droit public positif », 2000.

B) Manuels et ouvrages généraux

- AIT-EL-KADI Z. (coord.), *Code administratif 2011*, 34^{ème} édition, Dalloz, 2010.
- ALLAND D., *Droit international public*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2000.
- ARDANT P., MATHIEU B., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 20^{ème} édition, LGDJ, 2008.
- ARON R., *Les étapes de la pensée sociologique*, Gallimard, coll. « Tel », 1976.
- AVRIL P., GICQUEL J., *Droit parlementaire*, 4^{ème} édition, Montchrestien, coll. « Domat – droit public », 2010.
- BARANGER D., *Le droit constitutionnel*, 4^{ème} édition, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2009.
- BARTHELEMY J., DUEZ P., *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, Sirey, 1933, fac-sim. Panthéon-Assas, LGDJ (diff.), coll. « Les Introuvables », 2004.
- BLACHÈRE, *Droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, Hachette Supérieur, 2007.
- BON P., MAUS D. (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2008.
- BONICHOT J.-C., CASSIA P., POUJADE B., *Les grands arrêts du contentieux administratif*, 2^{ème} édition, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2009.
- BONNARD R., *Les actes constitutionnels de 1940*, LGDJ, 1942.
- CADIET L., NORMAND J., AMRANI MEKKI S., *Théorie générale du procès*, PUF, coll. « Thémis – droit privé », 2010.

- COMBACAU J., SUR S., *Droit international public*, 9^{ème} édition, Montchrestien, coll. « Domat – droit public », 2010.
- CONSTANTINESCO V., PIERRE-CAPS S., *Droit constitutionnel*, 3^{ème} édition, PUF, coll. « Thémis – droit », 2007.
- CORNU G., *Linguistique juridique*, 3^{ème} édition, Montchrestien, coll. « Domat – droit privé », 2005.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} édition, PUF, coll. « Quadriges », 2007.
- DAËL S., *Contentieux administratif*, 3^{ème} édition, PUF, coll. « Thémis – droit », 2010.
- DRAGO G., *Contentieux constitutionnel français*, 2^{ème} édition, PUF, coll. « Thémis – droit », 2006.
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel. Tome II : La théorie générale de l'Etat (1^{ère} partie)*, 3^{ème} édition, Boccard, 1928.
- DUPUIS G., GUEDON M.-J., CHRETIEN, P., *Droit administratif*, 11^{ème} édition, Sirey, coll. « Université », 2009.
- DUPUY P.-M., KERBRAT Y., *Droit international public*, 10^{ème} édition, Dalloz, coll. « Précis – Droit public. Science politique », 2010.
- DUVERGER M., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, PUF, coll. « Thémis », 1955 (1^{ère} édition).
- ESMEIN A., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} édition, Sirey, 1914.
- FAVOREU L., *Les cours constitutionnelles*, 3^{ème} édition, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1996.
- FAVOREU L., PHILIP L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15^{ème} édition, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2009.
- FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MESTRE J.-L., PFERSMANN O., ROUX A., SCOFFONI G., *Droit constitutionnel*, 13^{ème} édition, Dalloz, coll. « Précis – Droit public. Science politique », 2010.
- FRIER P.-L., PETIT J., *Précis de droit administratif*, 5^{ème} édition, Montchrestien, coll. « Domat – droit public », 2008.
- FRIEDRICH C., *La démocratie constitutionnelle*, PUF, coll. « Bibliothèque de la science politique », 1958.
- GAUCHET M., *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Gallimard, coll. « Bibliothèque des histoires », 1995.
- GICQUEL J., GICQUEL J.-E., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22^{ème} édition, Montchrestien, coll. « Domat – droit public », 2008.
- GOESEL-LE BIHAN V., *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, coll. « Cours magistral », 2010.
- GOHIN O., *Contentieux administratif*, 6^{ème} édition, Litec, coll. « Manuel », 2009.
- GREWE C., RUIZ-FABRI H., *Droits constitutionnels européens*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1995.
- GUINCHARD S., CHAINAIS C., DELICOSTOPOULOS C. S., DELICOSTOPOULOS I. S., DOUCHY-OUDOT M., FERRAND F., LAGARDE X., MAGNIER X., RUIZ FABRI H., SINOPOLI L., SOREL J.-M., *Droit processuel*.

- Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 5^{ème} édition, Dalloz, coll. « Précis – droit privé », 2009.
- HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel*, 30^{ème} édition, LGDJ, coll. « Manuel », 2007.
 - HAURIOU M., *Principes de droit public*, 2^{ème} édition, Sirey (Larose et Ténin), 1916.
 - HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, Sirey, 1929, réimpr. CNRS, 1965.
 - HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public général*, 12^{ème} édition, Sirey, 1933 (par A. HAURIOU), fac-sim. Dalloz, 2002.
 - ISAAC G, BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, 9^{ème} édition, Sirey, coll. « Université », 2006.
 - JAN P., *Le procès constitutionnel*, 2^{ème} édition, LGDJ, coll. « Systèmes », 2010.
 - JEULAND E., *Droit processuel. Une science de la reconstruction des liens de droit*, LGDJ, 2007.
 - LAFERRIERE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^{ème} édition, Berger – Levrault, 2 tomes, 1896.
 - LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVE P., GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17^{ème} édition, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2009.
 - MAIRET G., *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Gallimard, coll. « Folio essais ; n° 299 », 1997.
 - MATHIEU B., MACHELON J.-P., MELIN-SOUCRAMANIEN F., ROUSSEAU D., PHILIPPE X., *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1983*, Dalloz, coll. « Grandes délibérations », 2009.
 - MORABITO M., *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, 10^{ème} édition, Montchrestien, coll. « Domat – droit public », 2008.
 - MORAND-DEVILLER J., *Droit administratif*, 11^{ème} édition, Montchrestien, coll. « Cours LMD », 2009.
 - MOTULSKY H., *Droit processuel*, CAPEL M.-M. (réun.), Montchrestien, coll. « Les cours de droit », 1973.
 - NEMO P., *Histoire des idées politiques aux Temps modernes et contemporains*, 2^{ème} édition, PUF, coll. « Quadrige », 2003.
 - ODENT R., *Contentieux administratif*, rééd. Dalloz, 2 tomes, 2007.
 - PACTET P., MELIN-SOUCRAMANIEN F., *Droit constitutionnel*, 26^{ème} édition, Sirey, coll. « Université », 2007.
 - PEISER G., *Contentieux administratif*, 15^{ème} édition, Dalloz, coll. « Mémentos », 2009.
 - PRELOT M., *Précis de droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Petits Précis Dalloz », 1948 (1^{ère} édition).
 - ROSANVALLON P., *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Gallimard, 1998 ; coll. « Folio histoire ; n° 118 », 2002.
 - ROSANVALLON P., *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, 2000 ; coll. « Folio histoire ; n° 126 », 2003.

- ROSANVALLON P., *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, coll. « Les livres du nouveau monde », 2008.
- ROUQUETTE R., *Petit traité du procès administratif*, 4^{ème} édition, Dalloz, coll. « Praxis Dalloz », 2010.
- ROUSSEAU D., *La justice constitutionnelle en Europe*, 3^{ème} édition, Montchrestien, 1998.
- ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, 9^{ème} édition, Montchrestien, coll. « Domat – droit public », 2010.
- SIMON D., *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} édition, PUF, coll. « Droit fondamental », 2001.
- SUDRE F., *La Convention européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} édition, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2004.
- SUDRE F., MARGUENAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 5^{ème} édition, PUF, coll. « Thémis – droit », 2009.
- TRUCHET D., *Droit administratif*, 3^{ème} édition, PUF, coll. « Thémis – droit », 2010.
- TURPIN D., *Contentieux constitutionnel*, 2^{ème} édition, PUF, 1994, coll. « Droit fondamental », 1994.
- VEDEL G., DELVOLVE P., *Le droit administratif*, 12^{ème} édition, PUF, coll. « Thémis – Droit public », 2 tomes, 1992.
- TURPIN D., *Droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, PUF, coll. « Quadrige – Manuels », 2007.
- VEDEL G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, fac-sim. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002.
- WALINE J., *Droit administratif*, 23^{ème} édition, Dalloz, coll. « Précis – Droit public. Science politique », 2010.
- ZOLLER E., *Droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, PUF, coll. « Droit fondamental », 1999.

C) Thèses

- AMBRA (d') D., *L'objet de la fonction juridictionnelle. Dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé – Tome 236 », 1994.
- ARANJO (de) C., *Les juges de la loi et la garantie des droits de l'homme. Etude des rapports entre cours constitutionnelles et européennes en France et en Allemagne*, thèse (dact.), Paris II, 2005.
- BACQUET-BREHANT V., *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 120 », 2005.
- BAGHESTANI L., *Le titulaire de la souveraineté nationale et son exercice dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse (dact.), Dijon, 1996.
- BAUMERT R., *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique. Les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les*

Républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres, Fondation Varenne (LGDJ diff.), coll. « Collection des Thèses ; n° 33 », 2009.

- BEAUD O., *La puissance de l'Etat*, PUF, coll. « Léviathan », 1994.
- BECHILLON (de) D., *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica, coll. « Droit public positif », 1996.
- BELLESCIZE (de) R., *Les services publics constitutionnels*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 244 », 2005.
- BEQUAIN G., *Le Conseil constitutionnel et l'application des engagements internationaux*, thèse (dact.), Bordeaux IV, 2002.
- BLACHÈRE P., *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 2001.
- BLANQUER J.-M., *Les méthodes du juge constitutionnel*, thèse (dactyl.), Paris II, 1993.
- BLONDEL A., *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois (Etude comparative : Etats-Unis, France)*, Roubaud, 1927.
- BRUNET P., *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'Etat*, Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2004.
- BURDEAU G., *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, Buguet-Comptour, 1930.
- CAPITANT D., *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 87 », 2001.
- CAYLA O., *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, thèse (dact.), Paris II, 1992.
- CHALTIEL F., *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 99 », 2000.
- DERRIEN A., *Les juges français de la constitutionnalité. Etude sur la construction d'un système contentieux. Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation : trois juges pour une norme*, Sakkoulas – Bruylant, 2003.
- DRAGO G., *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel. L'effectivité du contrôle de constitutionnalité*, Economica – PUAM, coll. « Droit public positif », 1991.
- EISENMANN C., *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, LGDJ, 1928, rééd. Economica – PUAM, 1986.
- FATH-KURDJIAN M., *La pensée constitutionnelle du doyen Maurice Hauriou et la 5^{ème} République*, thèse (dact.), Nancy II, 2001.
- GAÏA P., *Le conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne. Contribution à l'étude des articles 53 et 54 de la Constitution*, Economica – PUAM, coll. « Droit public positif », 1991.
- GAUDEMET Y., *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 108 », 1972.
- GOESEL-LE BIHAN V., *La répartition des compétences en matière de conclusion des accords internationaux sous la Ve République*, Pédone, 1995.
- HAQUET A., *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 2004.

- HERAUD G., *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Sirey, 1946.
- HERRERA C.-M., *Théorie politique et juridique chez Hans Kelsen*, Kimé, 1997.
- HEUSCHLING L., *Etat de droit. Rechtsstaat. Rule of Law*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses – vol. 16 », 2002.
- JAN P., *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 93 », 1999.
- JOOP O., *Le recours constitutionnel (Verfassungsbeschwerde) devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande*, thèse (dact.), Paris 1, 2006.
- JUGAULT J., *De la liaison du contentieux. Essai sur la genèse de l'acte juridictionnel*, thèse (dact.), Rennes, 1969.
- JUST G., *Interpréter les théories de l'interprétation*, L'Harmattan, coll. « Ouverture philosophique », 2005.
- KERVEGAN J.-F., *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*, PUF, coll. « Léviathan », 1992, réimpr. PUF, coll. « Quadrige », 2005.
- LAMBERT E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, 1921, rééd. Dalloz, 2005.
- LEBON V., *Le constitutionnalisme européen*, PU Limoges, 2007.
- LE COUSTUMER J.-C., *Liberté d'expression, souveraineté nationale et justice constitutionnelle. Recherche sur une théorie sur la fonction du juge constitutionnel en démocratie*, thèse (dact.), Caen, 2002.
- LINOTTE D., *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse (dact.), Bordeaux I, 1975.
- MAULIN E., *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, PUF, coll. « Léviathan », 2003.
- MELIN-SOUCRAMANIEN F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, PUAM – Economica, coll. « Droit public positif », 1997.
- MERLAND G., *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 121 », 2004.
- MONTALIVET (de) P., *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 2006.
- PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica – PUAM, 1990.
- PINI J., *Recherches sur le contentieux de constitutionnalité*, thèse (dact.), Aix-Marseille III, 1997.
- PLATON S., *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Fondation Varenne (LGDJ diff.), coll. « Collection des Thèses ; n° 22 », 2008.
- PONTTHOREAU M.-C., *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica – PUAM, coll. « Droit public positif », 1994.
- REDOR M.-J., *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Economica – PUAM, coll. « Droit public positif », 1992.

- ROBLOT-TROIZIER A., *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses – vol. 65 », 2007.
- SACRISTE G., *Le droit de la République (1870-1914) : légitimation (-s) de l'Etat et construction du rôle de professeur de droit constitutionnel au début du siècle*, thèse, Paris 1 (dact.), 2002.
- SANTOLINI T., *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruylant, coll. « Collection de droit public comparé et européen ; 5 », 2010.
- SEVERINO C., *La doctrine du droit vivant*, Economica – PUAM, coll. « Droit public positif », 2003.
- TROPER M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 48 », 1973.
- TRUCHET D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 125 », 1977.
- TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses – vol. 60 », 2006.
- VALEMBOIS A.-L., *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 122 », 2005.
- VIALA A., *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 92 », 1999.
- VIDAL-NAQUET A., *Les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Editions Panthéon-Assas (LGDJ diff.), 2007.

D) Essais, monographies juridiques, mélanges, colloques

- ACKERMAN B., *Au nom du peuple. Les fondements de la démocratie américaine*, trad. J.-F. SPITZ, Calmann-Lévy, 1998.
- AFDC, GERJC-ILF (org.), MAUS D., ROUX A. (dir.), *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica – PUAM, coll. « Droit public positif », 2006.
- Association Française pour la recherche en Droit Administratif, *La compétence*, Litec, coll. « Colloques & Débats », 2008.
- AGUILA Y., *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, LGDJ, coll. « Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II. Droit-économie-sciences sociales », 1993.
- AMSELEK P. (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica – PUAM, 1986.
- ARCY (d') F., *La représentation*, Economica, 1985.
- AVRIL P., *Les conventions de la Convention*, PUF, coll. « Léviathan », 1997.
- BASTID P., *L'idée de Constitution*, Economica, coll. « Classiques », 1985.
- BAUME S., FONTANA B. (dir.), *Les usages de la séparation des pouvoirs*, Houdiard, 2008.

- BEAUD O., *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, Dalloz, coll. « Les sens du droit », 2010.
- BEAUD O., PASQUINO P. (dir.), *La controverse sur « le gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt / Der Weimarer Streit um den Hüter der Verfassung und die Verfassungsgerichtsbarkeit. Kelsen gegen Schmitt*, éd. Panthéon-Assas (LGDJ diff.), coll. « Colloques », 2007.
- BECHILLON (de) D., BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V., MILLARD E. (coord.), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006.
- BERNARDI B., *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, Vrin, coll. « Chemins philosophiques », 2003.
- CACHIN G., POIRAT F., SZUREK S. (dir.), *La France et le droit international*, Pédone, 2007.
- CAPITANT R., *Ecrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, BEAUD O. (réun.), éd. Panthéon – Assas (LGDJ diff.), coll. « Les Introuvables », 2004.
- CAPPELLETTI M., *Le pouvoir des juges. Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*, trad. R. DAVID, Economica – PUAM, coll. « Droit public positif », 1990.
- CASSIA P., *Robert Badinter. Un juriste en politique*, Fayard, 2009.
- Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP), *Droit et politique*, PUF, 1993.
- CHAGNOLLAUD D. (dir.), *Les 50 ans de la Constitution. 1958-2008*, Litec, 2008.
- CHEVALLIER J., *L'Etat post-moderne*, LGDJ, coll. « Droit et société. Série politique, vol. 35 », 2003.
- Conseil constitutionnel, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, coll. « Recherches politiques », 1989.
- Conseil d'Etat, *Rapport public 1999. L'intérêt général*, La Documentation Française, coll. « Etudes et Documents du Conseil d'Etat », n° 50, 1999.
- *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, LGDJ – Montchrestien, 1988.
- *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008.
- *De la Constitution. Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Helbing & Lichtenhahn, coll. « Collection genevoise », 1996.
- DRAGO G., FRANCOIS B., MOLFESSIS N. (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, coll. « Etudes juridiques », 1999.
- DRAGO G. (dir.), *L'application de la Constitution par les Cours suprêmes. Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007.
- DRAGO R. (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005.
- DUPUY P.-M. (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat*, éd. Panthéon-Assas (LGDJ diff.), 2001.
- EISENMANN C., *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, réunis par C. LEBEN, éd. Panthéon – Assas (LGDJ diff.), 2002.

