



Cours : Droit constitutionnel de la Vème République

Auteur : Michel VERPEAUX

Leçon n° 10 : La constitution et la hiérarchie des normes juridiques

## Table des matières

<b>Section 1. La supériorité de la Constitution dans l'ordre juridique national.....</b>	<b>p. 2</b>
§1. La hiérarchisation des normes juridiques.....	p. 2
§2. La supériorité de la Constitution .....	p. 3
§3. Le contrôle de constitutionnalité .....	p. 4
A. Les différents modèles de contrôle de constitutionnalité .....	p. 5
1. Le modèle américain : le contrôle diffus.....	p. 5
2. Le modèle européen : le contrôle concentré.....	p. 6
B. Le contrôle de constitutionnalité en France.....	p. 7
1. Les normes de référence du contrôle de constitutionnalité.....	p. 7
a) Le contenu de la norme constitutionnelle .....	p. 7
b) Une constitution complète.....	p. 8
2. Les mécanismes du contrôle de constitutionnalité.....	p. 11
a) Le contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel.....	p. 11
b) Le contrôle de constitutionnalité opéré par les juges ordinaires .....	p. 14
<b>Section 2. La place des engagements internationaux dans la hiérarchie des normes.....</b>	<b>p. 16</b>
§1. Le contrôle de la constitutionnalité des traités par le conseil constitutionnel.....	p. 16
A. Le contrôle direct des engagements internationaux.....	p. 16
B. Le contrôle indirect des engagements internationaux.....	p. 17
§2. L'absence de contrôle de conventionnalité des lois par le conseil constitutionnel.....	p. 18
§3. Le contrôle de la place des traités dans l'ordre juridique interne par les juridictions ordinaires.....	p. 19
A. Le contrôle de conventionnalité des lois par le juge ordinaire.....	p. 19
B. La question du contrôle de la constitutionnalité des traités par le juge ordinaire.....	p. 20
§4. La place spécifique du droit de l'Union européenne.....	p. 21
A. L'adjonction d'un titre de la constitution consacré au droit communautaire.....	p. 21
B. Le Conseil constitutionnel et les rapports entre la Constitution et le droit communautaire .....	p. 22
C. Les juges ordinaires et les rapports entre la Constitution et le droit communautaire .....	p. 22
<b>Section 3. La loi et les normes et infra-législatives.....</b>	<b>p. 24</b>
§1. La hiérarchie interne aux normes législatives.....	p. 24
A. Les différentes catégories de texte à valeur de loi ordinaire.....	p. 24
1. Les lois votées selon une procédure particulière.....	p. 24
a) La loi référendaire.....	p. 24
b) Les lois de finances et les lois de financement de la sécurité sociale.....	p. 27
2. Les lois dont l'objet n'est pas directement normatif.....	p. 27
a) Les lois d'habilitation.....	p. 27
b) Les lois de plan et les lois de programmation.....	p. 28
3. Les actes en forme législative.....	p. 28
B. Les normes législatives supérieures à la loi ordinaire : les lois organiques.....	p. 28
§2. Les rapports entre la loi et le règlement.....	p. 29
A. Le pouvoir réglementaire.....	p. 29
B. La répartition des compétences entre la loi et le règlement.....	p. 30
1. La répartition avant 1958.....	p. 30
2. Les articles 34 et 37 de la Constitution.....	p. 31
a) Le nouveau critère matériel de la loi.....	p. 31
b) Le règlement "autonome".....	p. 33
3. La répartition réelle des compétences entre la loi et le règlement.....	p. 33
a) Une lecture extensive de l'article 34 .....	p. 34
b) La protection du domaine de la loi.....	p. 35

Si des textes constitutionnels de droit positif se réfèrent à la notion de loi, expression de la volonté générale (art. 3 implicitement, et art. 6 de la Déclaration de 1789), et si la loi garde un rôle essentiel dans la protection des droits et libertés, elle n'est cependant plus la norme fondamentale.

Deux sources de droit sont venues à la fois la concurrencer et la supplanter, la Constitution dans l'ordre interne, et les traités dans l'ordre international. Cette évolution s'est opérée dans un contexte de droit comparé favorable à l'irruption des normes supra-législatives dans l'ordre juridique des États. A cela, il existe, deux raisons essentielles.

- **D'une part**, la protection des droits de l'homme a supplanté le principe de démocratie représentative, c'est-à-dire qu'au-delà de la volonté des représentants de la Nation s'est imposée l'idée selon laquelle il importait de protéger un certain nombre de droits, fût-ce contre les décisions des assemblées parlementaires. Ces droits qu'il importe de préserver sont issus de textes constitutionnels nationaux et de conventions internationales (en particulier, la Convention européenne des droits de l'homme).
- **D'autre part**, l'idée d'Etat nation s'est peu à peu diluée dans un ensemble européen dont la construction exigeait le développement d'un système normatif propre, susceptible de s'imposer aux États.

## Section 1. La supériorité de la Constitution dans l'ordre juridique national

La supériorité de la Constitution sur les autres normes juridiques s'inscrit dans une logique formelle, celle de la hiérarchie des normes juridiques, et a une logique substantielle, celle liée au principe de souveraineté nationale.

La Constitution de 1958 assure la réalité de cette supériorité constitutionnelle en mettant en place un contrôle de constitutionnalité, c'est-à-dire un contrôle du respect de la Constitution par l'ensemble des normes juridiques.

### §1. La hiérarchisation des normes juridiques

Si la notion de hiérarchie des normes est issue pour l'essentiel de la doctrine constitutionnaliste, elle implique naturellement la supériorité de la Constitution sur les autres normes juridiques.

La hiérarchie des normes intéresse tous les actes de la vie en société, qu'il s'agisse de droit public ou de droit privé. Mais elle intéresse surtout les actes produits par des organes publics ou des autorités publiques car ce sont eux qui définissent le droit applicable.

La hiérarchie implique l'idée d'un classement. Celui-ci se fait par le degré d'autorité que possède chaque acte : il y a ainsi des normes supérieures dont dépendent des normes inférieures ou subordonnées.

Elle renvoie à l'image d'une pyramide due au juriste autrichien **Hans Kelsen**, mais cette pyramide est renversée car les normes fondamentales, qui constituent la base, sur le plan juridique, sont moins nombreuses que les normes d'application.

Le sommet de la hiérarchie, c'est-à-dire en réalité la norme la plus importante, est la norme mère, qui commande tout le système juridique, à qui toutes les autres sont subordonnées.

Pour H. Kelsen, il existerait au dessus de la Constitution, une norme supérieure (Grundnorm en allemand) qui une règle juridique initiale qui signifierait que chaque Etat a le droit de se donner les formes d'organisation politique qu'il veut. Kelsen appartient à l'école de la théorie pure du droit, selon laquelle le droit ne peut pas sortir du non-droit. La norme supérieure est, selon elle, obligatoirement juridique.

Cette conception "*normativiste*" a ses limites : car, à force de remonter de degré en degré, on bute toujours sur la question de philosophie politique de l'origine du pouvoir. Il faut examiner la réalité politique et penser que la société concrète et un certain nombre de principes dont l'existence est présumée sont le fondement de cette première règle. La pyramide juridique n'a point de sommet, et on ne peut pas remonter à l'infini dans le droit, car on finit par buter sur la vie sociale ses réalités et ses représentations.

#### Remarque

Il s'agit d'un débat de philosophie politique : faut-il aussi imaginer au-dessus du droit positif, un droit naturel préexistant à toute autre règle de droit, tiré de la volonté divine ou de la Nature, synonyme de Raison, qui s'imposerait à tout auteur de constitution ? C'est en tout cas en droit positif une réalité qui ressort tant de la Déclaration de 1789, dans laquelle les représentants du Peuple français rappellent des droits naturels,

inaliénables et sacrés et qui seraient tombés dans l'oubli, que du Préambule de 1946 où le Peuple réaffirme des droits inaliénables et sacrés consacrés par la Déclaration de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. En toute hypothèse, le droit ne peut reposer en dernier analyse sur le droit, il repose nécessairement sur un système de valeurs extra-juridiques.

Quelle que soit l'origine du droit, cette construction ou "*formation du droit par degrés*" a le mérite de mettre l'accent sur la subordination des règles juridiques à d'autres règles juridiques et d'ériger la Constitution, à l'intérieur d'un Etat, comme la règle commandant à toutes les autres alors que, notamment à l'époque de Kelsen, le droit était assimilé à la loi et non à la Constitution.

Cette construction doit aussi être relativisée par le foisonnement des sources normatives.

En effet, aux normes juridiques s'ajoutent des normes qui ne sont pas assorties de sanctions et qui ne sont pas édictées par des autorités habilitées à édicter des normes impératives et qui pourtant produisent des effets normatifs en ce qu'elles sont reçues par leurs destinataires comme s'imposant à eux. Ce phénomène s'est traduit en droit international, par la *soft law*, ou « *droit mou* », ensemble de règles édictées par des organisations intergouvernementales ne disposant pas d'un pouvoir de décision ou par des organisations non gouvernementales, l'on rencontre également ces normes en droit interne sous forme d'avis ou de recommandations d'organismes, tel le Comité consultatif national d'éthique, chargé d'émettre des avis sur les questions intéressant la bioéthique, il en est également ainsi des règles déontologiques.

### Remarque

Certaines normes produisent des effets avant même d'être intégrées dans le droit positif, il en a été ainsi de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne avant même qu'elle ne soit intégrée aux traités relatifs à l'Union européenne. Enfin, et notamment en matière de droits fondamentaux, le rôle joué par le droit comparé, interne et international, dans l'interprétation par les juges des normes juridiques relativise le mécanisme de la pyramide kelsénienne.

## §2. La supériorité de la Constitution

La Constitution est non seulement la première norme, au sens où elle est supérieure, mais elle est aussi la norme qui commande les autres, qui les organise ou les "*distribue*" entre les différents pouvoirs. Tel est le sens de l'idée de hiérarchie des normes selon Kelsen.

Cette hiérarchisation des normes se manifeste par un empilement de normes qui partant de la norme supérieure conduit jusqu'aux normes inférieures en passant par des normes de valeur intermédiaire. Au sommet de cette construction figure la Constitution.

De manière générale, il est rare qu'une Constitution indique précisément et totalement comment les normes sont articulées les unes par rapport aux autres. Il est rare de trouver un titre consacré à la hiérarchie des normes et les dispositions relatives à cette question sont souvent éclatées au sein du texte constitutionnel. Celles-ci fournissent en outre des informations parcellaires. La Constitution de 1958 n'échappe pas à cette constatation.

- Ainsi, les articles 61, 61-1 et 62 sont surtout procéduraux et prévoient la saisine du Conseil constitutionnel en ce qui concerne différents types d'actes et l'autorité des décisions du Conseil sur les autres autorités. Il ne pose pas de manière solennelle le principe de la supériorité absolue de la Constitution sur tous les autres actes. De la même façon, les articles 54 et 55, qui sont insérés au Titre VI "*Traités et accords internationaux*", disposent, pour l'article 54, que les traités "peuvent" faire l'objet d'un contrôle, puisque la saisine n'est pas obligatoire, et qu'en cas de non conformité, la Constitution doit être révisée pour que le traité puisse être ratifié, ce qui n'implique pas nécessairement un rapport de supériorité du traité, puisqu'il n'est pas obligatoire de le ratifier. Seul l'article 55 pose un principe de supériorité des traités régulièrement ratifiés sur les lois.
- D'autres dispositions intéressent les normes dans la Constitution (les articles 34, 37 et 38), sans pour autant apporter des indications sur la valeur respective des normes concernées, les lois, les ordonnances et les règlements : l'article 37 pourrait laisser entendre que les règlements se situent sur le même plan que les lois ("*les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire*"). Ce n'est pourtant pas l'interprétation qui a été retenue. En revanche, l'article 21 affirme que le Premier ministre est chargé de l'exécution des lois : cette formule renvoie traditionnellement au pouvoir réglementaire. Elle laisse entendre que la loi se situe au-dessus des règlements, au moins pour ceux qui exécutent la loi.
- De cet ensemble, il ressort que les traités se situent au-dessus des normes de droit interne, sous réserve de leur place par rapport à la Constitution, que les lois sont placées au-dessus des autres règles de droit interne, mais en dessous des traités.

Ainsi, se dessine, imparfaitement, une hiérarchie des normes, sans que celle-ci organise précisément les mécanismes de contrôle entre toutes ces normes : la Constitution est ainsi muette sur un éventuel contrôle des lois par rapport aux traités et elle ne dit rien quant au contrôle des actes du pouvoir exécutif.

### §3. Le contrôle de constitutionnalité

La Constitution de la Vème République a notamment pour objet de limiter la prééminence du Parlement ; cette limitation a été organisée autour d'un renforcement de l'exécutif, principalement du Président de la République, et d'une détermination constitutionnelle des domaines de compétence de la loi et du règlement.

Mais, en fait, la disparition de la souveraineté du Parlement va résulter de sa soumission à la Constitution, rendue effective par le contrôle de la constitutionnalité des lois. [Le Conseil constitutionnel](#), institué pour assurer le respect de la répartition des compétences normatives entre le législateur et le gouvernement, va également assurer le respect par le législateur de l'ensemble des textes constitutionnels et donc le respect de la répartition des compétences normatives entre le législateur et le constituant.

En France, le légicentrisme qui prévaut sous la IIIème République s'oppose à l'idée même de l'existence d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité. La confusion des pouvoirs, qui concerne l'exécutif et le législatif, et qui s'opère au profit de ce dernier, concerne également les pouvoirs législatifs et constitutionnels. Sous la IIIème République, la Constitution, ou plutôt les lois qui en tiennent lieu, sont l'oeuvre du Parlement. Ainsi le Parlement législateur est aussi Parlement constituant. Par ailleurs, cette réalité s'appuie sur une idéologie fondée sur le mythe de la loi expression de la volonté générale. Or, le Parlement est de fait le seul représentant de la volonté générale, ainsi que le laisse entendre le Président Grévy, dans son discours qui marque la fin de la crise du 16 mai 1877.