- FAVOREU L. (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica – PUAM, coll. « Droit public positif », 1982.
- FRAISSEIX P. (coord.), *Mélanges Patrice Gélard. Droit constitutionnel*, Montchrestien, 2000.
- GADAMER H.-G., *La philosophie herméneutique*, trad. J. GRONDIN, PUF, coll. « Epiméthée », 1996.
- *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002.
- GOYARD-FABRE S. (dir.), *L'Etat au XXe siècle. Regards sur la pensée juridique et politique du monde occidental*, Vrin, 2004.
- GREWE C., JOUANJAN O., MAULIN E., WACHSMANN P. (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005.
- GUILLERMET C.-J., *La motivation des décisions de justice. La vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, 2006.
- HAURIOU M., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bloud & Gay, coll. « Cahiers de la nouvelle journée ; 23 », 1933, fac-sim. Centre de philosophie politique et juridique – Université de Caen, 1986.
- HERRERA C.-M. (dir.), *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, L'Harmattan, 1995.
- HERRERA C.-M. (dir.), *L'actualité de Kelsen en France*, Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2001.
- HUMMEL J., *Carl Schmitt. L'irréductible réalité du politique*, Michalon, 2005.
- HUMMEL J. (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, PU Rennes, coll. « L'Univers des Normes », 2010.
- HUMMEL J., *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Houdiard, 2010.
- Institut Louis-Favoreu – GERJC (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ?*, PUAM, 2009.
- *IXe Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Paris, 10 – 13 mai 1993). Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ?*, Conseil constitutionnel, 2 volumes, 1994.
- JOUANJAN O. (coord.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, PUF, coll. « Débats philosophiques », 2010.
- JOUANJAN O., MÜLLER F., *Avant Dire Droit. Le texte, la norme et le travail du droit*, Presses de l'Université Laval, coll. « Dikè », 2007.
- KELSEN H., *La démocratie. Sa nature sa valeur*, 2^{ème} édition, trad. C. EISENMANN, Sirey, 1932, rééd. Dalloz, 2004.
- *La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005.
- *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995.
- *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence : Journées Hauriou, Toulouse, mars 1968*, Pédone, 1969.
- *Le Conseil constitutionnel a 40 ans. Colloque, 27-28 octobre 1998, Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999.
- *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009.

- *Le droit administratif, permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007.
- *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, PU Strasbourg, 2001.
- *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pedone, 2004.
- *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003.
- *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet*, Pedone, 2008.
- *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991.
- *Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998.
- LICHÈRE F., POTVIN-SOLIS L., RAYNOUARD A. (dir.), *Le dialogue des juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Nemesis – Bruylant, 2004.
- *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland DRAGO*, Economica, 1996.
- MAILLARD DESGRIE du LOÛ D. (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, coll. « Grands colloques », 2006.
- MATHIEU B. (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008.
- MATHIEU B., VERPEAUX M. (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica – PUAM, 1998.
- MATHIEU B., VERPEAUX M. (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007.
- *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, LGDJ, 2 tomes, 1974.
- *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Sirey, 1933.
- *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996.
- MELIN-SOUCRAMANIEN F. (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005.
- OLSON T., CASSIA P., *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, PUF, coll. « Droit et justice », 2006.
- OST F., VAN HOECKE M. (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ? / Time and Law. Is the nature of law to last ?*, Bruylant, coll. « Bibliothèque de l'Académie européenne de théorie du droit », 1998.
- PERELMAN C., FORIERS P. (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, coll. « Travaux du Centre national de recherches de logique », 1978.
- PINON S., PRELOT P.-H. (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Montchrestien, coll. « Grands colloques », 2009.
- *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975.
- *Relation des Journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg 1861-1935*, Dalloz, coll. « Annales de la Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Strasbourg ; vol. XV », 1961.
- *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007.

- RIDEAU J. (dir.), *De la Communauté à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, LGDJ, 2000.
- ROBBE F. (dir.), *Le temps et le droit constitutionnel*, PUAM, 2010.
- ROUSSEAU D. (dir.), *La démocratie continue*, Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », 1995.
- ROUSSEAU D. (dir.), *Le droit dérobé*, Montchrestien, 2007.
- SCHNAPPER D., *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, coll. « NRF Essais », 2010.
- TROPER M., JAUME L. (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », 1994.
- VIALA A. (dir.), *La constitution et le temps. Vème séminaire franco-japonais de droit public*, L'Hermès, 2003.
- VIDAL-NAQUET A., *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, mémoire DEA (dact.), Paris II, 1999.
- ZOLLER E. (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain / A French-American Dialogue*, Dalloz, 2003.

II. ARTICLES et CONTRIBUTIONS

A) Philosophie et théorie du droit

- AMSELEK P., « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », *Revue internationale de philosophie*, n° 138, 1981, p. 460.
- BEAUD O., « Hauriou et le droit naturel », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit*, n° 6, 1988, p. 123.
- BEAUD O., « Repenser la démocratie constitutionnelle : le pari d'une théorie "post-positiviste" du droit », *Critique*, n° 642, 2000, p. 940.
- BEAUD O., « A propos des *Ecrits de théorie du droit* de Charles Eisenmann », *Droits*, n° 36, 2002, p. 189.
- BECHILLON (de) D., « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. Réflexions critiques », *RRJ*, n° 1, 1994, p. 247.
- BECHILLON (de) D., « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? », in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 29.
- BOBBIO N., « Sur le positivisme juridique », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, tome I. Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz – Sirey, 1961, p. 5.
- BOBBIO N., « Kelsen et les sources du droit », *Revue internationale de philosophie*, n° 138, 1981, p. 474.
- BOURETZ P., « Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation : l'énigmatique légitimité du juge », *Pouvoirs*, n° 74, 1995, p. 71.
- BRUNET P., « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in GREWE C., JOUANJAN O., MAULIN E., WACHSMANN P. (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 115.
- BURDEAU G., « Raymond Carré de Malberg. Son œuvre, sa doctrine », *RDP*, n° 2, 1935, p. 354.
- CAPITANT R., « L'œuvre juridique de Raymond Carré de Malberg », in *Ecrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 259.
- CARRÉ de MALBERG R., « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Sirey, 1934, p. 192.
- CAYLA O., « La chose et son contraire (et son contraire, etc.) », *Les Etudes philosophiques*, n° 3, 1999, p. 291.
- CHEVALLIER J., « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos. Problèmes de droit public contemporain*, LGDJ, 1974, p. 275.
- CHEVALLIER J., « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, n° 50, 2002, p. 103.
- DOAT M., « Quelques remarques sur la méthodologie d'Hauriou : entre droit et faits », *RRJ*, n° 2, 2002, p. 613.
- DUGUIT L., « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP*, 1906, p. 413.

- DYENS S., SALES E., « Le Conseil constitutionnel est-il herculéen ? », *RA*, n° 291, 1996, p. 275 et n° 292, p. 390.
- EISENMANN C., « Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen », *Actes du Colloque de Strasbourg*, 1956, p. 59.
- FEVRIER J.-M., « Sur l'idée de légitimité », *RRJ*, n° 1, 2002, p. 367.
- GARAPON A., « La question du juge », *Pouvoirs*, n° 74, 1995, p. 13.
- GJIDARA S., « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA*, n° 105, 26/05/2004, p. 3.
- GODDING P., « Jurisprudence et motivation des sentences du Moyen Âge à la fin du 18^{ème} siècle », in C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, 1978, p. 37.
- GOYARD-FABRE S., « De l'idée de norme à la science des normes : Kant et Kelsen », in AMSELEK P. (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 211.
- GRZEGORCZYK C., « Le rôle du performatif dans le langage du droit », *APD*, n° 19, 1974, p. 229.
- GRZEGORCZYK C., « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », *Droits*, n° 7, 1988, p. 47.
- GUASTINI R., « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », in AMSELEK P. (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 249.
- HABIB L., « L'impur objet de la science du droit », *Droits*, n° 11, 1990, p. 93.
- HAURIOU M., « Les éléments du contentieux », *RALT*, 1905, p. 1.
- HAURIOU M., « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) » (1925), repr. in *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bloud & Gay, 1933, p. 89.
- HEUSCHLING L., « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction théorique », in GREWE C., JOUANJAN O., MAULIN E., WACHSMANN P. (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 85.
- HUSSON L., « Les trois dimensions de la motivation judiciaire », in PERELMAN C., FORIERS P. (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, coll. « Travaux du Centre national de recherches de logique », 1978, p. 69.
- JEAMMAUD A., « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, chron. - XXXIV, p. 199.
- JEAMMAUD A., « Une typologie des activités savantes prenant le droit pour objet », *Sciences de l'Homme et de la Société*, n° 54, 1999, p. 10.
- JEAMMAUD A., « Conflit/Litige », in ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 255.
- JEAMMAUD A., « De la polysémie du terme "principe" dans les langages du droit et des juristes », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 50.
- JEAND'HEUR B., « Science du langage et science du droit : problèmes communs du point de vue de la théorie structurante du droit », *Droits*, n° 28, 1999, p. 143.
- JEULAND E., « L'énigme du lien de droit », *RTDC*, n° 3, 2003, p. 455.

- JOUANJAN O., « Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen », in JOUANJAN O. (coord.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, PUF, coll. « Débats philosophiques », 2010, p. 11.
- JUST G., « La "jurisprudence herméneutique" et son horizon : l'interprétation entre ses conditions et ses possibilités », *Droits*, n° 40, 2004, p. 219.
- KERVEGAN J.-F., « La critique schmittienne du normativisme kelsénien », in HERRERA C.-M. (dir.), *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, L'Harmattan, 1995, p. 229.
- LAUBADERE (de) A., « Le Doyen Maurice Hauriou et Léon Duguit », in *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence : Journées Hauriou, Toulouse, mars 1968*, Pédone, 1969, p. 209.
- LEBEN C., « Troper et Kelsen », *Droits*, n° 37, 2003, p. 13.
- LE COUSTOMER J.-C., « Réalisme, scepticisme et contraintes juridiques », *Droits*, n° 36, 2002, p. 161.
- LE COUSTOMER J.-C., « Texte, norme et Etat de droit chez Friedrich Müller », inédit, source : www.theoriedudroit.net/notes/index.php/2008/03/18/29-texte-et-norme-chez-friedrich-muller.
- LOCHAK D., « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? Une neutralité impossible », in AMSELEK P. (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 293.
- MAGNON X., « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 233.
- MAULIN E., « Positivismes », in ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 1171.
- MILLARD E., « Une théorie empiriste du droit est-elle possible ? Lectures d'Alf Ross. Présentation », *Droit et société*, n° 50, 2002, p. 13.
- OST F., « L'instituant ou l'institué ? L'institué ou l'instituant ? Le droit a-t-il pour vocation du durer ? », in OST F., VAN HOECKE M. (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruylant, 1998, p. 7.
- OST F., KERCHOVE (van de) M., « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », in CHAZEL F., COMMAILLE J. (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991, p. 67.
- PETEV V., « Hans Kelsen et le Cercle de Vienne. A quel point la théorie du droit est-elle scientifique ? », in AMSELEK P. (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 233.
- PFERSMANN O., « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits*, n° 28, 1999, p. 83.
- PFERSMANN O., « Arguments ontologiques et argumentation juridique », in PFERSMANN O., TIMSIT G. (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 11.
- PONTTHOREAU M.-C., « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, n° 1, 2005, p. 7.
- RAYNAUD P., « Philosophie de Michel Troper », *Droits*, n° 37, 2003, p. 3.

- RICCEUR P., « L'herméneutique et la méthode des sciences sociales », in AMSELEK P. (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 15.
- ROUSSEAU D., « Propositions pour construire la pensée du droit dérobé », in ROUSSEAU D. (dir.), *Le droit dérobé*, Montchrestien, 2007, p. 2.
- SABETE W., « Quelle théorie de la science juridique ? Réflexion sur la représentation scientifique du droit public », *RDP*, n° 5, 2000, p. 1291.
- SALAS D., « Procès », in ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 1238.
- SAUVEL T., « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, p. 5.
- TIMSIT G., « Science juridique et science politique selon Charles Eisenmann », in AMSELEK P. (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica – PUAM, 1986, p. 15.
- TIMSIT G., « Système », in ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 1462.
- TROPER M., « La motivation des décisions constitutionnelles », in PERELMAN C., FORIERS P. (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, coll. « Travaux du Centre national de recherches de logique », 1978, p. 287.
- TROPER M., « Système juridique et Etat », *APD*, n° 31, 1986, p. 29.
- TROPER M., « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, n° 10, 1989, p. 101.
- TROPER M., « Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen », in BOURETZ P. (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Esprit, 1991, p. 117.
- TROPER M., « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in AMSELEK P. (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 310.
- TROPER M., « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in AMSELEK P. (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995, p. 235.
- TROPER M., « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et Société*, n° 50, 2002, p. 43.
- TROPER M., « Positivisme juridique », in RAYNAUD P., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3^{ème} édition, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 576.
- VEDEL G., « Le Doyen Maurice Hauriou et la Science politique », in *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence : Journées Hauriou, Toulouse, mars 1968*, Pédone, 1969, p. 91.
- VILLA V., « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in AMSELEK P. (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 281.
- WALINE M., « Défense du positivisme juridique », *APDSJ*, 1939-1940, p. 83.
- WIEDERKEHR G., « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 575.
- WROBLEWSKI J., « Les langages juridique : une typologie », *Droit et Société*, n° 8, 1988, p. 15.

B) *Théorie constitutionnelle et de l'Etat*

- AGUILA Y., « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC*, n° 21, 1995, p. 9.
- BARANGER D., « Temps et constitution », *Droits*, n° 30, 2000, p. 45.
- BARANGER D., « Les constitutions de Michel Troper », *Droits*, n° 37, 2003, p. 123.
- BARANGER D., « Quand et pourquoi peut-on raisonner en terme de conflit constitutionnel », in HUMMEL J. (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, PUR, coll. « L'Univers des Normes », 2010, p. 167.
- BAUME S., FONTANA B., « La séparation des pouvoirs : sens d'une exigence juridico-politique », in BAUME S., FONTANA B. (dir.), *Les usages de la séparation des pouvoirs*, Houdiard, 2008, p. 7.
- BEAUD O., « Maastricht et la théorie constitutionnelle. La nécessaire et inévitable distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle », *LPA*, n° 39, 31/03/1993, p. 14 et n° 40, 02/04/1993, p. 7.
- BEAUD O., « Le Souverain », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 33.
- BEAUD O., « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht. Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *RFDA*, n° 6, 1993, p. 1045.
- BEAUD O., « La souveraineté dans la "Contribution à la théorie générale de l'Etat" de Carré de Malberg », *RDP*, n° 5, 1994, p. 1251.
- BEAUD O., « Constitution et constitutionnalisme », in RAYNAUD P., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3^{ème} édition, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 133.
- BEAUD O., « Constitution et droit constitutionnel », in ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 257.
- BEAUD O., « Michel Troper et la séparation des pouvoirs », *Droits*, n° 37, 2003, p. 149.
- BEAUD O., « Kelsen contre Schmitt », in BEAUD O., PASQUINO P. (dir.), *La controverse sur « le gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, éd. Panthéon-Assas (LGDJ diff.), coll. « Colloques », 2007, p. 197.
- BEAUD O., « Compétence et souveraineté », in AFDA, *La compétence*, Litec, coll. « Colloques & Débats », 2008, p. 5.
- BEAUD O., « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, n° 3, 2009, source électronique : www.juspoliticum.com/L-histoire-du-concept-de.html.
- BURDEAU G., « Une survivance : la notion de Constitution », in *L'évolution du droit public. Etudes offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 53.
- BURDEAU G., « L'apport de Carré de Malberg à la théorie de la loi », in *Relation des Journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg 1861-1935*, Dalloz, coll. « Annales de la Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Strasbourg ; vol. XV », 1961, p. 98.

- CAMY O., « Le retour au décisionnisme : l'exemple de l'interprétation des pratiques constitutionnelles par la doctrine française », *RDP*, n° 4, 1996, p. 1019.
- CAYLA O., « L'obscur théorie du pouvoir constituant originaire ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 249.
- COMBACAU J., « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 47.
- CONSTANTINESCO V., « La constitutionnalisation de l'Union européenne », in RIDEAU J. (dir.), *De la Communauté à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, LGDJ, 2000.
- DENQUIN J.-M., « Justice constitutionnelle et justice politique », in GREWE C., JOUANJAN O., MAULIN E., WACHSMANN P. (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 75.
- DENQUIN J.-M., « Sur le "respect de la Constitution" », in CHAGNOLLAUD D. (dir.), *Les 50 ans de la Constitution. 1958-2008*, Litec, 2008, p. 113.
- DENQUIN J.-M., « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, n° 1, 2008, source : www.juspoliticum.com/Jean-Marie-Denquin-Situation.html.
- DEROSIER J.-P., « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », *RFDC*, n° 76, 2008, p. 785.
- DROMARD F.-G., « Réflexions sur l'unité de l'œuvre de Carré de Malberg », *Droits*, n° 44, 2007, p. 187.
- DUBOS O., « Une constitution européenne, des constitutions nationales », *REDP*, n° 3, 2003, p. 985.
- DUBOUT E., « "Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France" : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, n° 83, 2010, p. 451.
- ECK L., « Réflexions sur "les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France" à la lumière de la pensée de Ronald Dworkin », *RRJ*, n° 2, 2008, p. 1061.
- EISENMANN C., « Sur l'objet et la méthode des sciences politiques », in UNESCO, *La science politique contemporaine. Contribution à la recherche, la méthode et l'enseignement*, 1950, p. 96.
- EISENMANN C., « La pensée constitutionnelle de Montesquieu », in *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'Esprit des lois 1748-1948*, Sirey, 1952, p. 133.
- EISENMANN, « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Sirey, 1933, repr. *CPP*, n° 2-3, 1985, p. 3.
- FAVOREU L., « De la démocratie à l'Etat de droit », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 158.
- FAVRET J.-M., « L'intégration européenne et la France : quelques réflexions sur la divisibilité de la souveraineté », *RDP*, n° 6, 1999, p. 1741.
- FELDMAN J.-P., « Un traité peut-il établir une constitution ? Sur et au-delà de la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 du Conseil constitutionnel », *Politeia*, n° 8, 2005, p. 165.