Ainsi la souveraineté parlementaire ne peut laisser place à un contrôle de constitutionnalité externe au Parlement. Par ailleurs, comme le relève Carré de Malberg, la mise en place d'un mécanisme de contrôle de constitutionnalité ne serait pas vraiment opérante à partir du moment où les lois constitutionnelles ne contiennent aucune disposition relative aux droits et libertés fondamentaux. Cette situation explique également le refus du juge administratif d'examiner l'exception d'inconstitutionnalité consacrée dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 novembre 1936, Arrighi (Rec., p. 966), compte tenu de " *l'état actuel du droit public* ".

La Constitution de 1946 a mis en place un organe chargé de contrôler la constitutionnalité des lois mais ne lui a donné aucun moyen pour exercer cette fonction. Sous la IVème République, le Comité constitutionnel est un organe politique présidé par le chef de l'Etat et composé des présidents des assemblées et de dix membres élus à la proportionnelle par les assemblées mais en dehors d'elles (Assemblée Nationale : 7 membres, Sénat : 3 membres).

Si la loi apparaissait contraire à la Constitution, et "*supposait une révision de la Constitution*" (art. 91 de la Constitution de 1946), elle ne pouvait être promulguée qu'après que la Constitution avait été révisée dans les formes. En cas de conflit entre les deux normes, c'était la Constitution qu'il fallait réviser et non la loi. Ainsi celle-ci ne perdait rien de sa suprématie et elle ne pouvait être ni annulée, ni censurée. Ce contrôle ne portait ensuite que sur les titres 1 à 10 de la Constitution, et ne pouvait donc pas être opéré au regard du Préambule qui contenait l'essentiel des droits fondamentaux sous la IVème République. Enfin les conditions de saisine de cet organe étaient particulièrement difficiles à réunir. Le Comité constitutionnel n'est intervenu qu'une seule fois, en 1948, à propos du délai d'examen des textes par le Conseil de la République, et il est d'ailleurs parvenu à obtenir un accord entre les deux assemblées.

C'est sous la Vème République que va être instauré en France un véritable contrôle de constitutionnalité des lois, mais le développement de ce contrôle tient plus à la jurisprudence du Conseil et à des modifications ultérieures de la Constitution qu'à la volonté des rédacteurs du texte initial de la Constitution.

Selon [l'article 3 de la Constitution](#), "*la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum*". Cette formule a le mérite de désigner le titulaire de la souveraineté, c'est-à-dire le peuple. Elle exprime cependant, de manière insuffisamment claire, le principe majeur du constitutionnalisme européen contemporain. En effet, la souveraineté du peuple s'exprime par un principe juridique, celui selon lequel le peuple détient, en dernier ressort, le pouvoir souverain, c'est-à-dire le pouvoir constituant, et par un principe politique, celui selon lequel les gouvernants (pouvoirs constitués) tiennent leur légitimité du peuple, par la voie de l'élection. C'est en fait la Constitution qui est véritablement l'expression de la souveraineté nationale.

#### **Jurisprudence**

Le passage du système de la "*souveraineté*" de la loi à celui de la "*souveraineté*" de la Constitution, ou de l'État légal à l'État de droit, est cristallisé par cette formule employée par le Conseil constitutionnel : " la loi n'est

l'expression de la volonté générale que dans le respect de la Constitution" (décis.197 DC du 23 août 1985, Evolution de la Nouvelle-Calédonie).

Pour être effective, cette suprématie de la Constitution exige, ainsi que l'explique Carré de Malberg dans son ouvrage « *La loi expression de la volonté générale* » que deux conditions soient remplies : d'une part, un contrôle de constitutionnalité des lois, et d'autre part, la Constitution doit respecter certaines exigences quant à son contenu.

Avec, pendant longtemps, comme seule révision constitutionnelle celle relative aux conditions de sa saisine en 1974, le Conseil constitutionnel a considérablement développé son rôle, en assurant la séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif, et en garantissant, le cas échéant à l'encontre du législateur, la protection des droits et libertés fondamentaux à valeur constitutionnelle. Par ailleurs, les juridictions ordinaires ont été conduites à opérer une certaine forme de contrôle de constitutionnalité. La révision du 23 juillet 2008 a renforcé le rôle du Conseil constitutionnel et de ces juridictions dans la protection de la Constitution.

Avant d'analyser les mécanismes du contrôle de constitutionnalité « à la française », il convient de relever que d'autres modèles ont été adoptés dans d'autres systèmes juridiques.

Par ailleurs, et de manière générale, le développement du contrôle de constitutionnalité traduit, dans l'ensemble des systèmes juridiques, le développement d'un contrôle juridictionnel du respect de la Constitution au détriment d'un contrôle politique. Cette évolution s'inscrit à la fois dans le sens d'une certaine forme de dévalorisation du politique et de survalorisation du juridictionnel. Elle traduit également le passage de l'Etat légal, marqué par la prééminence du Parlement à l'Etat de droit marqué par la prééminence du juge.

## **A. Les différents modèles de contrôle de constitutionnalité**

Les modalités du contrôle de constitutionnalité des lois peuvent beaucoup varier d'un pays à l'autre. Il y a cependant deux modèles, l'un dit américain, l'autre dit européen. La différence tient à la procédure par laquelle une loi est déclarée inconstitutionnelle par l'organe compétent. À partir de ces modèles, différentes variantes peuvent exister.

### **1. Le modèle américain : le contrôle diffus**

Dans le système américain, la recherche de la conformité de la loi à la Constitution est incident, c'est-à-dire qu'il intervient à l'occasion d'un procès, entre deux personnes, généralement privées, ayant un tout autre objet que le contrôle de constitutionnalité (la contestation de la propriété d'un bien donné, ou le refus de pratiquer l'avortement dans une clinique privée par exemple). Dans le système américain, le contrôle est exercé par l'ensemble des juridictions, à la tête desquelles se trouve la Cour suprême (brochure sur la Cour Suprême, pdf). Le contrôle est dit diffus, car il n'appartient pas à un seul organe ou juridiction de l'exercer, mais à l'ensemble des tribunaux. Il est exercé à l'occasion d'un procès, et c'est un contrôle par voie d'exception, car le litige ne porte pas principalement sur le problème de la constitutionnalité. Il est donc exercé a posteriori, c'est-à-dire sur des lois déjà promulguées et entrées en vigueur.

Ce mécanisme n'est pas inscrit dans la Constitution américaine, mais il est le fruit de la jurisprudence de la Cour suprême.

Une certaine tradition d'examen des lois locales des administrations, mais aussi des lois du Parlement de Londres par les juridictions coloniales des colonies britanniques en Amérique, existait avant 1776.

A partir de cette date, les constitutions de 9 des 13 Etats nouveaux et indépendants établirent un mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois, mais à l'intérieur de chacun des Etats, et confié à une Cour suprême de ces derniers.

Lors de la Convention de Philadelphie, réunie pour élaborer la Constitution de la fédération en 1787, le débat eut lieu, au sein des "Pères fondateurs" chargés de rédiger le nouveau texte, entre ceux qui voulaient transposer au niveau de l'Union la "subordination de la législation à l'autorité de la Constitution", organisée au niveau des Etats et ceux qui rejetaient une telle institution. Etaient favorables à la mise en place d'un tel mécanisme, les "libéraux" partisans d'une fédération forte et de contrepoids aux excès de la démocratie. En face, les "démocrates" derrière T. Jefferson et T. Paine, qui étaient antifédéralistes, se méfiaient de ce qui pouvait limiter le pouvoir des Etats et donc celui des peuples. Le compromis, destiné à ne pas effaroucher les nouveaux Etats et à faire accepter la Constitution fédérale, aboutit à consacrer un pouvoir judiciaire fort, mais non à affirmer un contrôle de constitutionnalité. En fait la Cour suprême s'est d'elle-même attribuée compétence pour exercer ce contrôle par l'arrêt de 1803 *Marbury c. Madison*.

A partir de ce moment, et à l'occasion de litiges, la Cour suprême peut, par voie d'exception, quand se pose un problème d'interprétation de la Constitution, faire prévaloir la Constitution fédérale y compris les 10 premiers

amendements et le 14ème qui constituent une sorte de déclaration des droits, sur toute autre norme inférieure, émanant soit d'une autorité fédérale, tels que l'Exécutif ou le Congrès, soit d'une institution fédérée.

La Cour suprême s'est peu livrée à des déclarations d'inconstitutionnalité, une centaine de fois en deux siècles pour des lois fédérales. Il faut attendre 1857 pour que la Cour Suprême déclare une loi contraire à la Constitution de 1787. La loi n'est pas annulée, mais déclarée inapplicable au cas d'espèce du fait de l'autorité relative de la chose jugée. Mais l'importance de la règle du précédent ("**stare decisis**") et la position hiérarchique de la Cour, dont les décisions s'imposent à toutes les juridictions subordonnées, aboutissent à priver d'effet pratique une loi déclarée par elle inconstitutionnelle. Ce mécanisme "*d'exception d'inconstitutionnalité*", contrôle incident soulevé à l'occasion d'un litige concret devant une juridiction ordinaire, est susceptible d'être utilisé devant le juge fédéral (si une loi fédérale est supposée contraire à la Constitution), ou fédéré (si une loi d'un Etat ne respecte pas, soit la Constitution de cet Etat, soit la Constitution fédérale). La Cour suprême peut être amenée à trancher en dernier ressort, par la voie de l'appel. C'est a priori le système le plus libéral ou le plus ouvert qui soit.

Il y a deux autres mécanismes pour exercer le contrôle de constitutionnalité aux Etats-Unis : l'injonction, par laquelle un citoyen demande au juge d'interdire à un fonctionnaire d'exécuter une loi qui lui porte préjudice, parce que contraire à la Constitution et le jugement déclaratoire, qui permet à quiconque de s'adresser au juge pour lui demander de se prononcer sur une éventuelle inconstitutionnalité de la loi, avant qu'elle ne lui soit appliquée. Si la juridiction estime que la loi est inconstitutionnelle, l'administration n'en fera pas application dans le cas d'espèce. C'est une sorte de consultation juridique sur une difficulté sérieuse susceptible de déboucher sur un procès futur.

Un très sévère système de filtrage permet à la Cour d'éliminer 95 % des requêtes jugées irrecevables. Elle ne juge ainsi que quelques centaines de décisions.

Le cas américain montre la toute puissance du pouvoir judiciaire aux Etats-Unis et la grande importance de la Cour suprême qui peut parfois se substituer au pouvoir politique (cf. son opposition au New Deal de Roosevelt). On parle beaucoup de "juges qui gouvernent" ou de "*gouvernement des juges*".

## **2. Le modèle européen : le contrôle concentré**

Le modèle européen est très différent. Le contrôle est confié à une Cour constitutionnelle, institution spécialisée dans le contentieux constitutionnel. Il est concentré, en ce sens qu'il n'est exercé que par une juridiction et qu'il est en général réservé à certains requérants. Cette cour est située en dehors du système juridictionnel ordinaire. Quel que soit leur nom (Cour, Tribunal, Conseil), les Cours constitutionnelles ont, en principe, le monopole du contentieux constitutionnel. Ce contentieux concerne essentiellement le contrôle des lois nationales et des traités. Les membres de la Cour constitutionnelle sont des juges non magistrats désignés par des autorités politiques. Dans la plupart des pays, ils sont choisis majoritairement parmi les professeurs de droit, les magistrats ou les avocats. Ces cours constitutionnelles sont des juridictions, en ce qu'elles disent le droit à l'occasion de litiges abstraits ou concrets et que leurs décisions sont revêtues d'une autorité de chose jugée ou d'une autorité équivalente et s'imposant erga omnes, c'est-à-dire à l'égard de tous.

Les pays européens se sont mis tard au contrôle de constitutionnalité, avec un système destiné à rendre la loi inapplicable à l'égard de tous (erga omnes), avant même qu'elle ne produise des effets. Le "*modèle américain*" a été théorisé à partir d'une pratique, tandis que le modèle européen est le résultat d'une construction théorique, celle de Kelsen, car le contrôle de constitutionnalité est nécessaire au maintien de la pyramide des normes.

On trouve les prémisses de cette théorie, avant la lettre, en France, avec le "*Jury ou Jurie constitutionnaire*" de Sieyès, en thermidor an III. Cette proposition fut rejetée, car ce jury aurait disposé en définitive de tous les pouvoirs. Le Tribunal d'Empire dans la Constitution autrichienne de 1867 ou même le Tribunal des garanties constitutionnelles dans la Seconde République espagnole en 1931 constituent d'autres précédents.

Mais Hans Kelsen est à l'origine, en 1920, de la création, dans la Constitution autrichienne de la Haute Cour constitutionnelle. La Haute Cour disparut avant même l'occupation allemande de 1938. C'est la fin de la guerre et des régimes totalitaires en Europe qui va entraîner le retour de Cours constitutionnelles de type kelsénien avec un contrôle de constitutionnalité, dont l'objet est essentiellement de protéger les droits fondamentaux.

Le Tribunal constitutionnel espagnol est probablement la juridiction qui représente le mieux ce que l'on appelle le modèle européen. S'inspirant des précédents allemands, français et italien, ce tribunal joue un rôle essentiel dans la protection des droits fondamentaux. Il peut être saisi a priori ou a posteriori, tout tribunal ordinaire pouvant renvoyer, sans condition de délai, au Tribunal constitutionnel toute question d'inconstitutionnalité soulevée à l'occasion d'un litige. Il joue aussi un rôle important dans la répartition des compétences entre l'Etat et les communautés autonomes en cas de conflit relatif à leurs compétences respectives.

Cependant, les mécanismes du contrôle de constitutionnalité sont différents selon les cours.