- FRAISSEIX P., « Le "prétoricentrisme", coup d'Etat de droit ? », *RRJ*, n° 1, 2005, p. 285.
- GAUDEMET P., « La séparation des pouvoirs. Mythe et réalité », *D.*, 1961, p. 121.
- GRABARCZYK K., « La notion de constitution à l'épreuve des révisions constitutionnelles », *RRJ*, 2007, p. 1331.
- GUSY C., « Juge constitutionnel et "gardien de la Constitution" », in GREWE C., JOUANJAN O., MAULIN E., WACHSMANN P. (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 161.
- HABERMAS J., « Le paradoxe de l'Etat de droit démocratique », *Les temps modernes*, n° 610, 2000, p. 76.
- HUMMEL J., « Les conflits constitutionnels. Définition(s) d'un objet d'étude », in HUMMEL J. (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, PUR, coll. « L'Univers des Normes », 2010, p. 9.
- JAN P., « Les séparations du Pouvoir », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 255.
- JAUME L., « Peuple et individu dans le débat Hobbes-Rousseau. D'une représentation qui n'est pas celle du peuple à un peuple qui n'est pas représentable », in F. d'ARCY (dir.), *La représentation*, Economica, 1985, p. 39.
- JAUME L., « Représentation », in ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 1335.
- JOUANJAN O., « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, n° spéc., 1998, p. 44.
- JOUANJAN, « Etat de droit », in ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 649.
- JOUANJAN O., « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'Etat ? Point de vue français », *RUDH*, n° 1-2, 2003, p. 99.
- KLEIN C., « Le contrôle des lois constitutionnelles. Introduction à une problématique moderne », *CCC*, n° 27, 2009, p. 9.
- LEBEN C., « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, n° 14, 1991, p. 61.
- LE DIVELLEC A., « Le gardien de la constitution de Carl Schmitt. Eléments sur les paradoxes d'une "théorie" constitutionnelle douteuse », in BEAUD O., PASQUINO P. (dir.), *La controverse sur « le gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, éd. Panthéon-Assas (LGDJ diff.), coll. « Colloques », 2007, p. 33.
- LE DIVELLEC A., « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, n° 4, 2010, source : <http://juspoliticum.com/L-ordre-cadre-normatif-Esquisse-de.html>.
- LE MONG N., « Contribution à la théorie de la constitution souveraine par le peuple », *RDP*, n° 4, 1971, p. 923.
- LEPSIUS O., « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'Etat ? Point de vue allemand : de la théorie de l'Etat à la théorie des formes de domination », *RUDH*, n° 1-2, 2003, p. 86.
- MANIN B., « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », *Le débat*, n° 33, 1985, p. 72.

- MAULIN E., « Aperçu d'une histoire de la modélisation des formes de justice constitutionnelle », in GREWE C., JOUANJAN O., MAULIN E., WACHSMANN P. (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 137.
- PASQUINO P., « Gardien de la Constitution ou justice constitutionnelle ? Carl Schmitt et Hans Kelsen », in TROPER M., JAUME L. (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », 1994, p. 143.
- PFERSMANN O., « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », in BEAUD O., WACHSMANN P. (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, PU Strasbourg, coll. « Annales de la Faculté de droit de Strasbourg ; 1 », 1997, p. 295.
- PFERSMANN O., « Théories de l'interprétation constitutionnelle », *AJJC*, n° 17, 2001, p. 351.
- PFERSMANN, « De l'impossibilité du changement de sens de la constitution », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 353.
- PFERSMANN O., « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution », in MELIN-SOUCRAMANIEN F. (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 33.
- PIERRE-CAPS S., « L'esprit des constitutions », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 375.
- PIERRE-CAPS S., « La constitution comme ordre de valeurs », in *La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 283.
- PIERRE-CAPS S., « La souveraineté, expression de la singularité de la République », in MATHIEU B. (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 161.
- PIMENTEL C.-M., « Du contrat social à la norme suprême : l'invention du pouvoir constituant », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, n° 3, 2009, source Internet : www.juspoliticum.com/Du-contrat-social-a-la-norme.html.
- PONTTHOREAU M.-C., « La Constitution comme structure identitaire », in CHAGNOLLAUD D. (dir.), *Les 50 ans de la Constitution. 1958-2008*, Litec, 2008, p. 31.
- RAYNAUD P., « Des droits de l'homme à l'Etat de droit. Les droits de l'homme et leurs garanties chez les théoriciens français classiques du droit public », *Droits*, n° 2, 1985, p. 61.
- RAYNAUD P., « Constitutionnalisme », in ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 266.
- RAYNAUD P., « *Marbury v. Madison* et l'*original intent* : réflexions sur quelques débats contemporains », in ZOLLER E. (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain / A French-American Dialogue*, Dalloz, 2003, p. 187.
- RIALS S., « Supraconstitutionnalité et systématicité du droit », *APD*, n° 31, 1986, p. 57.

- RIALS S., « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le débat*, n° 64, 1991, p. 163.
- ROUSSEAU D., « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, n° 1, 1990, p. 5.
- ROUSSEAU D., « De la démocratie continue », in ROUSSEAU D. (dir.), *La démocratie continue*, Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », 1995, p. 5.
- ROUSSEAU D., « L'Etat de droit est-il un Etat de valeurs particulières ? », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 885.
- SAINT-BONNET F., « La double genèse de la justice constitutionnelle en France. La justice politique au prisme des conceptions françaises », *RDP*, n° 3, 2007, p. 753.
- SPITZ J.-F., « Le contrat social », *Droits*, n° 12, 1990, p. 25.
- STECKEL M.-C., « Réflexions autour de la notion de controverse constitutionnelle », *RDP*, n° 2, 2004, p. 415.
- TROPER M., « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 133.
- TROPER M., « La Constitution et ses représentations sous la Ve République », *Pouvoirs*, n° 4, 1978, p. 61.
- TROPER M., « Charles Eisenmann contre le mythe de la séparation des pouvoirs », *CPP*, n° 2-3, 1985, p. 67.
- TROPER M., « Le droit, la raison et la politique », *Le débat*, n° 64, 1991, p. 187.
- TROPER M., « Le constitutionnalisme entre droit et politique », in CURAPP, *Droit et politique*, PUF, 1993, p. 82.
- TROPER M., « Démocratie continue et justice constitutionnelle », in ROUSSEAU D. (dir.), *La démocratie continue*, Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », 1995, p. 125.
- TROPER M., « Souveraineté de l'Etat et hiérarchie des normes dans la jurisprudence constitutionnelle. En guise d'introduction : la théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *CCC*, n° 9, 2000, p. 93.
- TROPER, « Séparation des pouvoirs », in RAYNAUD P., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3^{ème} édition, PUF, 2003, p. 708.
- TROPER M., « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », in ZOLLER E. (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain / A French-American Dialogue*, Dalloz, 2003, p. 216.
- TROPER M., « L'interprétation constitutionnelle », in MELIN-SOUCRAMANIEN F. (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 13.
- TROPER M., « La souveraineté comme principe d'imputation », in MAILLARD DESGREE du LOÛ D. (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, coll. « Grands colloques », 2006, p. 69.
- VEDEL G., « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 79.
- VIALA A., « La notion d'Etat de droit : l'histoire d'un défi à la science juridique », *REDP*, n° 1, 2001, p. 674.

- VIALA A., « L'esprit des constitutions par-delà les changements », in VIALA A. (dir.), *La constitution et le temps. Vème séminaire franco-japonais de droit public*, L'Hermès, 2003, p. 27.
- ZANON N., « La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle », *AJJC*, n° 5, 1989, p. 177.

C) Articles généraux de droit constitutionnel

- ABRAHAM R., « L'articulation du droit interne et du droit international », in CACHIN G., POIRAT F., SZUREK S. (dir.), *La France et le droit international*, Pédone, 2007, p. 257.
- ALBERTON G., « De l'indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité », *RFDA*, n° 2, 2005, p. 249.
- ALBERTON G., « Peut-on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité ? », *AJDA*, 2008, p. 967.
- ALLAND D., « Le droit international "sous" la Constitution de la Cinquième République », *RDP*, n° 5/6, 1998, p. 1649.
- ALLAND D., « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA*, n° 6, 1998, p. 1094.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de "fondamentalité" ? », *RFDA*, n° 1, 2002, p. 124.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « Constitution européenne et droits fondamentaux. Au fondement d'une "Stratocratie constitutionnelle" : le virtuel et le réel », *Annuaire de Droit européen*, n° 1, 2003, p. 160.
- BECHET-GOLOVKO K., « Qu'en est-il du concept de "souveraineté" ? A l'occasion de la décision du Conseil constitutionnel sur le traité de Lisbonne ? », *Politeia*, n° 13, 2008, p. 75.
- BENETUILLIERE S., « Le temps et le droit constitutionnel. Un point de vue interdisciplinaire », in ROBBE F. (dir.), *Le temps et le droit constitutionnel*, PUAM, 2010, p. 15.
- BERLIA G., « Le juge et la politique étrangère », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, LGDJ, 1974, t. I, p. 139.
- BRUNET P., « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 5.
- CAMY O., « Le chef de l'Etat est-il souverain sous la Ve République », *RFDC*, n° 25, 1995.
- CANIVET G., « Constitution nationale et Europe. La dialectique du Un et du Deux », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 73.
- CAYLA O., « La Constitution, le traité et la loi: contributions au débat sur la hiérarchie des normes. Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *CCC*, n° 7, 1999, p. 77.

- CAYLA O., « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans. Colloque, 27-28 octobre 1998, Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999, p. 106.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *D.*, n° 42, 1995, chron., p. 323.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., « Les droits et libertés fondamentaux en France. Genèse d'une qualification », in A. LYON-CAEN, P. LOKIEC (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 11.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., « Les nouveaux commandements de la production législative », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 267.
- CHALTIEL F., « Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen. Développements récents », *RMCUE*, n° 509, 2007, p. 361.
- CHARPY C., « Droit constitutionnel et droit communautaire. Le statut constitutionnel du droit communautaire dans la jurisprudence (récente) du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat (Contribution à l'étude des rapports de systèmes constitutionnel et communautaire) », *RFDC*, n° 79, 2009, p. 621 et n° 80, 2009, p. 795.
- DRAGO G., « La loi sous la Ve République. Un essai de typologie », in CHAGNOLLAUD D. (dir.), *Les 50 ans de la Constitution. 1958-2008*, Litec, 2008, p. 227.
- DROIN N., « Retour sur la loi constitutionnelle de 1884 : contribution à une histoire de la limitation du pouvoir constituant dérivé », *RFDC*, n° 80, 2009, p. 725.
- DUBOUIS L., « Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 205.
- DUBOUT E., NABLI B., « L'émergence d'un droit français de l'intégration européenne », *RFDA*, n° 5, 2010, p. 1021.
- EISENMANN C., « Droit constitutionnel et science politique », *Revue Internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, n° 7, 1957, p. 72.
- FAVOREU L., « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 71.
- FAVOREU L., « Légalité et constitutionnalité », *CCC*, n° 3, 1997, p. 73.
- FAVRE J., TARDIVEL B., « Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de "libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle" », *RDP*, n° 5, 2000, p. 1411.
- GAUDIN H., ROUSSEAU D., « Le droit constitutionnel européen en débat », *RDP*, n° 3, 2008, p. 721.
- GENEVOIS B., « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA*, n° 5, 1998, p. 909.
- GREWE C., « L'actualité du droit constitutionnel ou la résurrection d'une discipline juridique », in *Du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Mélanges Raymond Goy*, PU Rouen, 1998, p. 85.
- GREWE C., RUIZ-FABRI H., « La constitutionnalisation à l'épreuve du droit international et du droit européen », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pedone, 2004, p. 189.

- GUILLAUME M., « La constitution de 1958 et l'Europe : de l'union libre au PACS », *Pouvoirs*, n° 126, 2008, p. 71.
- GUSY C., « Considérations sur le "droit politique" », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, n° 1, 2008, trad. A. LE DIVELLEC, source électronique : www.juspoliticum.com/Considerations-sur-le-droit.html.
- HAQUET A., « Droit pénal constitutionnel ou droit constitutionnel pénal ? », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 233.
- HERVOUËT F., « Les relations entre ordre juridique communautaire et ordres juridiques nationaux. De la primauté à la sphère de compétence », in *Le droit administratif, permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 649.
- JAN P., « L'immunité juridictionnelle des lois de révision constitutionnelle », *LPA*, n° 218, 31/10/2003, p. 4.
- KELSEN H., « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCDAl*, IV, 1926, p. 231.
- LABAYLE H., « L'abolition de la peine capitale, exigences constitutionnelles et mutations européennes », *RFDA*, n° 2, 2006, p. 308.
- LE DIVELLEC A., LEVADE A., PIMENTEL C.-M., « Avant-propos », *CCC*, n° 27, 2009, p. 4.
- LENOIR N., « Les rapports entre le droit constitutionnel français et le droit international à travers le filtre de l'article 54 de la Constitution de 1958 », in DUPUY P.-M. (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ diff., 2001, p. 11.
- MABAKA P. M., « Suprématie de la constitution et primauté du droit européen : mariage impossible ? », *RRJ*, n° 2, vol. 1, 2001, p. 692.
- MAGNON X., « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence », *RFDC*, n° 59, 2004, p. 595.
- MARDIERE (de la) C., « Retour sur la valeur juridique de la Déclaration de 1789 », *RFDC*, n° 35, 2000, p. 227.
- MATHIEU B., « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, n° 27, 1995, p. 211.
- MATHIEU B., « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in FRAISSEIX P. (coord.), *Mélanges Patrice Gélard. Droit constitutionnel*, Montchrestien, 2000, p. 301.
- MATHIEU B., « Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national. Bilan et incertitudes relatifs aux évolutions récentes de la jurisprudence des juges constitutionnel et administratif », *RFDC*, n° 72, 2007, p. 675.
- MAZEAUD P., « Vœux du président du Conseil constitutionnel au président de la République », *CCC*, n° 18, 2005, p. 2.
- MAZERON F., « Pour un renouvellement de la relation entre la constitution française et la norme d'origine externe », *RRJ*, n° 3, 2006, p. 1439.

- MONTALIVET (de) P., « La "juridicisation" de la légistique. A propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in R. DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 99.
- PEZANT J.-L., « De la situation de nécessité. Réflexions sur les avatars du raisonnement juridique dans la matière constitutionnelle », *RFDC*, n° 42, 2000, p. 271.
- PIMENTEL C.-M., « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, n° 1, 2008, source électronique : www.juspoliticum.com/Essai-de-Pim-s.html.
- RIDEAU J., « Constitution et droit international dans les Etats membres des Communautés européennes. Réflexions générales et situation française », *RFDC*, n° 2, 1990, p. 259.
- RIDEAU J., « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : les orphelins de la pyramide », *RDP*, n° 3, 2009, p. 601.
- ROSSETTO J., « Ordre constitutionnel interne et droit communautaire », in *Le droit administratif, permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 889.
- ROSSI L. S., « "Constitutionnalisation" de l'Union européenne et des droits fondamentaux », *RTDE*, n° 1-2, 2002, p. 27.
- ROUSSEAU D., « Pour une constitution européenne », *Le débat*, n° 108, 2000, p. 54.
- SAINT-BONNET F., « Le droit contre la loi. Regard sur les mutations du droit constitutionnel au XXe siècle », in GOYARD-FABRE S. (dir.), *L'Etat au XXe siècle. Regards sur la pensée juridique et politique du monde occidental*, Vrin, 2004, p. 111.
- SAINT-BONNET F., « De la longévité de la Ve République. Le nouveau droit constitutionnel et ses gardiens », in CHAGNOLLAUD D. (dir.), *Les 50 ans de la Constitution. 1958-2008*, Litec, 2008, p. 135.
- SCHMITTER G., « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », *AJJC*, n° 5, 1989, p. 137.
- SIMON D., « Le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la constitution : un risque d'incompatibilité avec le droit communautaire ? », *Europe*, n° 5, 2009, p. 1.
- SZYMCAK D., « Aperçu des évolutions récentes du droit constitutionnel européen », *Annuaire de Droit européen*, n° 1, 2003, p. 785.
- TREMEAU J., « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *AJJC*, n° 6, 1990, p. 219.
- TROPER M., « L'avenir du droit constitutionnel », *RBDC*, n° 2, 2001, p. 129.
- TROPER M., « Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français », in HERRERA C.-M. (dir.), *L'actualité de Kelsen en France*, Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2001, p. 29.
- VEDEL G., « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *RDP*, n° 1, 1989, p. 11.
- VEDEL G., « Aspects généraux et théoriques », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland DRAGO*, Economica, 1996, p. 1.
- VEDEL G., « Propos d'ouverture », in MATHIEU B., VERPEAUX M. (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica – PUAM, 1998, p. 13.
- VERPEAUX M., « Question préjudicielle et renouveau constitutionnel », *AJDA*, 2008, p. 1879.