En ce qui concerne le contrôle de la constitutionnalité des lois, plusieurs distinctions sont possibles. Le contrôle abstrait est un contrôle indépendant d'un autre litige, c'est un procès fait à un acte, la loi. Il est en général déclenché par une autorité politique. Le contrôle concret des normes est opéré à propos d'un litige conditionné par la régularité de la loi applicable. Il est en général opéré par renvoi, ou question préjudicielle, de la juridiction chargée de juger le litige à la Cour constitutionnelle. Le contrôle a priori est un contrôle opéré avant que la loi ne soit applicable dans l'ordre juridique. Le contrôle a posteriori est un contrôle qui peut être opéré sur la loi à tout moment, alors que la loi est applicable. Enfin, certains mécanismes particuliers sont organisés. Ainsi, en Allemagne, en Autriche et en Espagne, des recours permettent aux particuliers d'intervenir devant la Cour, lorsqu'ils jugent leurs droits fondamentaux lésés, et à cette occasion, le juge constitutionnel pourra être conduit à apprécier la constitutionnalité de la loi.

- **Certaines cours** interviennent essentiellement pour assurer un contrôle abstrait ou concret de la loi en tant que telle (en Autriche, en France, par exemple). L'activité essentielle de ces Cours constitutionnelles consiste à opérer un contrôle de constitutionnalité, tel qu'il a été organisé, d'abord, en Autriche, à la suite des analyses de Kelsen et qui résulte de l'affirmation selon laquelle la Constitution contient non seulement des règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics, mais aussi un catalogue de droits fondamentaux. La garantie de la Constitution repose principalement sur la possibilité d'annulation des actes qui lui sont contraires. Il revient ainsi à un organe différent du Parlement et indépendant de lui et de toute autre autorité étatique d'annuler des actes inconstitutionnels. Cet organe ne peut être qu'une juridiction ou un tribunal constitutionnel.
- **D'autres cours**, notamment, en Allemagne, en Italie, ou encore en Espagne, interviennent également pour contrôler la constitutionnalité de l'application de la loi, en permettant aux particuliers d'intervenir devant elles. On notera cependant qu'il s'agit de tendances et que l'évolution globale du contentieux constitutionnel conduit, avec des différences sensibles selon les Etats, à un développement de ce dernier type de contrôle.

### Remarque

**Analyse comparée** : Pouvez-vous expliquer les différents modes de contrôle de constitutionnalité (US et Europe) En quoi ces modèles sont diffus ou concentré ?

## B. Le contrôle de constitutionnalité en France

L'existence d'un réel contrôle de constitutionnalité en France tient autant à l'existence de mécanismes permettant la mise en oeuvre de ce contrôle qu'à l'existence de normes de références adéquates.

L'article 16 DDHC proclame 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 réalité d'un contrôle de constitutionnalité exige, pour renverser cette proposition, que la Constitution contienne non seulement des règles relatives à la séparation des pouvoirs constitués, mais aussi des règles relatives aux droits et libertés fondamentaux. La Constitution ne s'intéresse plus seulement aux rapports entre les organes de l'Etat, mais aussi aux rapports entre l'Etat et les citoyens, en assurant leur protection.

### Jurisprudence

Ainsi, par exemple, le droit pour le législateur de défaire ce qu'il a fait, ce qu'une loi a fait, une autre loi peut le défaire, n'est plus absolu, en effet le Conseil constitutionnel a précisé que l'exercice de ce pouvoir de modification ne devait pas aboutir à priver de garanties légales des exigences constitutionnelles (par exemple, la liberté d'expression, décis. 84-185 DC du 18 janvier 1985).

Si la légitimité de ce contrôle n'est en principe plus contestée, sa mise en oeuvre rencontre des limites qui appellent une révision constitutionnelle. Certaines de ses limites ont été partiellement levées par la révision du 23 juillet 2008.

## 1. Les normes de référence du contrôle de constitutionnalité

### a) Le contenu de la norme constitutionnelle

Depuis 1791, la Constitution française est une constitution écrite, même si beaucoup de textes ont connu des évolutions coutumières très fortes (cf la " *Constitution* " Grévy de 1879) et si le contenu de celles-ci a souvent été oublié dans la pratique. La Constitution française a souvent été précédée d'une Déclaration des droits ou

d'un Préambule dont la valeur juridique a été contestée. La question se pose dans des termes nouveaux depuis 1958, du fait de l'existence d'un contrôle de constitutionnalité. Celui-ci, pour être utile, devait porter sur une Constitution au contenu développé et complet.

Pour que le Conseil assure le respect effectif de la séparation entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués, c'est-à-dire essentiellement le pouvoir législatif, la Constitution doit contenir des normes relatives aux droits fondamentaux des citoyens. En effet si le contrôle de constitutionnalité s'était borné, ainsi que l'envisageaient les initiateurs du texte constitutionnel, à veiller au respect par le législateur de ses compétences et des règles de procédure constitutionnelles, seule la séparation des pouvoirs constitués, exécutif et législatif, aurait été garantie.

L'article 16 de la Déclaration de 1789 proclame 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 réalité d'un contrôle de constitutionnalité exige, pour renverser cette proposition, que la Constitution contienne non seulement des règles relatives à la séparation des pouvoirs constitués, mais aussi des règles relatives aux droits et libertés fondamentaux. La Constitution ne s'intéresse plus seulement aux rapports entre les organes de l'État, mais aussi aux rapports entre l'État et les citoyens, en assurant leur protection.

Ainsi la Constitution n'est plus uniquement le texte qui organise le fonctionnement des pouvoirs publics, mais un ensemble de textes de valeur constitutionnelle qui contiennent également des droits et principes de valeur constitutionnelle.

Arriver à cette conclusion exigeait, dans le cas de la Constitution de 1958, que l'on considère que le texte de la Constitution ne se borne pas aux articles numérotés, mais inclue également son Préambule qui fait référence à des textes fondamentaux relatifs à des droits et libertés. Les travaux préparatoires de la Constitution montrent néanmoins qu'il n'était pas envisagé que la constitutionnalité des lois soit vérifiée au regard du Préambule de la Constitution, dont l'objet n'était en fait que d'insérer la nouvelle Constitution dans la continuité républicaine. En la matière les "*écrivains de la Constitution*" ont créé l'instrument mais ne souhaitaient pas lui donner les moyens d'assurer véritablement son rôle.

Le développement de ce rôle est le fruit de deux éléments, l'un concerne l'extension des conditions de saisine du juge constitutionnel, l'autre résulte d'une décision du Conseil constitutionnel lui-même.

### **Jurisprudence**

Par une décision fondatrice 71-44 DC du 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel reconnaît la valeur constitutionnelle du Préambule de la Constitution et des textes auxquels il se réfère. Ces textes forment ce que beaucoup qualifient de « *bloc de constitutionnalité* » qui contient différents éléments à partir du texte de la Constitution de 1958 et de son Préambule. Les raisons de la consécration de cet ensemble constitutionnel permettent de comprendre ses éléments et de s'interroger sur son caractère hétérogène.

### **b) Une constitution complète**

La Constitution du 4 octobre 1958 présente la particularité de ne pas être un ensemble homogène, du moins dans sa présentation formelle.