- VIALA A., « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline », in MATHIEU B. (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 519.
- WALINE M., « Quelques réflexions sur la notion de constitution en droit positif français », *APDSJ*, 1933, p. 112.
- WOEHLING J.-M., « La France peut-elle se passer du principe de confiance légitime ? », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 749.

D) Justice et jurisprudence constitutionnelles

- AGUIAR de LUQUE L., « Le contrôle de constitutionnalité des normes dans le "modèle européen de justice constitutionnelle" », in *La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 3.
- ARRIGHI de CASANOVA J., « La décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 et la hiérarchie des normes », *AJDA*, 2004, p. 1534.
- ARMAND G., « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *RFDC*, n° 65, 2006, p. 37.
- AUTIN J.-L., « Le Conseil d'Etat et la constitutionnalité de la loi », *LPA*, n° 142, 18/07/2006, p. 3.
- BADINTER R., « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant », in *Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, p. 217.
- BADINTER R., « Une longue marche. "Du Conseil à la Cour constitutionnelle" », *CCC*, n° 25, 2008, p. 6.
- BEAUD O., « Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle », *CCC*, n° 27, 2009, p. 43.
- BECHILLON (de) D., « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 109.
- BECHILLON (de) D., « La question de constitutionnalité peut-elle être "prioritaire" ? Un arrière-plan à ne pas perdre de vue », *JCP, G.*, n° 21, 2010, p. 1042.
- BECHILLON (de) D., MOLFESSIS N., « Le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit », *CCC*, n° 16, 2004, p. 99.
- BELLESCIZE (de) R., « Grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel (à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat, Section, 27 septembre 2006, *Bayrou et autres* et de la décision du Conseil constitutionnel, n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*) », *RFDA*, n° 6, 2006, p. 1163.
- BELORGEY J.-M., GERVASONI S., LAMBERT C., « Droit communautaire et Constitution française : le débat est relancé », *AJDA*, 2004, p. 2261.
- BLACHÈRE P., « Les temps de la saisine du Conseil constitutionnel », in VIALA A. (dir.), *La constitution et le temps. Vème séminaire franco-japonais de droit public*, L'Hermès, 2003, p. 237.
- BLACHÈRE P., « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 17.

- BLACHÈRE P., PROTIÈRE G., « Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution face aux directives communautaires », *RFDC*, n° 69, 2007, p. 123.
- BLUMANN C., « L'article 54 de la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité des traités en France », *RGDIP*, 1978, p. 537.
- BOCKEL A., « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », in *Itinéraires. Etudes en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, 1982, p. 43.
- BON P., « La question préjudicielle de constitutionnalité en France : solution ou problème ? », in Institut Louis-Favoreu – GERJC (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ?*, PUAM, 2009, p. 223.
- BON P., « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, n° 6, 2009, p. 1107.
- BOUVIER V., « La nature du contrôle de constitutionnalité », *Droits*, n° 1, 1985, p. 143.
- BOUVIER V., « La notion de juridiction constitutionnelle », *Droits*, n° 9, 1989, p. 119.
- BRUCE E., « Faut-il intégrer le droit communautaire aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité ? », *RFDC*, n° 63, 2005, p. 539.
- BURGOGUE-LARSEN L., « La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004) : "Un Solange II à l'espagnole" », *CCC*, n° 18, 2005, p. 154.
- BURGOGUE-LARSEN L., « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Etat des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61 § 1 de la Constitution », *RFDA*, n° 4, 2009, p. 787.
- CAMBY J.-P., « Supra-constitutionnalité : la fin d'un mythe », *RDP*, n° 3, 2003, p. 671.
- CAMBY J.-P., « La loi et la norme. A propos de la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 », *RDP*, n° 4, 2005, p. 849.
- CAMBY J.-P., « La sécurité juridique : une exigence juridictionnelle », *RDP*, n° 5, 2006, p. 1169.
- CAMBY J.-P., « Le Conseil constitutionnel, l'Europe, son droit et ses juges », *RDP*, n° 4, 2009, p. 1216.
- CAMBY J.-P. et GUY S., « Deux points de vue sur les annexes législatives », *RDP*, n° 5, 2002, p. 1251.
- CARCASSONNE G., « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *CCC*, n° 7, 1999, p. 93.
- CARCASSONNE G., « Un plaidoyer résolu en faveur d'un tel contrôle sagement circonscrit », *CCC*, n° 27, 2009, p. 46.
- CARPENTIER E., TREMEAU J., « La confrontation de la loi à la Constitution par le juge ordinaire. Qu'en pensez-vous ? », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 553.
- CARRÉ de MALBERG R., « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », *Revue Politique et Parlementaire*, n° 132, 1927, p. 339.
- CARRÉ de MALBERG R., « La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels », *Annuaire de l'Institut International de Droit public*, 1929, p. 144.

- CASSIA P., « Principe constitutionnel d'égalité : renvoi à la CJCE pour difficulté sérieuse », *JCP, G.*, n° 12, 2007, p. 65.
- CASSIA P., « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une "question" d'actualité », *RFDA*, n° 5, 2008, p. 877.
- CASSIA P., SAULNIER-CASSIA E., « Imbroglia autour de la question prioritaire de constitutionnalité », *D.*, n° 27, 2010, p. 1234.
- CAYLA O., « "Si la volonté générale peut errer" A propos de "l'erreur manifeste d'appréciation" du législateur », *Le Temps des Savoirs*, n° 2, 2000, p. 61.
- CHALTIEL F., « Peine de mort et souveraineté : nouvelles précisions sur le principe constitutionnel de souveraineté nationale (A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 13 octobre 2005) », *LPA*, n° 244, 08/12/2005, p. 5.
- CHALTIEL F., « Nouvelle précision sur les rapports entre le droit constitutionnel et le droit communautaire. La décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auteurs », *RFDC*, n° 68, 2006, p. 844.
- CHALTIEL F., « La décision du Conseil constitutionnel relative au traité de Lisbonne : autorité de la chose jugée et contribution à la définition de l'Union », *LPA*, n° 4, 04/01/2008, p. 3.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe », *RTDE*, n° 2, 2005, p. 557.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *CCC*, n° 21, 2006, p. 63.
- CHAMUSSY D., « Le Conseil constitutionnel, le droit d'amendement et la qualité de la législation », *RDP*, n° 4, 2007, p. 1073.
- CHAUVAUX D., « L'exception d'inconstitutionnalité, 1990-2009 : réflexions sur un retard », *RDP*, n° 3, 2009, p. 566.
- COMBACAU J., « La souveraineté internationale de l'Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *CCC*, n° 9, 2000, p. 113.
- CROZE H., « La question prioritaire de constitutionnalité : aspects procéduraux », *Procédures*, n° 2, 2010, p. 7.
- DELPEREE F., « Le Conseil constitutionnel et l'Europe des droits de l'homme », *CCC*, Hors série, 2009, p. 80.
- DELVOLVÉ P., « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, LGDJ – Montchrestien, 1988, p. 269.
- DESWARTE M.-P., « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 13, 1993, p. 23.
- DORD O., « Le Conseil constitutionnel face à la "Constitution européenne" : contrôle des apparences ou apparence de contrôle ? », *AJDA*, 2005, p. 212.
- DRAGO G., « Le contentieux constitutionnel des lois, contentieux d'ordre public par nature », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, p. 9.
- DRAGO G., « Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif », *RDP*, n° 1, 2006, p. 45.
- DRAGO G., « La "guerre des juges" n'aura pas lieu », *JCP, A.*, n° 14, 2007, p. 29.

- DRAGO G., « Exception d'inconstitutionnalité. Prolégomènes d'une pratique contentieuse », *JCP, G.*, n° 49, I.217, 2008, p. 13.
- DRAGO G., « La défense de la Constitution à regret. Principes et modalités de la question préjudicielle de constitutionnalité selon l'article 61-1 de la Constitution et le projet de loi organique », in Institut Louis-Favoreu – GERJC (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ?*, PUAM, 2009, p. 25.
- DRUESME G., « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire. A propos de la décision du 15 janvier 1975 », *RMC*, 1975, p. 285.
- DUBRULLE J.-B., « La compatibilité des lois avec la Constitution : un contrôle de constitutionnalité ? », *AJDA*, 2007, p. 127.
- DUTHEILLET de LAMOTHE O., « Le Conseil constitutionnel et le processus d'intégration communautaire », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet*, Pédone, 2008, p. 85.
- FATIN-ROUGE STEFANINI M., « Le Conseil constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions », *RFDC*, n° 78, 2009, p. 269.
- FAURE B., « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC*, n° 21, 1995, p. 47.
- FAVOREU L., « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Recueil d'études en l'hommage de Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 33.
- FAVOREU L., « La décision du Conseil constitutionnel du 22 mai 1985 relative au Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme », *AFDI*, 1985, p. 868.
- FAVOREU L., « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, n° 2, 1986, p. 611.
- FAVOREU L., « La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle », annexe in EISENMANN C., *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, rééd. Economica – PUAM, 1986, p. 367.
- FAVOREU L., « Dualité ou unité d'ordre juridique : Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat participent-ils de deux ordres juridiques différents ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, LGDJ – Montchrestien, 1988, p. 145.
- FAVOREU L., « La notion de Cour constitutionnelle », in *De la Constitution. Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Helbing & Lichtenhahn, coll. « Collection genevoise », 1996, p. 15.
- FLAUSS J.-F., « Le Conseil constitutionnel et les engagements internationaux relatifs à l'abolition définitive de la peine de mort », *RGDIP*, n° 1, 2006, p. 117.
- FRAISSE R., « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », *LPA*, n° 46, 05/03/2009, p. 74.
- FRANCK C., « L'évolution des méthodes de protection des droits et libertés par le Conseil constitutionnel sous la septième législature », *JCP, G.*, 1986, I, n° 3256.
- FROMONT M., « Le Conseil constitutionnel et les engagements internationaux de la France », in *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte. Festschrift für Hermann Mosler*, Springer-Verlag, 1983, p. 221.

- FROMONT M., « La Cour constitutionnelle fédérale et le droit », *Droits*, n° 11, 1990, p. 119.
- GADHOUN P.-Y., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2002 », *RA*, n° 332, 2003, p. 146.
- GALLETTI F., « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur "l'incompétence négative du législateur" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 58, 2004, p. 387.
- GARRIGOU-LAGRANGE J.-M., « Les partenaires du Conseil constitutionnel ou De la fonction interpellatrice des juges », *RDP*, n° 3, 1986, p. 647.
- GAUTIER M., MELLERAY F., « Le refus du Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire », *AJDA*, 2004, p. 1537.
- GEFFRAY E., « L'abrogation implicite de la loi par la Charte de l'environnement. Conclusions sur Conseil d'Etat, 24 juillet 2009, *Comité de recherche et d'information indépendance sur le génie génétique*, req. n°s 305314 et 305315 (2 espèces) », *RFDA*, n° 5, 2009, p. 963.
- GENEVOIS B., « Les conditions d'admission de la conformité des traités à la Constitution », *chron.*, *AJJC*, 1985, p. 430.
- GENEVOIS B., « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992 », *RFDA*, n° 3, 1992, p. 373.
- GENEVOIS B., « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution révisée », *RFDA*, n° 6, 1992, p. 937.
- GENEVOIS B., « Le droit de vote des citoyens de l'Union européenne aux élections municipales : un contrôle à quadruple détente ? A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 98-400 DC du 20 mai 1998 », *RFDA*, n° 4, 1998, p. 671.
- GENEVOIS B., « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international. A propos de la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 », *RFDA*, n° 2, 1999, p. 285.
- GENEVOIS B., « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *CCC*, n° 7, 1999, p. 101.
- GENEVOIS B., « Le Conseil d'Etat et l'application de la Constitution », in DRAGO G. (dir.), *L'application de la Constitution par les Cours suprêmes. Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 31.
- GENEVOIS B., « La Constitution et le juge administratif », in MATHIEU B. (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 355.
- GENEVOIS B., « L'enrichissement des techniques de contrôle », *CCC*, Hors série, 2009, p. 36.
- GENEVOIS B., « Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori* », *RFDA*, n° 1, 2010, p. 1.
- GEORGOPOULOS T., « Le Conseil constitutionnel face à la directive communautaire : trois destinataires pour un message ambivalent », *LPA*, n° 227, 15/11/2005, p. 3.

- GLASER E., « Réflexions sur la décision *Arcelor* », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 473.
- GOESEL-LE BIHAN V., « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 30, 1997, p. 227.
- GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFDC*, n° 45, 2001, p. 67.
- GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *RFDC*, n° 70, 2007, p. 269.
- GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *CCC*, n° 22, 2007, p. 141.
- GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », *LPA*, n° 46, 05/03/2009, p. 62.
- GOUTTES (de) R., « L'application de la Constitution par la Cour de cassation : aspects généraux et perspectives de droit civil », in DRAGO G. (dir.), *L'application de la Constitution par les Cours suprêmes. Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 55.
- GREWE C., « Subjectivité et objectivité dans le contentieux de la Cour de Karlsruhe », *Droits*, n° 9, 1989, p. 131.
- GREWE C., RUIZ-FABRI H., « Le Conseil constitutionnel et l'intégration européenne », *RUDH*, 1992, p. 277.
- GRIMM D., « La Cour européenne de justice et les juridictions nationales, vues sous l'angle du droit constitutionnel allemand », *CCC*, n° 4, 1998, p. 70.
- GUILLAUME M., « La Constitution et le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 (Cons. const., 20 décembre 2007) », *LPA*, n° 257-258, 25-26/12/2007, p. 3.
- GUYOMAR M., « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire. Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique Lorraine et autres* », *RFDA*, n° 2, 2007, p. 384.
- HABIB L., « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, n° 3, 1986, p. 695.
- JACQUELOT F., « Le juge constitutionnel et le droit comparé », *LPA*, n° 12, 16/01/2007, p. 8.
- JENNEQUIN A., « L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat. Plaidoyer pour une déjuridicisation de l'intelligibilité de la norme », *RFDA*, n° 5, 2009, p. 913.
- JOUANJAN O., « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, n° 2, 2009, source électronique : www.juspoliticum.com/Modeles-et-representations-de-la.html.
- KELSEN H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 197.
- KELSEN H., « Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine » (1942), trad. L. FAVOREU, *RFDC*, n° 1, 1990, p. 17.
- LABETOULLE D., « Les méthodes de travail au Conseil d'Etat et au Conseil constitutionnel », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, LGDJ – Montchrestien, 1988, p. 249.

- LAGRANGE M., « Du conflit entre loi et traité », *RTDE*, 1975, p. 49.
- LAVROFF D.-G., « Le Conseil constitutionnel et la norme constitutionnelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, PU Grenoble, 1995, p. 347.
- LANDAIS C., LENICA F., « L'abrogation implicite dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », *AJDA*, 2006, p. 357.
- LEBRETON J.-P., « Les particularités de la juridiction constitutionnelle », *RDP*, 1983, p. 419.
- LE FLOCH G., « Conseil constitutionnel, décision 2005-524/525 DC, décision du 13 octobre 2005. Note », *RGDIP*, n° 1, 2006, p. 207.
- LE POURHIET A.-M., « "L'injustice constitutionnelle" », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 223.
- LEVADE A., « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 687.
- LEVADE A., « Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé », *RDP*, n° 4, 2007, p. 889.
- LEVADE A., « Le Conseil constitutionnel aux prises avec la Constitution européenne », *RDP*, n° 1, 2005, p. 19.
- LEVADE A., « Constitution et Europe ou le juge constitutionnel au cœur des rapports de systèmes », *CCC*, n° 18, 2005, p. 133.
- LEVADE A., « Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires », *RFDA*, n° 3, 2007, p. 564.
- LEVADE A., « Le Conseil constitutionnel, régulateur des rapports de systèmes », in MATHIEU B. (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 729.
- LUCHAIRE F., « Le contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux et ses conséquences relatives à la Communauté européenne », *RTDE*, 1979, p. 391.
- LUCIANI M., « La question préjudicielle en Italie : expériences et problèmes », in Institut Louis-Favoreu – GERJC (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ?*, PUAM, 2009, p. 137.
- MAGNON X., « Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire », *Europe*, n° 8, 2004, p. 6.
- MAGNON X., « « Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? Interrogation(s) autour d'une lecture de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 sur "le traité de Lisbonne" », *RFDC*, n° 82, 2010, p. 417.
- MARCOU G., « Que reste-t-il de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 ? », *AJDA*, 2007, p. 192.
- MASSIEU V., « Les Amis du Conseil constitutionnel », in AFDC, GERJC-ILF (org.), MAUS D., ROUX A. (dir.), *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica – PUAM, coll. « Droit public positif », 2006, p. 177.
- MATHIEU B., « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle », *RFDA*, n° 2, 2000, p. 289.

- MATHIEU B., « Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national », *CCC*, n° 18, 2005, p. 141.
- MATHIEU B., « Les lois de finances au crible de la sécurité juridique (A propos des décisions 2005-530 DC et 2005-531 DC du 29 décembre 2005 du Conseil constitutionnel) », *LPA*, n° 10, 13/01/2006, p. 4.
- MATHIEU B., « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *CCC*, n° 21, 2006, p. 69.
- MATHIEU B., « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit », *JCP, G.*, n° 52, 2009, p. 54.
- MATHIEU B., « La guerre des juges n'aura pas lieu. A propos de la décision n° 2010-605 DC du Conseil constitutionnel », *JCP, G.*, n° 21, 24/05/2010, p. 1077.
- MATHIEU B., VERPEAUX M., « L'incidence des saisines sur la jurisprudence », in AFDC, GERJC-ILF (org.), MAUS D., ROUX A. (dir.), *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica – PUAM, coll. « Droit public positif », 2006, p. 49.
- MEINDL T., « Le Conseil constitutionnel aurait pu se reconnaître compétent », *RDP*, n° 3, 2003, p. 741.
- MELIN-SOUCRAMANIEN F., « La légitimité du Conseil constitutionnel : une question de procédure ? », *RBDC*, n° 3, 1999, p. 325.
- MELIN-SOUCRAMANIEN F., « La République contre Babel. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires* », *RDP*, n° 4, 1999, p. 985.
- MELIN-SOUCRAMANIEN F., « Du déni de justice constitutionnelle en droit public français », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 277.
- MELLERAY F., « La Constitution, norme d'application directe par le juge : conditions et limites », in DRAGO G. (dir.), *L'application de la Constitution par les Cours suprêmes. Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 17.
- MERLAND G., « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *CCC*, n° 16, 2004, p. 155.
- MILANO L., « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RDP*, n° 3, 2006, p. 637.
- MILLET F.-X., « Pour l'introduction d'un article 234 dans la Constitution française », *LPA*, n° 80, 22/04/2009, p. 4.
- MODERNE F., « L'intégration du droit administratif par le Conseil constitutionnel », in DRAGO G., FRANCOIS B., MOLFESSIS N. (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, coll. « Etudes juridiques », 1999, p. 67.
- MOLLION G., « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC*, n° 62, 2005, p. 257.
- MONTALIVET (de) P., « La question prioritaire de constitutionnalité. Etendue et limites d'un nouveau droit », *Droit administratif*, n° 3, 2010, p. 17.

- MOREAU J., « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1661.
- NADAL J.-L., « La Constitution et le juge judiciaire », in MATHIEU B. (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 345.
- ONDOUA A., « Le Conseil d'Etat et le statut contentieux de la loi », *RTDE*, 2006, n° 1, p. 187.
- PACTET P., « A propos de la marge de liberté du Conseil constitutionnel », in *Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, p. 2
- PELLET A., « Qui est juge constitutionnel en France ? », *Gaz. Pal.*, n° 14-15, 1976, p. 25.
- PELLET A., « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités. A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 1997 (traité d'Amsterdam) », *CCC*, n° 4, 1998, p. 113.
- PENA-SOLER A., « A la recherche de la liberté personnelle désespérément... », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1675.
- PFERSMANN O., « Le contrôle concret en Autriche », in Institut Louis-Favoreu – GERJC (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ?*, PUAM, 2009, p. 93.
- PHILIPPE X., « La question prioritaire de constitutionnalité : à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français... Réflexions après l'adoption de la loi organique », *RFDC*, n° 82, 2010, p. 274.
- PIZZORUSSO A., « Présentation de la Cour constitutionnelle italienne », *CCC*, n° 6, 1999, p. 22.
- PLATON S., « Question prioritaire de constitutionnalité et droit de l'Union européenne : réflexions autour de la question préjudicielle posée par la Cour de cassation le 16 avril 2010 », *JCP, A.*, n° 19, 2010, p. 23.
- PONTTHOREAU M.-C., « Le recours à "l'argument de droit comparé" par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques », in MELIN-SOUCRAMANIEN F. (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 167.
- PRIET F., « L'incompétence négative du législateur », *RFDC*, n° 17, 1994, p. 59.
- QUOC DINH N., « La jurisprudence française actuelle et le contrôle de la conformité des lois aux traités », *AFDI*, 1975, p. 859.
- RENOUX T. S., « Techniques juridictionnelles et procédurales », *AIJC*, n° 1, 1985, p. 135.
- RENOUX T. S., « Autorité de chose jugée ou autorité de la Constitution ? A propos de l'effet des décisions du Conseil constitutionnel », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 835.
- RIBES D., « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *RBDC*, n° 3, 1999, p. 237.
- RIBES D., « Les experts au Palais-Royal : la place de l'expertise dans le contrôle de constitutionnalité », *Droit de l'environnement*, n° 142, 2006, p. 280.

- RIBES D., « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *CCC*, n° 22, 2007, p. 132.
- RIDEAU J., « Le Conseil constitutionnel et l'autorité supérieure des traités en droit français », *Cahiers du droit européen*, 1975, p. 608.
- RIVERO, « Décisions du Conseil constitutionnel. Note », *AJDA*, 1975, p. 134.
- ROBLOT-TROIZIER A., « Le changement des circonstances de droit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDA*, n° 4, 2006, p. 788.
- ROUSSEAU D., « Faut-il une Cour constitutionnelle pour contrôler la constitutionnalité des lois ? », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 465.
- ROUSSEAU D., « La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel ? », *RDP*, n° 3, 2009, p. 631.
- ROUX J., « Le principe de la souveraineté de l'Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Civitas Europa*, n° 1, 1998, p. 125.
- ROUX J., « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution », *RDP*, n° 4, 2004, p. 912.
- ROUX J., « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française », *RDP*, n° 1, 2005, p. 59.
- ROUX J., « La question prioritaire de constitutionnalité à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009 », *RDP*, n° 1, 2010, p. 233.
- RUZIE D., « L'autonomie financière des Communautés européennes et l'accroissement des pouvoirs budgétaires du Parlement européen (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 19 juin 1970) », *JCP, G.*, 1970, I, n° 2354.
- RUZIE D., « La Constitution française et le droit international (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975) », *JDI*, 1975, p. 249.
- SAVY, « La constitution des juges », *D.*, 1983, chron., p. 105.
- SCHMITT S., « La nature objective du contentieux constitutionnel des normes : les exemples français et italien », *RFDC*, n° 72, 2007, p. 719.
- SCHOETTL J.-E., « Rapport général. Droit constitutionnel et droit communautaire dérivé : la question du conflit éventuel », *CCC*, n° 4, 1998, p. 90.
- SCHOETTL J.-E., « Décisions du Conseil constitutionnel. *Cour pénale internationale* », *AJDA*, 1999, p. 230.
- SCHOETTL J.-E., « Intérêt général et Constitution », in Conseil d'Etat, *Rapport public 1999. L'intérêt général*, La Documentation Française, coll. « Etudes et Documents du Conseil d'Etat », n° 50, 1999, p. 375.
- SCHOETTL J.-E., « Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort », *Gaz. Pal.*, n° 324-326, 2005, p. 4120.
- SCHRAMECK O., « Réflexions sur l'arrêt Arcelor », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 545.
- SENAC C.-E., « Le constat juridictionnel de l'abrogation implicite d'une loi par la Constitution », *RDP*, n° 4, 2008, p. 1081.
- SEVERINO C., « La réglementation de l'instruction devant le Conseil constitutionnel », *AIJC*, n° 17, 2001, p. 87.

- STAHL J.-H., « Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité et Syndicat national des huissiers de justice* », *RFDA*, 2006, n° 1, p. 41.
- STAHL J.-H., « La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 993.
- TERNEYRE P., « La procédure législative ordinaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1985, p. 691.
- TERNEYRE P., « Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité. Contribution du Conseil constitutionnel à un droit constitutionnel de la nécessité », *RDP*, n° 6, 1987, p. 1489.
- UNGERN-STERNBERG (von) A., « L'arrêt *Lisbonne* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la fin de l'intégration européenne », *RDP*, n° 1, 2010, p. 171.
- VALEMBOIS A.-L., « La sécurité juridique : une constitutionnalisation en marche mais non aboutie (bilan de la jurisprudence constitutionnelle de 2005) », *LPA*, n° 117, 13/06/2006, p. 7.
- VEDEL G., « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, n° 45, 1988, p. 149.
- VEDEL G., « La place de la Déclaration dans le "bloc de constitutionnalité" », in Conseil constitutionnel, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, coll. « Recherches politiques », 1989, p. 35.
- VEDEL G., « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le Débat*, n° 55, 1989, p. 48.
- VEDEL G., « Schengen et Maastricht », *RFDA*, n° 2, 1992, p. 173.
- VEDEL G., « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges René Chapus. Droit administratif*, Montchrestien, 1992, p. 647.
- VEDEL G., « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 537.
- VEDEL G., « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif » (I), *CCC*, n° 1, 1996, p. 57 et (II), *CCC*, n° 2, 1997, p. 77.
- VELU J., « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités », *Journal des tribunaux* (Bruxelles), n° 5649, 07/11/1992, p. 729 et n° 5650, p. 749.
- VERPEAUX M., « La procédure contradictoire et le juge constitutionnel », *RFDA*, n° 2, 2001, p. 339.
- VERPEAUX M., « La peine de mort et la Constitution », *Europe*, n° 6, 2006, p. 7.
- VERPEAUX M., « La question préjudicielle de constitutionnalité et le projet de loi organique », *AJDA*, 2009, p. 1474.
- VERPEAUX M., « Le Conseil constitutionnel juge de la question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*, 2010, p. 88.
- VIALA A., « Les réserves d'interprétation : un outil de resserrement de la contrainte de constitutionnalité », *RDP*, n° 4, 1997, p. 1047.
- VIDAL-NAQUET A., « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *RFDA*, n° 5, 2008, p. 899.

- VIMBERT C., « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, n° 3, 1994, p. 693.
- ZAGREBELSKY G., « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *CCC*, n° 22, 2007, p. 153.

Sources additionnelles

I. OUVRAGES

A) Philosophie et théorie du droit

- AARNIO A., *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, E. Story-Scientia – LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », 1992.
- ABEL O., *Paul Ricœur. La promesse et la règle*, Michalon, coll. « Le bien commun », 1996.
- AMSELEK P., GRZEGORCZYK C. (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, 1989.
- BILLIER J.-C., MARYIOLI A., *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, 2001.
- BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1998.
- BRIMO A., *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, Pédone, 1978.
- DUBOUCHET P., *Le modèle juridique. Droit et herméneutique*, L'Harmattan, coll. « Ouverture philosophique », 2001.
- FRYDMAN B., *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant – LGDJ, coll. « Penser le droit », 2005.
- MACCORMICK N., *Raisonnement juridique et théorie du droit*, trad. J. GAGEY, PUF, coll. « Les voies du droit », 1996.
- MAILLE M., *Une introduction critique au droit*, Maspero, 1976.
- NEGRI A., *Le pouvoir constituant. Essai sur les alternatives de la modernité*, PUF, coll. « Pratiques théoriques », 1996.
- OST F., *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999.
- OST F., *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2007.
- RICŒUR P., *Le conflit des interprétations. Essais d'herméneutique*, Seuil, 1969.
- ROSENFELD M., *Les interprétations justes*, Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2000.
- SILVA-ROMERO E., *Wittgenstein et la philosophie du droit. Les jeux du langage juridique*, PUF, coll. « Droit, Ethique, Société », 2002.
- TIMSIT G., *Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1995.

B) Manuels et ouvrages généraux

- BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, 4^{ème} édition, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2003.
- BRACONNIER S., *Droit des services publics*, 2^{ème} édition, PUF, coll. « Thémis », 2007.
- CAMY O., *Droit constitutionnel critique*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2007.

- CAPITANT R., *Cours de principes de droit public. Principes de la démocratie (suite). Pouvoir législatif, pouvoir constituant*, DES de Droit public 1953-1954 (Paris), Les cours de droit, 1954.
- CAPITANT R., *Cours de principes de droit public. La hiérarchie des pouvoirs en droit public français*, DES de Droit public 1955-1956 (Paris), Les cours de droit, 1956.
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel. Tome II : La théorie générale de l'Etat*, 2^{ème} édition, Fontemoing (de Bocard, successeur), 1923.
- DUGUIT L., *Manuel de droit constitutionnel*, 4^{ème} édition, Bocard, 1923, rééd. facsim. Panthéon-Assas (LGDJ diff.), 2007.
- DUPRET B., *Droit et sciences sociales*, Armand Colin, coll. « Coursus – Sociologie », 2006.
- GAUDEMET Y., *Droit administratif*, 19^{ème} édition, LGDJ, coll. « Manuel », 2010.
- GOHIN O., *Droit constitutionnel*, Litec, coll. « Manuel », 2010.
- GUGLIELMI G. J., KOUBI G., DUMONT G., *Droit du service public*, 2^{ème} édition, Montchrestien, coll. « Domat – droit public », 2007.
- LAFERRIERE J., *Manuel de droit constitutionnel*, Domat-Montchrestien, 1943 (1^{ère} édition).
- NICOLET C., *L'idée républicaine en France 1789-1924. Essai d'histoire critique*, Gallimard, coll. « Tel », 1995.
- PEISER G., *Droit administratif général*, 24^{ème} édition, Dalloz, coll. « Mémentos », 2008.
- WEIL P., POUYAUD D., *Le droit administratif*, 21^{ème} édition, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2007.

C) Thèses

- BOUTET D., *Vers l'Etat de droit. La théorie de l'Etat et du droit*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1991.
- BRUCE E., *L'article 55 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse (dact.), Aix-Marseille III, 2004.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Economica – PUAM, coll. « Droit public positif », 2001.
- DOKHAN D., *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 103 », 2001.
- DORD O., *Cours constitutionnelles nationales et normes européennes*, thèse (dact.), Paris X, 1996.
- ESPLUGAS P., *Conseil constitutionnel et service public*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 80 », 1994.
- FRANCK C., *Les fonctions juridictionnelles du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 114 », 1974.

- GAJAC J., *De la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires*, Gounouilhou, 1903.
- LETURCQ S., *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 125 », 2005.
- MEINDL T., *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 112 », 2003.
- MOLFESSIS N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1997.
- MONERA F., *L'idée de République et la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 117 », 2004.
- ONDOUA A., *Etude des rapports entre le droit communautaire et la Constitution en France. L'ordre juridique constitutionnel comme guide au renforcement de l'intégration européenne*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2001.
- RABAULT H., *L'interprétation des normes : les limites des pouvoirs du juge*, thèse (dact.), Paris I, 1994.
- SABETE W., *Pouvoir de révision constitutionnelle et droits fondamentaux. Etude des fondements épistémologiques, constitutionnels et européens de la limitation matérielle du pouvoir constituant dérivé*, PU Rennes, coll. « L'Univers des normes », 2005.
- SANTONI A., *De la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires*, Rivière, 1913.
- STECKEL M.-C., *Le Conseil constitutionnel et l'alternance*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2002.
- TOUANNE (BIGOT de La) S., *Théorie politique et philosophie du droit chez Julien Freund*, thèse (dact.), Paris II, 2 vol., 2002.
- VIMBERT C., *La tradition républicaine en droit public français*, Publications de l'Université de Rouen – LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 73 », 1992.
- VIOLA A., *La notion de République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 105 », 2002.

D) Monographies juridiques, mélanges, colloques

- Association française des constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, PUAM – Economica, coll. « Droit public positif », 1990.
- Association Henri Capitant, *La motivation*, LGDJ, coll. « Journées nationales / Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française ; 3 », 2000.
- *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, 2002.
- *Aux confins du droit. Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Helbing & Lichtenhahn, 2001.
- BAUDREZ M., DI MANNO T. (coord.), *Liber amicorum Jean-Claude Escarras. La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruylant, 2005.

- BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, PUF, coll. « Léviathan », 2007.
- BRONDEL S., FOULQUIER N., HEUSCHLING L. (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001.
- CAMPAGNA N., *La souveraineté. De ses limites et de ses juges*, Presses de l'Université Laval, coll. « Dikè », 2008.
- CAYLA O., RENOUX-ZAGAME M.-F. (dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, LGDJ – PU Rouen, coll. « La pensée juridique », 2002.
- CHAGNOLLAUD D. (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité. XVIIIe-XXe siècle*, éd. Panthéon-Assas (LGDJ diff.), 2003.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., FERRE N. (dir.), *Frontières du droit, critiques des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, coll. « Droit et Société. Recherches et travaux ; 14 », 2007.
- DARCY G., LABROT V., DOAT M. (org.), *L'office du juge*, Sénat, coll. « Les colloques du Sénat », 2006.
- DESWARTE M.-P., *Essai sur la nature juridique de la République*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2003.
- FAVOREU L., HERTZOG R., ROUX A. (dir.), *Constitution et finances publiques. Etudes en l'honneur de Loïc Philip*, Economica, 2005.
- GAUDIN H. (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire : vers un respect constitutionnel réciproque*, Economica – PUAM, coll. « Droit public positif », 2001.
- KLEIN C., *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1996.
- LEBEN C. (réun.), *Hans Kelsen. Ecrits français de droit international*, PUF, coll. « Doctrine juridique », 2001.
- *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2 vol., 2004.
- *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005.
- *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril. La République*, Montchrestien, 2001.
- MODERNE F., « Réviser » la Constitution. *Analyse comparative d'un concept indéterminé*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2006.
- NAUDIN-PATRIAT (coord.), *1791. La première constitution française*, Economica, coll. « Droit public positif », 1993.
- PARIENTE A. (dir.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007.
- PERNICE I., *Fondements du droit constitutionnel européen*, Pédone, 2004.
- PESCATORE P., *Etudes de droit communautaire européen. 1962-2007*, Bruylant, 2008.
- ROUSSILLON H., BIOY X., MOUTON S. (dir.), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2006.
- Société française pour le droit international, *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Pédone, 2000.
- TUSSEAU G., *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, Bononia University Press, 2009.