Elle a été adoptée, à l'origine, sous la forme d'un texte de 92 articles, précédés d'un court Préambule. Ces articles contiennent essentiellement des dispositions consacrées aux pouvoirs publics, leur organisation et leurs relations.

- Ce texte était quasiment muet quant à l'énoncé de droits fondamentaux ou de libertés publiques; si l'on met de côté les articles 2, 3 et 4 qui sont intégrés dans le Titre 1er consacrée à la souveraineté et qui intéressent, de ce fait, les relations entre les gouvernants et les gouvernés, il faut considérer que seul l'article 66 proclame une liberté fondamentale, la liberté individuelle, associée d'ailleurs au principe de sûreté puisqu'il prévoit que "*nul ne peut être arbitrairement détenu*".
- De la même manière, l'article 72 pose le principe de libre administration, qui concerne indirectement les citoyens par l'intermédiaire des collectivités territoriales.

Une telle situation n'était sans doute pas compatible avec un véritable contrôle de constitutionnalité de la loi tel qu'il s'est mis progressivement en place, timidement après 1958 avec quelques décisions relatives à des lois organiques, dans le cadre d'un contrôle obligatoire de la loi prévu à l'article 61 alinéa 1. Ces décisions manifestent cependant l'intention du Conseil constitutionnel d'exercer un contrôle au fond, c'est-à-dire du contenu de la loi et pas seulement de la répartition matérielle entre le domaine de la loi et celui du règlement. À ce titre, elles constituent un signe très fort adressé par le Conseil, et la décision 39 DC du 19 juin 1970 est une étape, parfois méconnue, de la reconnaissance d'une définition large de la notion de constitution en droit français. Dans les visés de cette décision, figure en effet la mention "*Vu la Constitution, et notamment son Préambule*", ce qui semblait impliquer que ce dernier faisait partie du texte constitutionnel.



La question avait déjà été posée sous l'empire de la Constitution de 1946, puisque celle-ci était aussi précédée d'un préambule, mais les réponses avaient été plus que nuancées. Alors que l'article 92 al. 3 de la Constitution avait exclu le préambule du timide contrôle de constitutionnalité des lois qui avait été instauré au profit du Comité constitutionnel, le Conseil d'Etat avait paru hésiter avec l'arrêt Dehaene du 7 juillet 1950, à propos du droit de grève (Rec., p. 426), ou l'arrêt du 11 juillet 1956, Amicale des Annamites de Paris (Rec., p. 317) qui reconnaissait l'existence de la liberté d'association comme principe fondamental reconnu par les lois de la République, à reconnaître une pleine valeur constitutionnelle du Préambule de la Constitution.

Le Conseil d'Etat avait préféré avoir recours à la technique des principes généraux du droit "*applicables même sans texte*" qui permettait de consacrer, vis-à-vis de l'administration, des règles positives ayant un contenu similaire à celui des droits fondamentaux contenus dans le Préambule de 1946, sans avoir à se prononcer sur la valeur de ce texte (voir l'arrêt du 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, Rec., p. 151).

### Jurisprudence

Aux débuts de la Vème république, le juge administratif, tout en continuant de se référer aux principes généraux, a paru considérer que le Préambule de 1958 pouvait avoir valeur de règle positive, sans indiquer clairement que ce Préambule avait valeur constitutionnelle (CE 26 juin 1959, Syndicat des ingénieurs-conseils, intéressant par sa date parce qu'il se situe aux débuts de la Vème République même si les faits de l'espèce concernaient un problème juridique de la IVème République, et 12 février 1960 Société Eky).

Ce mouvement de consécration du Préambule a donc rencontré les efforts du Conseil constitutionnel vers l'intégration (ou la réintégration?) de celui-ci dans la Constitution.

### Jurisprudence

- L'étape décisive fut franchie avec la décision 44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association, du Conseil constitutionnel, véritable point de départ du contrôle de constitutionnalité au fond en France. Le Conseil ne se contente pas de citer, comme en 1970, dans ses visas, "la Constitution et notamment son Préambule", mais considère "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". Cette décision assimile donc le Préambule à la Constitution et, indirectement, range dans celle-ci les éléments contenus dans le Préambule. Il y est en effet affirmé 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 par la Déclaration de 1789, confirmée par le Préambule de la Constitution de 1946*". Dans sa décision de 1971, le Conseil constitutionnel donne, par l'intermédiaire du Préambule de 1958, une valeur constitutionnelle certaine à ces deux textes fondateurs du droit français qui pouvaient apparaître comme étant seulement "*cités*" dans le Préambule. Cette jurisprudence considère en réalité qu'ils sont contenus dans ce dernier, comme s'ils avaient été écrits, en réalité réécrits, en 1958. La Constitution française, qui n'a pas pu, ni voulu consacrer un Titre spécifique aux droits fondamentaux, à la différence du Titre 1 de la Loi fondamentale allemande de 1949, est cependant dotée, de cette manière, d'un ensemble de textes qui s'apparente à un énoncé de droits fondamentaux. Pour établir une unité entre ces éléments épars, la doctrine a forgé le concept contestable de "*bloc de constitutionnalité*", englobant l'ensemble des règles de valeur constitutionnelle.
- Parmi celles-ci, figure en premier lieu la Déclaration des droits de 1789, depuis la décision 51-DC du 27 décembre 1973, Taxation d'office, à propos du principe d'égalité devant la loi "contenu dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789". Le Conseil constitutionnel a accordé valeur constitutionnelle à toutes les dispositions de la Déclaration de 1789 en affirmant que, 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 droits, proclamés en 1789*" (décision 81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation). Chaque article a donc valeur constitutionnelle et le Conseil a accepté de statuer sur tous les moyens tirés de la violation d'un article de la Déclaration, quel qu'il soit.

Le Conseil constitutionnel a procédé de la même manière avec le Préambule de la Constitution de 1946, alors même que le contenu de ce texte est plus hétérogène. Le Préambule de la Constitution de 1946 se voulait en effet un texte qui se rattache à la tradition française, en matière de droits fondamentaux, tout en proclamant des droits nouveaux, qualifiés de "*particulièrement nécessaires à notre temps*". Il consacrait déjà la reconnaissance de la Déclaration des droits de 1789, faute d'avoir voulu écrire une nouvelle Déclaration. Il fait aussi référence aux "*principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*" ou PFRL, qui expriment, eux aussi, la volonté du constituant de 1946 de se rattacher à un passé en matière de droits de l'homme et de libertés. La consécration de la valeur juridique du Préambule de 1946 entraîne par là-même consécration de ces principes. La difficulté réside dans l'absence de leur identification a priori, ce qui conduit le juge à "*découvrir*" ces "*PFRLR*", non sans être accusé parfois de faire preuve d'inventivité.

### Jurisprudence

- La première découverte remonte à la décision 71-44 DC du 16 juillet 1971: le Conseil constitutionnel a vu, dans la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, le principe à valeur constitutionnelle de la liberté d'association.
- Depuis cette date, il a reconnu neuf autres principes, dont **l'indépendance de la juridiction administrative** (décision 119-DC du 22 juillet 1980), **l'indépendance des professeurs d'université** (décision 165 DC du 20 janvier 1984), la **compétence exclusive de la juridiction administrative en matière d'annulation d'actes administratifs** (décision 224 DC du 23 janvier 1987), les **attributions spécifiques conférées à l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété immobilière** (décision 256 DC du 25 juillet 1989) et la **spécificité d'un droit pénal des mineurs** fondé sur diverses lois de la IIIème République consacrées à la justice des mineurs (décision 2002-461 DC du 2002).

Sans exagérer l'importance quantitative de ces principes fondamentaux, il faut constater que leur fonction est sans doute de combler certaines lacunes entre les deux textes fondateurs de 1789 et de 1946 et de considérer qu'il existe une continuité constitutionnelle ou législative depuis deux siècles en matière de droits fondamentaux.

A côté de ce rattachement à des principes plus ou moins anciens, le Préambule de 1946 a proclamé des principes nouveaux, "*politiques, économiques et sociaux*", qualifiés de « *particulièrement nécessaires à notre temps* ». Ces principes concernent aussi bien l'égalité des sexes (alinéa 3) que les relations externes de la France (alinéa 4 relatif au droit d'asile, alinéa 14 qui pose le respect par la France des règles du droit international public, et l'alinéa 15 qui prévoit que la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix).

Les autres principes traitent :

- de la famille
- du droit à la protection de la santé
- à la sécurité matérielle
- du repos et des loisirs garantis à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs
- de l'organisation de l'enseignement public, gratuit et laïc à tous les degrés.

Ils définissent aussi un statut du travailleur dans l'entreprise en proclamant :

- le droit à l'emploi et la non-discrimination dans le travail
- la liberté syndicale
- et le droit de grève

Ils proclament enfin :

- la participation du travailleur à la détermination collective des conditions de travail
- l'obligation de nationaliser toute entreprise ou tout bien qui a les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait

Le Préambule définit donc un ensemble de droits, parfois qualifiés de "*socialisants*" ou sociaux par opposition aux droits "*libéraux*" de 1789, qui se présentent comme des "*droits-créances*" impliquant des prestations positives de la part de l'Etat et non plus un abstention et qui s'expliquent dans le contexte politique de l'immédiat après-guerre.

Comme pour la Déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel n'a pas hésité à reconnaître valeur constitutionnelle à toutes ces dispositions, dès la décision 54 DC du 15 janvier 1975, Interruption volontaire de grossesse, sans qu'il soit possible de faire une distinction entre elles, ni de considérer que certaines d'entre elles ne pourraient pas être invoquées à l'encontre d'une loi.

### **Jurisprudence**

Le Conseil constitutionnel a même utilisé l'exposé des motifs du Préambule pour reconnaître le principe "*de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine*", ce qui illustre à la fois sa volonté de se rattacher systématiquement à une disposition écrite, même formulée en termes généraux, et d'utiliser toutes les possibilités offertes par ces textes (décision 343-344 DC du 27 juillet 1994, Lois de bioéthique).

### **Remarque**

Mais, compte tenu de la rédaction parfois imprécise de certains principes, qui ressemblent parfois à un programme ou à une incantation, le Conseil laisse au législateur une assez grande liberté pour mettre en oeuvre ces principes dont quelques uns ont ainsi une portée pratique assez limitée.

### **Jurisprudence**

Cela explique qu'il n'y a, dans la jurisprudence du Conseil, que très peu de décisions sanctionnant la violation d'un principe tiré du Préambule de 1946 : décisions 105 DC du 25 juillet 1979 et 230 DC du 28 juillet 1987 à propos du droit de grève et décision 325 DC du 13 août 1993, relative au droit d'asile. Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir d'injonction à l'égard du législateur. pour obliger ce dernier à traduire concrètement les différents droits-créances contenus dans le Préambule.

Alors que le Préambule de 1958 était resté inchangé depuis l'origine, la loi constitutionnelle du 1er mars 2005 a ajouté à la liste des textes auxquels il renvoie la Charte de l'environnement de 2004., catalogue de droits et de devoirs nouveaux, dont le Conseil n'a pas hésité à faire utilisation, dès sa décision 2005-514 DC, Registre international français, à propos de l'article 6 de la Charte relatif à la promotion du développement durable.

Si, dans la très grande majorité des cas, le juge constitutionnel s'attache à n'utiliser que des principes directement ou plus directement rattachés aux textes constitutionnels, il a cependant parfois fait référence à des principes énoncés sans fondement textuel direct. Il en est ainsi des « *objectifs de valeur constitutionnelle* » qui sont des normes de conciliation, car ils servent notamment à nuancer le caractère absolu de certains droits fondamentaux, en permettant au législateur d'imposer des limites à ces droits. Il en est ainsi par exemple de la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent (décision 359 DC du 19 janvier 1995, Loi relative à la diversité de l'habitat) et de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi (décision 99-421 DC du 16 décembre 1999), ou de la lutte contre la fraude fiscale (décision 86-209 DC du 3 juillet 1986), ou de la bonne administration de la justice (décision 2009-595 DC du 3 décembre 2009).

Il s'agit, de manière globale, de chercher un compromis entre l'affirmation de ces droits et la défense d'intérêts collectifs ou généraux matérialisés par ces objectifs. Il s'agit de normes qui n'ont pas d'effet direct, c'est-à-dire qui ne sont pas directement invocables par un particulier devant un juge. Il faut cependant considérer que les objectifs à valeur constitutionnelle font partie de la Constitution et ont un rang constitutionnel dans la hiérarchie des normes.

## 2. Les mécanismes du contrôle de constitutionnalité

La France a longtemps refusé le contrôle des lois par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité.

C'est donc un contrôle par la voie d'action qui a été organisé, à partir de 1958, au profit du Conseil constitutionnel. Ce contrôle n'empêche pas, bien entendu, les juridictions ordinaires, administratives et judiciaires, d'exercer un contrôle de constitutionnalité des actes pour lesquels elles sont respectivement compétentes, sous réserve de la théorie de la loi-écran.

La révision de 2008 a modifié considérablement ce rôle.

### a) Le contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel

La France a organisé pendant longtemps un contrôle qui n'était qu'a priori, concentré, des lois, sur la seule saisine d'autorités politiques, à l'exclusion des citoyens. La forme de la saisine permet de distinguer les contrôles obligatoires et les contrôles facultatifs. Elle a introduit, par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, un contrôle a posteriori des lois.

L'idée même d'un contrôle de la loi va à l'encontre de toute l'histoire politique française car la sacralisation de la loi, consacrée en 1789, à l'article 6 de la Déclaration des droits, qui dispose que "la loi est l'expression de la volonté générale", voulait que le législateur &#x2014; composé de représentants du peuple souverain &#x2014; ne puisse pas se tromper. La loi devait être incontestable (" *la volonté générale ne peut errer* " disait J.J. Rousseau). Certes, on peut considérer que les auteurs de la Déclaration ont conçu celle-ci, et la Constitution qu'elle devait précéder, comme un texte supérieur aux lois mais ils n'ont aucunement prévu un mécanisme concret capable d'assurer cette supériorité.