- Université libre de Bruxelles (org.), *Le dialogue des juges*, Bruylant, coll. « Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice ; 9 », 2007.

II. ARTICLES et CONTRIBUTIONS

A) Philosophie et théorie du droit

- AMSELEK P., « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, n° 10, 1989, p. 7.
- BERGEL J.-L., « Ebauche d'une définition de la méthodologie juridique », *RRJ*, n° spéc, 2005, p. 2649.
- BOBBIO N., « Sur l'idée de légitimité » (1967), *Droits*, n° 32, 2000, p. 147.
- BOBBIO N., « Perelman et Kelsen », trad. A. MELCER, *Droits*, n° 33, 2001, p. 165.
- BONNARD R., « Léon Duguit », *Annuaire de l'Institut International de Droit public*, 1929, p. 215.
- BRUNET P., « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, n° 39, 2004, p. 197.
- CAYLA O., « La théorie de la signification de l'acte dans la pensée normativiste », *Droits*, n° 7, 1988, p. 59.
- CAYLA O., « La souveraineté de l'artiste "du second temps" », *Droits*, n° 12, 1990, p. 129.
- CAYLA O., « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, n° 18, 1993, p. 3.
- CAYLA O., « Les deux figures du juge », *Le débat*, n° 74, 1993, p. 164.
- CAYLA O., « Le coup d'Etat de droit ? », *Le débat*, n° 100, 1998, p. 108.
- CAYLA O., « Langage », in RAYNAUD P., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3^{ème} édition, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 381.
- CAYLA O., « Les juristes à l'épreuve du tournant pragmatique », in ROUSSEAU D. (dir.), *Le droit dérobé*, Montchrestien, 2007, p. 37.
- CHEVALLIER J., « Les interprètes du droit », in AMSELEK P. (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995, p. 115.
- DUBOUCHET P., « La théorie normative du droit et le langage du juge », *RRJ*, n° 2, 1994, p. 657.
- DUBOUCHET P., « Herméneutique et théorie normative du droit », *RRJ*, n° 3, 1994, p. 735.
- DWORKIN R., « La Chaîne du droit », trad. F. MICHAUT, *Droit et Société*, n° 1, 1985, p. 51.
- DWORKIN R., « "La théorie du droit comme interprétation" », trad. F. MICHAUT, *Droit et Société*, n° 1, 1985, p. 81.
- EISENMANN C., « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue philosophique*, 1930, p. 231.
- FERRY J.-M., « Une approche philosophique de la rationalité juridique », *Droits*, n° 18, 1993, p. 89.

- FREUND J., « Droit et Politique. Essai de définition du Droit », *APD*, n° 16, 1971, p. 15.
- GOYARD-FABRE S., « Le droit, tâche infinie », *Droits*, n° 11, 1990, p. 25.
- GOYARD-FABRE S., « Légitimité », in RAYNAUD P., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3^{ème} édition, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 388.
- GRZEGORCZYK C., « Le droit comme interprétation officielle de la réalité », *Droits*, n° 11, 1990, p. 31.
- GUASTINI R., « Michel Troper et la fonction juridictionnelle », *Droits*, n° 37, 2003, p. 111.
- GUIGUE A., « Autour des méthodes positivistes », *RRJ*, n° 3, 2006, p. 1175.
- HAQUET A., « Existe-t-il des critères scientifiques d'évaluation des théories du droit ? », *Droits*, n° 30, 2000, p. 163.
- HEBRAUD P., « La notion de temps dans l'œuvre du Doyen Maurice Hauriou », in *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence : Journées Hauriou, Toulouse, mars 1968*, Pédone, 1969, p. 179.
- HERRERA C.-M., « Doctrine juridique et politique : à la recherche du regard interne », in DOAT M., LE GOFF J., PEDROT P. (dir.), *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du vivant*, PU Rennes, coll. « L'Univers des normes », 2007, p. 83.
- JEAMMAUD A., SERVERIN E., « Evaluer le droit », *D.*, 1992, chron. – LII, p. 263.
- JEAMMAUD A., « Les règles juridiques et l'action », *D.*, 1993, chron. – LV, p. 207.
- JOUANJAN O., « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *Droits*, n° 37, 2003, p. 31.
- JUST G., « "Cognitivisme" et "scepticisme" dans la théorie de l'interprétation », *APD*, n° 48, 2004, p. 371.
- LEBEN C., « Chaïm Perelman ou les valeurs fragiles », *Droits*, n° 2, 1985, p. 107.
- LEBEN C., « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, n° 33, 2001, p. 19.
- LENOBLE J., « Droit et communication : Jürgen Habermas », in BOURETZ P. (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Esprit, 1991, p. 163.
- LENOBLE J., « Le juge et la modernité », *Le débat*, n° 74, 1993, p. 175.
- MIAILLE M., « Le droit constitutionnel et les sciences sociales », *RDP*, n° 2, 1984, p. 276.
- MILLARD E., « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, n° 30/31, 1995, p. 381.
- OST F., « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in BOURETZ P. (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Esprit, 1991, p. 241.
- OST F., KERCHOVE (van de) M., « "Juris-dictio" et définition du droit », *Droits*, n° 10, 1989, p. 53.
- PFERSMANN O., « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *RFDC*, n° 52, 2002, p. 759.
- PFERSMANN O., « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, n° 52, 2002, p. 789.

- PFERSMANN O., « Normativisme et décisionnisme », in RAYNAUD P., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3^{ème} édition, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 508.
- RIALS S., « L'office du juge », *Droits*, n° 9, 1989, p. 3.
- RIALS S., « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, n° 37, 2003, p. 49.
- RICCI R., « Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique », *Droit et Société*, n° 50, 2002, p. 151.
- RIÉUR P., « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », in AMSELEK P. (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995, p. 177.
- TIMSIT G., « La loi et ses doubles. Thématiques du raisonnement juridique », *Droits*, n° 36, 2002, p. 135.
- TROPER M., « Le concept d'Etat de droit », *Droits*, n° 15, 1992, p. 51.
- TROPER M., « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales ESC*, n° 6, 1992, p. 1171.
- TROPER M., « Réplique à Denys de Béchillon », *RRJ*, n° 1, 1994, p. 267.
- TROPER M., « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, n° 50, 2002, p. 335.
- TROPER M., « Le réalisme et le juge constitutionnel », *CCC*, n° 22, 2007, p. 125.
- VEDEL G., « Indéfinissable mais présent », *Droits*, n° 11, 1990, p. 67.
- WACHSMANN P., « La volonté de l'interprète », *Droits*, n° 28, 1999, p. 29.
- WALINE M., « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou », *L'année politique française et étrangère*, n° 4, 1929, p. 385 et n° 1, 1930, p. 39.
- WALINE M., « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », in *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 519.
- WALINE M., « Observations sur la gradation des normes juridiques établie par M. Carré de Malberg », *RDP*, n° 4, 1934, p. 521.
- WALINE M., « Le positivisme juridique de Carré de Malberg », in *Relation des Journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg 1861-1935*, Dalloz, coll. « Annales de la Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Strasbourg ; vol. XV », 1961, p. 20.

B) Théorie constitutionnelle et de l'Etat

- ACKERMANN B., « La démocratie dualiste », in TROPER M., JAUME L. (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », 1994, p. 191.
- ADAM A., « Sur les valeurs constitutionnelles », in FRAISSEIX P. (coord.), *Mélanges Patrice Gélard. Droit constitutionnel*, Montchrestien, 2000, p. 3.
- ARNE S., « Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité », *RDP*, n° 2, 1993, p. 459.
- AVRIL P., « La Constitution : Lazare ou Janus ? », *RDP*, 1989, p. 949.

- AVRIL P., « Le traité instituant une Constitution pour l'Europe ou la cloche fêlée de Philadelphie », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1015.
- BAUMERT R., « *Audiatur et altera pars* : justice constitutionnelle et décision démocratique dans la pensée de Hans Kelsen », in BEAUD O., PASQUINO P. (dir.), *La controverse sur « le gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, éd. Panthéon-Assas (LGDJ diff.), coll. « Colloques », 2007, p. 127.
- BEAUD O., « "Repräsentation" et "Stellvertretung": sur une distinction de Carl Schmitt », *Droits*, n° 6, 1987, p. 11.
- BEAUD O., « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP*, n° 1, 1998, p. 83.
- BEAUD O., « Souveraineté », in RAYNAUD P., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3^{ème} édition, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 735.*
- BIDEGARAY C., EMERI C., « Du pouvoir d'empêcher : veto ou contre-pouvoir », *RDP*, 1994, p. 325.
- BRIMO A., « Le doyen Maurice Hauriou et l'Etat », *APD*, n° 21, 1976, p. 99.
- BRUNET P., « Michel Troper et la "théorie" générale de l'Etat. Etat général d'une théorie », *Droits*, n° 37, 2003, p. 87.
- CHEVALLIER J., « La séparation des pouvoirs », in Association française des constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, PUAM – Economica, coll. « Droit public positif », 1990, p. 113.
- CHEVALLIER J., « L'Etat post-moderne : retour sur une hypothèse », *Droits*, n° 39, 2004, p. 107.
- DENQUIN J.-M., « Que veut-on dire par "démocratie" ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, n° 2, 2009, source électronique : www.juspoliticum.com/Que-veut-on-dire-par-democratie.html.
- DESMONS E., « Le normativisme est une scolastique (brèves considérations sur l'avènement de la démocratie spéculaire présentée comme un progrès) », *Droits*, n° 32, 2000, p. 21.
- FELDMAN J.-P., « Existe-t-il un constitutionnalisme européen », *Droits*, n° 45, 2007, p. 163.
- GIANFORMAGGIO L., « Temps de la constitution, temps de la consolidation », in OST F., VAN HOECKE M., *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruylant, 1998, p. 339.
- GUASTINI R., « Réflexions sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l'interprétation », *RDP*, 1991, p. 1079.
- JAKAB A., « La neutralisation de la question de la souveraineté. Stratégies de compromis dans l'argumentation constitutionnelle sur le concept de souveraineté pour l'intégration européenne », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, n° 1, 2008, source électronique : <http://juspoliticum.com/La-neutralisation-de-la-question,28.html>.
- LEISNER W., « L'Etat de droit – une contradiction ? », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 65.

- LENOBLE J., « Modèles de rationalité et crise de la démocratie », in ROUSSEAU D. (dir.), *La démocratie continue*, Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », 1995, p. 77.
- LUHMANN N., « La constitution comme acquis évolutionnaire », *Droits*, n° 22, 1995, p. 103.
- MAULIN E., « Le pouvoir constituant dans l'Union européenne », *Droits*, n° 45, 2007, p. 73.
- MILACIC S., « L'Etat de droit, pour quoi faire ? L'Etat de droit comme logistique d'une bonne gouvernance démocratique », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 375.
- PAULSON S. L., « Arguments "conceptuels" de Schmitt à l'encontre du contrôle de constitutionnalité et réponses de Kelsen », in HERRERA C.-M. (dir.), *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, L'Harmattan, 1995, p. 243.
- RAYNAUD P., « Droit naturel et souveraineté nationale dans la pensée juridique française. Remarques sur la théorie de l'Etat chez Carré de Malberg », *Commentaire*, n° 22, 1983, p. 384.
- RENARD G., « Qu'est-ce que le Droit constitutionnel ? Le Droit constitutionnel et la Théorie de l'institution », in *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 485.
- RIALS S., « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la Vème République », *RDP*, n° 3, 1984, p. 587.
- RIALS S., « Constitutionnalisme, souveraineté et représentation », in Association française des constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, PUAM – Economica, coll. « Droit public positif », 1990, p. 49.
- ROUSSEAU D., « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *Le débat*, n° 96, 1997, p. 73.
- STARCK C., « La théorie de la démocratie constitutionnelle », in FRAISSEIX P. (coord.), *Mélanges Patrice Gélard. Droit constitutionnel*, Montchrestien, 2000, p. 87.
- TROPER M., « L'interprétation de la Déclaration des droits. L'exemple de l'article 16 », *Droits*, n° 8, 1988, p. 111.
- TROPER M., « "La souveraineté nationale appartient au peuple". L'article 3 de la constitution de 1958 », in TROPER M., JAUME L. (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », 1994, p. 249.
- TROPER M., « Constitutionnalisme et démocratie », in *Du droit interne au droit international : le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Mélanges Raymond Goy*, PU Rouen, 1998, p. 143.
- TROPER M., « La constitution comme système juridique autonome », *Droits*, n° 35, 2002, p. 63.
- TROPER M., « L'identité constitutionnelle », in MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 123.
- TURPIN D., « Critiques de la représentation », *Pouvoirs*, n° 7, 1978, p. 7.
- TURPIN D., « Représentation et démocratie », *Droits*, n° 6, 1987, p. 79.
- TURPIN D., « Le juge est-il représentatif ? Réponse : oui », *Commentaire*, n° 58, 1992, p. 381.

- VEDEL G., « Les racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen », *Pouvoirs*, n° 2, 1977, p. 23.

C) Articles généraux de droit constitutionnel

- BALLAGUER CALLEJÓN, « Niveaux et techniques internes et internationaux de réalisation des droits en Europe. Une perspective constitutionnelle », *RFDC*, n° 60, 2004, p. 675.
- BECHILLON (de) D., « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution) », *RFDA*, n° 2, p. 225.
- BECHILLON (de) D., « Conflits de sentences entre les juges de la loi », *Pouvoirs*, n° 96, 2001, p. 107.
- BLANQUER J.-M., « L'ordre constitutionnel d'un régime mixte. Le sens donné à la Constitution par le Conseil constitutionnel », *RDP*, n° 5/6, 1998, p. 1526.
- BORZEIX A., « La question prioritaire de constitutionnalité : quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique ? », *RDP*, n° 4, 2010, p. 981.
- BRUCE E., « La primauté du droit communautaire (retour sur la portée de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel) », *LPA*, n° 192, 2005, p. 3.
- CHAGNOLLAUD D., « Sherlock Holmes à la poursuite du pouvoir constituant (Après la décision n° 2003-469 DC du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003) », *LPA*, n° 209, 20/10/2003, p. 5 ; n° 210, 21/10/2003, p. 5 ; n° 211, 22/10/2003, p. 4 et n° 212, 23/10/2003, p. 5.
- CHAGNOLLAUD D., « Au panthéon des concepts "fourre-tout" : le syndrome de l'artichaut », *Droits*, n° 44, 2007, p. 93.
- CHALTIEL F., « De la souveraineté nationale à la souveraineté supranationale ? », *LPA*, n° 138, 10/07/2008, p. 73.
- CLAPIE M., « Les limites au pouvoir de révision du Congrès du Parlement. A propos de la loi constitutionnelle du 25 janvier 1999 », *LPA*, n° 71, 10/04/2000, p. 25.
- CONSTANTINESCO V., « Des racines et des ailes. Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 309.
- DRAGO G., « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels européens », *DA*, n° 6, 2004, p. 7.
- FATIN-ROUGE STEFANINI M., GAY L., « Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale : à qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe ? », *AIJC*, n° 20, 2004, p. 213.
- FAVOREU L., OBERDORFF H., « Droit constitutionnel et droit communautaire. Les rapports de deux ordres juridiques », *RMCUE*, n° 435, 2000, p. 94.
- FERRARI S., « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation implicite de la loi par la Constitution au service d'un continuum constitutionnel », *RFDC*, n° 83, 2010, p. 497.
- FLAUSS J.-F., « Les droits de l'homme, comme élément d'une constitution et de l'ordre européen », *LPA*, n° 52, 30/04/1993, p. 8.

- FLAUSS J.-F., « La contribution de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme à la formation d'un droit constitutionnel européen », *RUDH*, n° 11-12, 1995, p. 373.
- FRISON-ROCHE M.-A., BARANES W., « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.*, n° 23, 2000, p. 361.
- GREWE H., RUIZ-FABRI H., « La situation respective du droit international et du droit communautaire dans le droit constitutionnel des Etats », in Société française pour le droit international, *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Pédone, 2000, p. 251.
- JOUANNET E., « De la personnalité et de la souveraineté de l'Etat dans la Constitution de 1958. Théorie française de l'Etat et intégration européenne », in CACHIN G., POIRAT F., SZUREK S. (dir.), *La France et le droit international*, Pédone, 2007, p. 357.
- KELSEN H., « La transformation du droit international en droit interne », *RGDIP*, 1936, p. 5.
- L'HÔTE V., « La "forme républicaine de Gouvernement" à l'épreuve de la révision constitutionnelle de mars 2003 », *RDP*, n° 1, 2004, p. 111.
- MARCOVICI E., « A propos de la décision du Conseil constitutionnel relative au traité de Lisbonne. Réflexion sur la procédure de l'article 54 de la Constitution », *Politeia*, n° 13, 2008, p. 39.
- MARTENS P., « L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelles », in Université libre de Bruxelles (org.), *Le dialogue des juges*, Bruylant, coll. « Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice ; 9 », 2007, p. 9.
- MATHIEU B., « Constitution et sécurité juridique. France », *AJJC*, n° 15, 1999, p. 155.
- MATHIEU B., « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 73.
- MAULIN E., « Le principe du contrôle de la constitutionnalité des lois dans la pensée de R. Carré de Malberg », *RFDC*, n° 21, 1995, p. 79.
- MONTEILLET S., « Une étude théorique des rapports entre droit communautaire et droits nationaux est-elle d'actualité », *RRJ*, n° 3, 2004, p. 1937.
- MOUZET P., « Le rapport de constitutionnalité. Les enseignements de la Ve République », *RDP*, n° 4, 2007, p. 959.
- NABLI B., « Européanisation et constitutionnalisation du droit national », *Politeia*, n° 8, 2005, p. 243.
- PICARD E., « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, n° spéc., 1998, p. 6.
- RABAULT H., « La clause d'éternité : la recevabilité des recours contre les lois de révision constitutionnelle », *LPA*, n° 173, 30/08/2004, p. 3.
- ROBERT J., « La forme républicaine de Gouvernement », *RDP*, n° 2, 2003, p. 359.
- ROUSSEAU D., « Les transformations du droit constitutionnel sous la Ve République », *RDP*, n° 5/6, 1998, p. 1780.
- STARCK C., « La protection des droits de l'homme. Quelles procédures ? », *REDP*, n° 1, 2001, p. 121.

- TORCOL S., « L' "internationalisation" des constitutions nationales », *Politeia*, n° 8, 2005, p. 317.
- TROPER M., « La Ve République et la séparation des pouvoirs », *Droits*, n° 43, 2006, p. 33.
- VALEMBOIS A.-L., « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *CCC*, n° 17, 2004, p. 127.
- VERDIER M.-F., « L'eupéanisation de la Constitution française », *Politeia*, n° 8, 2005, p. 345.
- VERPEAUX M., « La République, la Constitution de 1958 et le Conseil constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril. La République*, Montchrestien, 2001, p. 129.
- VONSY M., « Le "Parlement constituant" n'est pas souverain », *RDP*, n° 4, 2007, p. 793.
- WACHSMANN P., « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 », *Droits*, n° 2, 1985, p. 13.

D) Justice et jurisprudence constitutionnelles

- ALBERTON G., « Et le Conseil constitutionnel ouvrit la boîte de Pandore... (ou les répercussions de la décision rendue le 19 novembre 2004 sur le juge ordinaire) », *AJDA*, 2006, p. 593.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « La prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme par la Conseil constitutionnel, continuité ou évolution ? », *CCC*, n° 18, 2005, p. 148.
- AUBIN E., MONJAL P.-Y., « Radioscopie de la décision du Conseil constitutionnel du 20 mai 1998 relative au droit de vote actif et passif des citoyens européens résidant en France aux élections municipales », *LPA*, n° 94, 12/05/1999, p. 11.
- AUBY J.-B., « L'avenir de la jurisprudence *Blocage des prix et des revenus* », *CCC*, n° 19, 2005, p. 105.
- BADINTER R., « L'exception d'inconstitutionnalité », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 39.
- BAGHESTANI L., « A propos de la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution », *LPA*, n° 32, 2010, p. 4.
- BEAUD O., CAYLA O., « Les nouvelles méthodes du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1987, p. 677.
- BLANC D., « Des limites au pouvoir constitutionnel de révision ou "l'aiguilleur" aiguillonné. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-469 DC du 26 mars 2003 Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République », *RRJ*, n° 4, 2003, p. 2801.
- BOLLE S., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1997-1998. Les cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité », *RA*, n° 313, 2000, p. 32.
- BONNET B., « Le Conseil d'Etat, la Constitution et la norme internationale », *RFDA*, n°1, 2005, p. 56.
- BOULOUIS J., « Le juge constitutionnel français et l'Union européenne (1991-1993) », *CDE*, 1994, p. 505.

- BROSSET E., « Loi relative aux OGM (à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-564 DC du 19 juin 2008). Observations », *RDP*, n° 4, 2009, p. 1181.
- BRUNET P., « La sécurité juridique, nouvel opium des juges ? », in CHAMPEIL-DESPLATS V., FERRE N. (dir.), *Frontières du droit, critiques des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, coll. « Droit et Société. Recherches et travaux ; 14 », 2007, p. 247.
- CANEDO M., « L'histoire d'une double occasion manquée », *RDP*, n° 3, 2003, p. 767.
- CASSIA P., SAULNIER-CASSIA E., « Rapports entre la Constitution et le droit communautaire », *Droit administratif*, n° 10, 2006, p. 31.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative ? », in CHAMPEIL-DESPLATS V., FERRE N. (dir.), *Frontières du droit, critiques des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, coll. « Droit et Société. Recherches et travaux ; 14 », 2007, p. 251.
- COCOZZA F., « Les droits fondamentaux en Europe entre justice constitutionnelle "transfrontière" de la CEDH et justice constitutionnelle nationale. Les lignes incertaines d'une relation structurée », *RFDC*, n° 28, 1996, p. 707.
- CURTIL O., « Le Conseil d'Etat est presque le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RRJ*, n° 4, 2003, p. 2643.
- DE LA ROSA S., « L'article 6 § 1 de la Convention européenne, le Conseil constitutionnel et la question préjudicielle de constitutionnalité », *RFDC*, n° 80, 2009, p. 817.
- DONNARUMMA M. R., « Un mythe brisé : l'intangibilité de la loi. Le contrôle juridictionnel de la "ragionevolezza" des lois », *RFDC*, n° 76, 2008, p. 797.
- DORD O., « Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire dérivé : de la nécessité d'un dialogue entre les juridictions suprêmes de l'Union européenne », *CCC*, n° 4, 1998, p. 98.
- DRAGO G., « Fin d'un service public national. A propos de la décision du Conseil constitutionnel Loi relative au secteur de l'énergie », *JCP, A.*, n° 4, 2007, p. 30.
- DUBOUIS L., « Les trois logiques de la jurisprudence Sarran », *RFDA*, n°1, 1999, p. 57.
- DUTHEILLET de LAMOTHE O., « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 315.
- DUTHEILLET de LAMOTHE O., « La Convention européenne et le Conseil constitutionnel », *RIDC*, n° 2, 2008, p. 293.
- DUTHEILLET de LAMOTHE O., « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans paroles », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 403.
- FATIN-ROUGE STEFANINI M., « La question préjudicielle de constitutionnalité : étude du projet français au regard du droit comparé », *AIJC*, n° 23, 2007, p. 13.
- FAVOREU L., « Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le développement du "droit constitutionnel international" », *RGDIP*, n° 1, 1993, p. 39.

- FAVOREU L., « Les cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 35.
- FEVRIER J.-M., « Réflexions sur une controverse doctrinale (la nature du Conseil constitutionnel en question) », *RRJ*, n° 2, 1998, p. 609.
- FLAUSS J.-F., « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle ? », *RFDC*, n° 36, 1998, p. 711.
- FLAUSS J.-F., « Note de jurisprudence. Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité devant le juge administratif (CE, Ass., 30 octobre 1998, MM. Sarran et Levacher et autres) », *RDP*, n° 3, 1999, p. 919.
- FLAUSS J.-F., « Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle ? », *D.*, n° 25, 2003, p. 1638.
- FOMBEUR P., « Question prioritaire de constitutionnalité, droit constitutionnel et droit de l'Union européenne », *D.*, n° 20, 2010, p. 1229.
- FROMONT M., « La justice constitutionnelle en Europe », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, 1992, vol. 1, p. 297
- FROMONT M., « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *CCC*, n° 15, 2003, p. 90.
- FROMONT M., « La jurisprudence constitutionnelle de la Cour de cassation », in FAVOREU L., HERTZOG R., ROUX A. (dir.), *Constitution et finances publiques. Etudes en l'honneur de Loïc Philip*, Economica, 2005, p. 75.
- FROMONT M., « La notion de justice constitutionnelle et le droit français », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 149.
- GADHOUN P.-Y., « Les cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité », *RA*, n° 335, 2003, p. 494.
- GENEVOIS B., « La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible ? », *Pouvoirs*, n° 59, 1991, p. 129.
- GENEVOIS B., « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA*, n° 3, 1998, p. 477.
- GENEVOIS B., « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA*, n° 4, 2000, p. 715.
- GESLOT C., « La loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République devant le Conseil constitutionnel », *RDP*, n° 3, 2003, p. 793.
- GESLOT C., « Normes constitutionnelles et normes de référence du contrôle de la constitutionnalité des lois », *JCP, G.*, n° 18, 2007, p. 11.
- GICQUEL J., « L'autonomie de la procédure suivie par le Conseil constitutionnel », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 587.
- GOHIN, « Le Conseil État et le contrôle de la constitutionnalité des lois », *RFDA*, n° 6, 2000, p. 1175.
- GOHIN O., « Conseil constitutionnel et Traité de Lisbonne : vite, clair et bien », *JCP, A.*, n° 3, 2008, p. 18.
- GROSHENS J.-C., « A propos du Conseil constitutionnel », *RDP*, n° 3, 2009, p. 588.

- GUILLAUME M., « La procédure au Conseil constitutionnel : permanences et innovations », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 519.
- JACQUELOT F., « La procédure de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2010, p. 950.
- JOUANJAN O., « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, n° 43, 2006, p. 73.
- KOVAR J.-P., « Vers un statut du droit d'exécution du droit communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel (Cons. const., déc. n° 2006-543 DC, 30 nov. 2006, loi relative au secteur de l'énergie) », *Europe*, n° 2, 2007, p. 4.
- LABAYLE H., SAURON J.-L., « La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe », *RFDA*, n° 1, 2005, p. 1.
- LAMY (de) B., « Les principes constitutionnels dans la jurisprudence judiciaire. Le juge judiciaire, juge constitutionnel ? », *RDP*, n° 3, 2002, p. 781.
- LAURANS Y., « *Si vis pacem para bellum...* Contrôle de conventionnalité et réserve de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel », *RRJ*, n° 2, 2007, p. 691.
- LENICA F., BOUCHER J., « Le juge administratif et le statut constitutionnel du droit communautaire dérivé », *AJDA*, 2007, p. 577.
- LE POURHIET A.-M., « *Marbury v. Madison* est-il transposable en France ? », in ZOLLER E. (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain / A French-American Dialogue*, Dalloz, 2003, p. 135.
- LE POURHIET A.-M., « Le Conseil constitutionnel et sa réforme », *LPA*, n° 138, 10/07/2008, p. 69.
- LEPSIUS O., « Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de révision constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne », trad. O. JOOP, *CCC*, n° 27, p. 13.
- LEVADE A., « La constitutionnalité des lois de transposition entre conformité et compatibilité. Esquisse d'un bilan de la jurisprudence "européenne" récente du Conseil constitutionnel », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1291.
- LEVADE A., « La décision OGM ou les implicites d'une décision à lire dans son environnement », *JCP, G.*, n° 30, II.10138, 2008, p. 37.
- LEVADE A., « Le Conseil constitutionnel et l'Europe », *CCC*, Hors série, 2009, p. 63.
- LUCHAIRE F., « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP*, 1981, p. 275.
- LUCHAIRE F., « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, n° 64, 2005, p. 675.
- MAGNON X., « La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'Etat. Commentaire sous Conseil d'Etat, Assemblée, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres* », *RFDA*, n° 3, 2007, p. 578.
- MAGNON X., « Le traité de Lisbonne devant le Conseil constitutionnel : *non bis in idem* ? », *RFDC*, n° 74, 2008, p. 310.
- MAGNON X., SIMON D., « La jurisprudence communautaire du Conseil constitutionnel (juin 2004-novembre 2004) », *CDE*, n° 1/2, 2005, p. 217.

- MAILLARD DESGREE du LOÛ D., « Le pouvoir constituant dérivé reste souverain », *RDP*, n° 3, 2003, p. 725.
- MANIN P., « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne », *AJDA*, 2010, p. 1023.
- MARCOU G., « L'exigence constitutionnelle de transposition des directives et les tarifs de l'électricité et du gaz », *AJDA*, 2007, p. 473.
- MATHIEU B., « Une jurisprudence qui pêche par excès de timidité. Observations sous les décisions de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation du 20 juin 2000 », *RFDA*, n° 6, 2000, p. 1201.
- MATHIEU B., « Le Conseil constitutionnel renforce les exigences relatives à la qualité du travail législatif et à la sécurité juridique », *JCP, G.*, n° 1, 2007, p. 3.
- MATHIEU B., « Le Conseil d'Etat, juge de la constitutionnalité des lois. Entre description et prospection », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 753.
- MATHIEU B., VERPEAUX M., « À propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres* : le point de vue du constitutionnaliste », *RFDA*, n° 1, 1999, p. 67.
- MATHIEU B., VERPEAUX M., « Les normes de références extra constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in FAVOREU L., HERTZOG R., ROUX A. (dir.), *Constitution et finances publiques. Etudes en l'honneur de Loïc Philip*, Economica, 2005, p. 155.
- MATUTANO E., « L'interdiction de la peine de mort et la hiérarchie des normes en droit français à la lumière de la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 13 octobre 2005 », *RRJ*, n° 4 (II), 2005, p. 2209.
- MEINDL T., « Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit communautaire dérivé en France. La possibilité d'une jurisprudence *Solange II* », *RDP*, n° 6, 1997, p. 1665.
- MELIN-SOUCRAMANIEN F., « Le dialogue des juges et le contrôle du principe d'égalité », *RFDA*, n° 4, 1999, p. 815.
- MELIN-SOUCRAMANIEN F., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel (Le contrôle du respect du principe d'égalité) », *LPA*, n° 46, 05/03/2009, p. 70.
- MILLET F.-X., « L'exception d'inconstitutionnalité en France ou l'impossibilité du souhaitable ? Réflexions à travers le prisme de l'interprétation constitutionnelle authentique », *RDP*, n° 5, 2008, p. 1305.
- PARDINI J.-J., « La jurisprudence constitutionnelle et les "faits" », *CCC*, n° 8, 2000, p. 122.
- PFERSMANN O., « Le recours direct entre protection juridique et constitutionnalité objective », *CCC*, n° 10, 2001, p. 65.
- PICOD F., « Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit dérivé de l'Union européenne », *CCC*, n° 18, 2005, p. 144.
- PRETOT X., « La Cour de cassation, la Constitution et les traités. A propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 2 juin 2000 », *RDP*, n° 4, 2000, p. 1037.
- PRETOT X., « Les validations législatives et le droit au procès équitable », *RDP*, n° 1, 2001, p. 23.

- PRETOT X., « Le législateur peut-il encore conférer un effet rétroactif à la loi non répressive ? Libres propos sur une jurisprudence constitutionnelle ambiguë », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 817.
- ROBLLOT-TROIZIER A., « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA*, 2010, p. 80.
- ROSSETTO J., « L'Union européenne face à l'identité constitutionnelle de la France », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 447.
- ROUX J., « « La transposition des directives communautaires à l'épreuve de la Constitution (à propos de l'arrêt d'assemblée du 8 février 2007, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*), *RDP*, n° 4, 2007, p. 1031.
- ROUX J., « L'abandon de la jurisprudence IVG : une question d'opportunité ou de logique ? », *RDP*, n° 3, 2009, p. 645.
- SABETE W., « Le considérant § 13 de la décision du Conseil constitutionnel n° 2004-505 du 19 novembre 2004 relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe face à l'interprétation doctrinale du rapport entre norme communautaire et norme constitutionnelle », *RRJ*, n° 3, 2005, p. 1425.
- SALES E., « La transposition des directives communautaires : une exigence de valeur constitutionnelle sous réserve de constitutionnalité », *RTDE*, n° 3, 2005, p. 597.
- SCHOETTL J.-E., « Décisions du Conseil constitutionnel. Elections », *AJDA*, 1998, p. 485.
- SCHOETTL J.-E., « Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle ? », *LPA*, n° 70, 08/04/2003, p. 17.
- SCHOETTL J.-E., « Les problèmes constitutionnels soulevés par la loi relative au secteur de l'énergie », *LPA*, n° 244, 07/12/2006, p. 3 et n° 245, 08/12/2006, p. 16.
- SEVERINO C., « Le Conseil constitutionnel et le droit vivant : mythe ou réalité ? », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 429.
- SUDRE F., « Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel "sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union". Réflexions critiques », *RFDA*, n° 1, 2005, p. 34.
- SUDRE F., « Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, n° 3, 2009, p. 671.
- THIBAUD V., « La réforme de la justice constitutionnelle », *Politeia*, n° 11, 2007, p. 199.
- TROPER M., « Kelsen et le contrôle de constitutionnalité », in HERRERA C.-M. (dir.), *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, L'Harmattan, 1995, p. 157.
- TROPER M., « La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 911.
- VENEZIA J.-C., « La loi, le juge et la constitution », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 505.

- VERDUSSEN M., « Du procès constitutionnel légitime », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 473.
- VERPEAUX M., « Neutrons législatifs et dispositions réglementaires : la remise en ordre imparfaite », *D.*, n° 28, 2005, p. 1886.
- VERPEAUX M., « Rappel des normes de référence dans le contrôle effectué par le Conseil sur la loi "Droit d'auteur" », *JCP, G.*, n° 16, II.10066, 2007, p. 34.
- VERPEAUX M., « Le Conseil constitutionnel, 49 ans après... », *LPA*, n° 138, 10/07/2008, p. 62.
- VIDAL-NAQUET A., « Les visas dans les décisions du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 67, 2006, p. 535.
- VIDAL-NAQUET A., « Abandonner la jurisprudence du Conseil d'Etat *Arrighi* ? », in DRAGO G. (dir.), *L'application de la Constitution par les Cours suprêmes. Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 143.
- WACHSMANN P., « Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel », in CHAMPEIL-DESPLATS V., FERRE N. (dir.), *Frontières du droit, critiques des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, coll. « Droit et Société. Recherches et travaux ; 14 », 2007, p. 279.
- ZAGREBELSKY G., « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », *Constitutions*, n° 1, 2010, p. 9.

TABLE DES MATIERES

Remerciements.....	4
Liste des abréviations.....	6
Sommaire.....	11

Chap. introductif : La question du contexte et des données de la connaissance juridique de l'objet « juge constitutionnel » 13

I. L'objet « juge constitutionnel » dans un discours scientifique spécifiquement juridique	18
§ 1 – « Juge constitutionnel » et notions voisines dans le discours des juristes	20
A) La notion de contentieux constitutionnel	22
B) La notion de justice constitutionnelle	26
§ 2 – Un problème théorique : l'application du droit dans le contentieux de la constitutionnalité des lois.....	36
A) Un discours sur le raisonnement du juge constitutionnel.....	37
1. Le sens de l'idée d'un discours théorique portant sur un objet juridique.....	38
2. Le positivisme et les conditions de la scientificité du discours théorique portant sur un objet juridique.....	39
B) Les « deux variantes du positivisme juridique » et la question de l'application du droit et du sens de la norme constitutionnelle.....	42
1. Le normativisme.....	43
2. Le réalisme et la théorie des contraintes juridiques.....	52
II. Tentative de définition de méthodes pour la présente étude : pour un postulat post-positiviste ; non méthodologique.....	59
§ 1 – Quel paradigme pour une théorie de l'application du droit constitutionnel « post-positiviste » ?.....	61
A) Un paradigme herméneutique. Délimitation d'un « contexte ».....	63
1. Données culturelles : postulats de la connaissance du sens de l'action	63
2. Données historiques et institutionnelles quant à l'objet.....	65
B) Critique d'un postulat méthodologique pour une théorie herméneutique du droit	69
1. Une théorie des structures langagières du discours de l'acteur juridique ?	70
2. Hésitation(-s) sur les sources d'un constructivisme méthodologique.....	76
§ 2 – Jalons pour une herméneutique de la fonction de « juge constitutionnel ».....	82
A) Une épistémologie relativiste pour la science du droit	83
B) Choix pour la compréhension d'une contrainte fonctionnelle.....	91
1. La structure herméneutique : la <i>norme</i> constitutionnelle	91
2. Deux axes herméneutiques structurels : « rapport » et « décision » de constitutionnalité92	

Première partie :.....93

Raisonnement et rapport de constitutionnalité. Des contraintes relationnelles du juge constitutionnel.....93

Titre I – « A priori » : le juge constitutionnel dans un système politique. Développement d'une logique du raisonnable..... 96

Chap. 1 : La juridiction constitutionnelle et les choix politiques dans la « démocratie constitutionnelle » 99

I. Le juge constitutionnel et les institutions politiques.....	102
§ 1 – Un élément finaliste au raisonnement du juge constitutionnel : la promulgation de la loi	104
A) La constitutionnalité sous réserves.....	105
1. Différents types de réserves.....	106
2. L'autorité des réserves.....	108

B) L'inconstitutionnalité.....	111
1. L'inconstitutionnalité totale de la loi.....	112
2. L'inconstitutionnalité partielle et la déclaration de séparabilité ou d'inséparabilité des dispositions jugées non-conformes.....	114
§ 2 – Une finalité imposée aux institutions politiques : « le régime constitutionnel d'expression de la volonté générale »	121
A) Le sens donné à la séparation « effective » des pouvoirs (loi constitutionnelle du 3 juin 1958).....	123
1. Le contrôle de constitutionnalité du règlement des assemblées parlementaires	124
2. Le contrôle des moyens liés à la procédure législative.....	126
B) L'expression de la volonté générale, un acte normatif.....	131
1. La normativité de la loi.....	132
2. La qualité normative de la loi : clarté, intelligibilité, accessibilité.....	137
II. Le juge constitutionnel et la volonté générale.....	143
§ 1 – La portée de la généralité dans le raisonnement du juge constitutionnel	144
A) Un facteur d'incompétence formelle	144
1. La loi référendaire.....	145
2. La loi de révision constitutionnelle	147
B) La distinction de niveaux d'appréciation : le juge constitutionnel et l'intérêt général.....	149
1. L'appréciation du législateur	151
2. Le contrôle maximal du juge constitutionnel : l'erreur manifeste d'appréciation du législateur	153
§ 2 – Des limites imposées à la volonté législative par « un régime constitutionnel d'expression »	156
A) Proportionnalité de l'acte législatif	157
1. L'adéquation et la nécessité.....	159
2. Contrôle restreint et contrôle normal. Une systématisation difficile	162
B) Conciliation des droits et libertés de valeur constitutionnelle	165
1. Une logique de raisonnement inhérente à la fonction de garantie des droits et libertés de valeur constitutionnelle	166
2. Du raisonnable dans la normativité constitutionnelle (objectifs de valeur constitutionnelle, garanties légales des exigences constitutionnelles)	172
Chap. 2 : Le juge constitutionnel et les rapports de systèmes (1 ^{ère} approche du point de vue des actes)	
	177
I. Du contentieux constitutionnel de « l'engagement international »	178
§ 1 – L'objet du contrôle.....	178
A) Un acte signifiant un « engagement international »	179
1. Le traité, l'engagement international par excellence.....	179
2. Un concept entendu au sens large.....	181
B) Les conditions d'appréciation de l'engagement.....	184
1. Un contrôle strictement <i>a priori</i>	185
2. Illustration de la portée d'une saisine ou ampleur du contrôle : l'acquis communautaire	188
§ 2 – « Programme normatif » du contrôle et signification du principe de constitutionnalité	193
A) Un contrôle de compatibilité.....	194
1. Une alternative simple : la compatibilité ou l'exigence de révision de la Constitution	195
2. Une faculté d'interprétation des dispositions de l'engagement international ?	198
B) Critères de compatibilité	204
1. La clause contraire à la Constitution	205
2. La mise en cause des droits et libertés constitutionnellement garantis	206
3. L'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale (renvoi)	207
II. Un contrôle portant sur des choix de politique internationale.....	208
§ 1 – Des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » dans le raisonnement juridictionnel.....	212
A) La question de la définition du concept juridique de « souveraineté nationale ».....	213
B) Le pouvoir d'appréciation de l'essentialité.....	218
§ 2 – Le constat d'une distinction dans les conditions d'appréciation de « l'exercice de la souveraineté nationale ».....	225
A) Nature : les engagements « internationaux » de droit communautaire	226

B) Degré : les engagements « communautaires » de droit supranational.....	231
Titre II – « A posteriori » : le juge constitutionnel dans un système juridictionnel.	
Développement d'une logique dialogique.....	234
Chap. 1 : Le juge constitutionnel et les rapports de systèmes (2 ^{ème} approche du point de vue des normes)	237
I. La norme supranationale dans le raisonnement interne de constitutionnalité.....	242
§ 1 – Prise en compte verticale.....	243
A) Facteur externe : la responsabilité internationale de la France.....	244
B) Facteur interne : la volonté du pouvoir de révision constitutionnelle.....	252
§ 2 – Prise en compte horizontale.....	255
A) Rejet de principe.....	258
B) Exception.....	265
II. La compétence constitutionnelle dans les rapports de systèmes.....	272
§ 1 – Le prononcé éventuel d'une inconstitutionnalité de la loi.....	273
A) Un principe de communication interne.....	275
B) Un exercice de rhétorique externe.....	279
§ 2 – Un contrôle portant sur des niveaux de garanties.....	283
A) Principe : « jeu de miroirs », « translation ».....	285
B) Limite : « l'identité constitutionnelle de la France », fondement de la compétence constitutionnelle.....	291
Chap. 2 : Le système juridictionnel interne (étatique)	295
I. Approche concrète.....	299
§ 1 – Conflit de normes dans l'espace.....	301
A) La question « prioritaire » de constitutionnalité.....	303
B) Conséquences fonctionnelles.....	308
§ 2 – Conflit de normes dans le temps. Théorie de « l'abrogation implicite ».....	318
A) Deux moyens distincts : l'exception d'inconciliabilité et l'exception d'incompatibilité.....	321
1. Le constat du changement d'ordre constitutionnel.....	325
2. La modification de l'ordre constitutionnel en vigueur.....	330
B) Conséquences fonctionnelles (cadre de la question prioritaire de constitutionnalité).....	335
II. Eléments du raisonnement constitutionnel <i>a posteriori</i>	339
§ 1 – Un raisonnement portant sur <i>une</i> question.....	342
A) Un objet contentieux.....	343
1. Le lien avec une instance contentieuse.....	343
2. Un contentieux constitutionnel « sérieux » et « nouveau ».....	346
B) L'objet du contentieux.....	350
1. Des « droits et libertés garantis par la Constitution ».....	351
2. La disposition législative et son rapport acquis au principe de constitutionnalité.....	356
§ 2 – Conclusions sur <i>la</i> question.....	365
A) L'établissement du rapport de constitutionnalité.....	366
1. La question du fait dans le raisonnement du juge constitutionnel.....	368
2. La question prioritaire de constitutionnalité ou le renforcement de l'application d'un droit réaliste.....	375
B) La déclaration d'inconstitutionnalité.....	382
1. Un effet abrogatif.....	385
2. La modulation des effets de l'abrogation.....	388

Deuxième partie :392

Le cadre décisionnel du raisonnement du juge constitutionnel.....392

Titre I – Caractère constitutionnel de la décision : une décision au contenu politique..... 394

Chap. 1 : Compréhension par une distinction entre la Constitution et les lois constitutionnelles 397

I. Discussion épistémologique autour d'autres distinctions.....	401
§ 1 – La distinction entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires.....	402
A) Une distinction de « droit positif ».....	403
B) L'implication inductive sur la connaissance juridique (discours sur le droit).....	407

1. Unité : la question du lien entre le droit constitutionnel positif et la théorie de l'Etat...	409
2. Limite : la Théorie de l'Etat (le droit), l'Histoire et la « première Constitution de l'Etat » (les faits).....	412
§ 2 – La distinction entre la norme fondamentale et la Constitution.....	418
A) Une construction logique	420
1. Une épistémologie d'inspiration kelsénienne	420
2. L'indistinction normative entre la Constitution et les lois constitutionnelles	423
B) La connaissance d'un objet « droit positif » sans contenu.....	426
II. La distinction entre la Constitution et les lois constitutionnelles, objet d'une théorie herméneutique du discours étatique.....	432
§ 1 – Une construction en termes de doctrine constitutionnelle.....	434
A) La théorie schmittienne du droit	435
1. La science du droit et son contexte : le « problème Schmitt ».....	435
2. La posture épistémologique : une théorie de l'existence politique	440
B) Une herméneutique de la Théorie de la Constitution.....	447
§ 2 – Une distinction fondamentale d'une théorie matérielle de l'Etat de droit constitutionnel..	454
A) La Constitution.....	455
1. Une décision politique de droit	455
2. La Constitution et l'unité sémantique du discours étatique	461
B) La loi constitutionnelle.....	470
1. Un acte juridique	470
2. Un texte de droit politique.....	472
Chap. 2 : Une dogmatique de la légitimité de la juridiction constitutionnelle en tant que « gardien de la Constitution »	479

I. La distinction entre Constitution et lois constitutionnelles, la compétence du juge constitutionnel et la garantie de la souveraineté.....	482
§ 1 – L'apparence d'une convergence avec le raisonnement sur la souveraineté externe.....	484
A) La signification de l'incompatibilité avec les lois constitutionnelles : le lien avec l'exercice de la souveraineté nationale	485
B) La signification de l'incompatibilité avec la Constitution : le concept d'identité constitutionnelle.....	492
§ 2 – Une distorsion évidente avec le raisonnement sur la souveraineté interne.....	497
A) Corollaire de la distinction entre la Constitution et les lois constitutionnelles : la distinction entre le Pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle.....	499
B) Implications juridiques sur la compétence du juge constitutionnel.....	507
1. Le Pouvoir constitutionnel du peuple, expression de la souveraineté <i>en droit positif</i> ... 510	
2. Le principe du contrôle des lois constitutionnelles.....	513
II. La légitimité d'un pouvoir constitué dans l'exercice démocratique de la souveraineté.....	516
§ 1 – Théorie de l'Etat démocratique et justice constitutionnelle.....	518
A) Du point de vue de la représentation du « peuple ».....	520
1. La thèse du juge constitutionnel, co-législateur	521
2. La thèse du juge constitutionnel, représentant	525
B) Du point de vue de la séparation des pouvoirs	533
§ 2 – Le juge constitutionnel, figure du progrès de la technique constitutionnelle.....	540
A) La question controversée de la garantie de la Constitution.....	543
B) L'adéquation du moyen juridictionnel à la garantie.....	550

Titre II – Caractère juridictionnel de la décision : une décision nécessairement motivée..... 556

Chap. 1 : La décision motivée comme acte de légitimation	560
I. La légitimation fonctionnelle dans « l'élaboration conceptuelle ».....	562
§ 1 – La signification conceptuelle de l'office de constitutionnalité par le développement d'une culture comparatiste externe.....	565
A) Du point de vue du discours sur le droit : la légitimation de l'objet par le recours au droit comparé.....	565
1. Le droit comparé comme modèle compréhensif.....	565
2. Le droit comparé comme méthode explicative des concepts de constitutionnalité.....	569
B) Du point de vue du discours du droit : « l'argument de droit comparé » à l'appui du raisonnement constitutionnel.....	572
1. Premier niveau d'argument : l'emprunt conceptuel	572

2. Second niveau d'argument : l'emprunt méthodologique	579
§ 2 – La structure conceptuelle de l'office de constitutionnalité autour d'une culture interne de droit public	586
A) Une théorie de la « réception »	587
B) L'exemple de « l'intérêt général »	591
1. L'emploi de « l'intérêt général » dans la décision de constitutionnalité	593
2. La fonction du recours à « l'intérêt général » dans l'argumentation constitutionnelle ..	598
II. La légitimation fonctionnelle par la logique contentieuse	610
§ 1 – De la classification du contentieux constitutionnel des lois	614
A) Sous l'angle des requérants	617
B) Sous l'angle des pouvoirs du juge	623
§ 2 – Vers une théorie du recours constitutionnel ?	629
A) Dé-construction du modèle	631
B) Re-construction : la question de constitutionnalité de l'acte législatif	639
1. L'articulation de deux structures opératoires : « respect » et « garantie »	640
2. La condition du moment de contrôle dans l'effectivité des griefs	643
Chap. 2 : La décision motivée comme acte d'affirmation dans le champ juridictionnel	646
I. L'argumentation inscrite dans une logique juridictionnelle	648
§ 1 – La construction de l'acte de langage juridictionnel	649
A) Un fondement syllogistique	650
B) Des objectifs rhétoriques	655
§ 2 – Typologie des modes de raisonnement du juge constitutionnel	661
A) Des modes de raisonnement argumentatifs	661
B) Un mode de raisonnement décisionnel : le finalisme	665
II. La justification du pouvoir de sélection de l'espèce	670
§ 1 – Les conclusions de la saisine dans le système processuel	672
A) Le contrôle « a posteriori » et une obligation organique de procédure	673
B) Le contrôle « a priori » et une contrainte systémique du procès fait à la loi	675
§ 2 – La liaison de l'instance dans le raisonnement du juge	683
A) La formulation de la question de constitutionnalité	685
1. L'élément objectif du raisonnement : la matière constitutionnelle	686
2. La prise en compte d'éléments subjectifs au cours de l'instance	690
B) Du caractère contentieux du raisonnement sur la question de constitutionnalité des lois. En guise de conclusion	695
1. Le litige : le conflit d'interprétations constitutionnelles	696
2. La juridiction (<i>jurisdictio</i>) : la réflexivité d'un langage juridictionnel comme objet du raisonnement formel <i>de</i> juge	698

***Index thématique*.....700**

***Index onomastique*.....705**

***Bibliographie*.....709**

Sources primaires 709

I. OUVRAGES..... 709

 A) Philosophie et théorie du droit..... 709

 B) Manuels et ouvrages généraux 711

 C) Thèses 714

 D) Essais, monographies juridiques, mélanges, colloques..... 717

II. ARTICLES et CONTRIBUTIONS..... 722

 A) Philosophie et théorie du droit..... 722

 B) Théorie constitutionnelle et de l'Etat..... 726

 C) Articles généraux de droit constitutionnel..... 731

 D) Justice et jurisprudence constitutionnelles..... 735

Sources additionnelles 747

I. OUVRAGES..... 747

A) Philosophie et théorie du droit.....	747
B) Manuels et ouvrages généraux	747
C) Thèses	748
D) Monographies juridiques, mélanges, colloques.....	749
II. ARTICLES et CONTRIBUTIONS.....	751
A) Philosophie et théorie du droit.....	751
B) Théorie constitutionnelle et de l'Etat.....	753
C) Articles généraux de droit constitutionnel	756
D) Justice et jurisprudence constitutionnelles.....	758

<i>Table des matières</i>	765
----------------------------------------	------------