Sous la Vème République, le contrôle de la constitutionnalité de la loi s'inscrit dans la volonté d'un affaiblissement du Parlement.

En outre, il ne paraît plus choquant d'opposer la loi à la Constitution, expression encore plus solennelle de la volonté générale, puisqu'elle est entourée d'une procédure destinée à lui donner le maximum de garanties, notamment lors de sa révision.

### Jurisprudence

C'est cette idée qu'exprime la décision 85-197 DC du 23 août 1985 : la loi votée " *n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution* " (consid 27). Cette consécration de la Constitution en tant que norme suprême est justifiée par le fait que celle-ci doit être considérée comme l'expression directe de la souveraineté nationale exprimée par le peuple français.

La limite de son pouvoir s'inscrit dans la Constitution elle-même car il se refuse à contrôler la loi constitutionnelle de révision de la Constitution, y compris lorsqu'elle est adoptée par le Congrès, estimant qu'aucune disposition de la Constitution, ni l'article 61 alinéa 2, ni l'article 89, ne lui donne cette compétence (décision 2003-469 DC).

### Remarque

Le respect des limites au pouvoir de révision, prévues notamment à l'article 89, n'est ainsi pas contrôlé par le Conseil constitutionnel.

### Le contrôle obligatoire des lois organiques, des règlements des assemblées et des propositions de loi référendaires

Il intéresse, comme le prévoit l'alinéa 1er de l'article 61, les lois organiques et les règlements des assemblées. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit d'éviter que le Parlement ne retrouve des compétences que la Constitution de 1958 lui a refusées. Dans le troisième cas, il s'agit d'encadrer une forme nouvelle de démocratie référendaire.

#### Le contrôle obligatoire des lois organiques

Le contrôle obligatoire intéresse les lois organiques, avant leur promulgation et le Conseil est obligatoirement saisi par le Premier ministre (articles 61 al. 1 et 46). Ces lois sont des textes prévus par la Constitution et sont destinées à compléter et détailler celle-ci. Le constituant a voulu garantir, par ce contrôle obligatoire, que toutes ces lois soient conformes à la Constitution.

#### Jurisprudence

Le Conseil constitutionnel n'a cependant pas contrôlé les lois organiques prises sous la forme d'ordonnances pendant la période de quatre mois correspondant à la mise en place des institutions (art. 92) et a considéré, rétroactivement, qu'elles bénéficiaient d'une présomption de conformité à la Constitution et qu'il ne pouvait pas les contrôler, même à l'occasion de leur modification (décision 60-6 DC du 15 janvier 1960, Magistrats musulmans). Pour échapper désormais au contrôle, les lois organiques devraient être adoptées sous forme de lois référendaires, puisque ces lois ne sont pas susceptibles de contrôle, qu'il s'agisse de lois constitutionnelles ou de lois organiques, ou même des lois ordinaires (décisions 62-20 DC du 6 novembre 1962, Election du président de la République et 92-313 DC du 23 septembre 1992.)

Mais le contrôle obligatoire impose en revanche que la procédure des ordonnances de l'article 38 ne puisse pas être utilisée (décision 81-134 DC du 5 janvier 1982, Loi d'orientation sociale, consid. 4), ce qui se comprend car les garanties particulières offertes par les lois organiques, contrôle obligatoire et droit de veto du Sénat pour les lois le concernant et pour la loi organique prévue à l'article 88-3, ne peuvent jouer en cas d'application de l'article 38.

#### Jurisprudence

La différence entre les rapports ordonnance / lois organiques et lois référendaires / lois organiques tient au fait que le Conseil constitutionnel ne peut pas contrôler l'expression directe de la souveraineté nationale (consid. 2 de la décision 62-20 DC).

#### Le contrôle obligatoire de règlements des assemblées

Les règlements des assemblées ont pour rôle de déterminer la vie de chacune des assemblées qui adopte des résolutions pour organiser ou modifier ces règles de fonctionnement. Avant 1958, les assemblées établissaient librement leur règlement intérieur, ce qui entraînait des excès illustrés par la technique de l'interpellation qui permit de renverser des gouvernements en dehors des formes constitutionnelles. L'article 61 alinéa 1 organisant un contrôle obligatoire, sur saisine du président de chaque assemblée concernée, aucune disposition du règlement ne peut plus échapper au respect de la Constitution. Les assemblées pouvaient être tentées de contourner, par leur règlement, les règles contraignantes fixées par la Constitution dans le cadre du parlementarisme rationalisé.

Si l'on avait pu avoir un doute, la décision 59-2 DC des 17, 18 et 24 juin 1959 relative au Règlement de l'Assemblée nationale apporte la preuve que le Conseil constitutionnel n'a pas hésité, dès sa première décision, à se comporter en véritable juge et à censurer des dispositions contraires à la Constitution (en l'espèce, méconnaissance de l'art. 4 de la Constitution, des art. 29 al. 2, 31 etc.). La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a prévu un troisième cas de contrôle obligatoire des propositions de loi référendaires sur initiative du Parlement et des électeurs (cf art 11 al 3 et art 61 al 1). Ce contrôle est soumis à des conditions qui seront fixées par une loi organique prévue à l'alinéa 4 de l'article 11.

#### le contrôle facultatif des lois ordinaires :

Il faut désormais distinguer le contrôle a priori et le contrôle a posteriori. L'article 61 alinéa 2 traite de la "Conformité des lois à la Constitution". C'est le rôle le plus important du Conseil constitutionnel et il représente le contentieux le plus abondant. Il est parfois un enjeu politique et fait l'objet de débats et les alternances ont

favorisé ce contrôle. Elles ont pu chercher à le politiser mais le Conseil constitutionnel a su garder une ligne jurisprudentielle neutre.

### **Jurisprudence**

Ce contrôle, instauré en France en 1958, c'est-à-dire assez tardivement, ne s'est surtout développé qu'à partir des années 1970, avec la décision 71-44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association.

Le contrôle intervient entre le vote et la promulgation, ce qui peut poser des difficultés car le moment de la promulgation n'est pas fixé précisément dans la Constitution. Si le Président décide de promulguer la loi dans un délai plus ou moins bref, il peut priver les autorités de saisine de leur possibilité d'utiliser cette compétence (cf. la décision 97-392 DC du 7 novembre 1997, Loi portant réforme du service national).

Le contrôle intervient sur saisine de quatre autorités politiques, le Président de la République, le Premier ministre ou les présidents des assemblées auxquels s'ajoutent, depuis la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974, 60 députés ou 60 sénateurs (et non pas 60 députés et sénateurs). Cette réforme, voulue pour donner un statut à l'opposition, a été jugée négativement en 1974, mais les critiques étaient, à l'époque, mal fondées. Jusqu'à cette date, en effet, les autorités susceptibles, sur le plan politique, de saisir le Conseil, se limitaient au Président du Sénat, le seul à ne pas appartenir à l'ensemble homogène composé du Président de la République, du Premier ministre et du Président de l'Assemblée nationale lorsque coïncident les majorités présidentielle et parlementaire. Le Président du Sénat a utilisé ce droit, en 1962, et en 1971, sans doute de façon trop timide. Depuis 1974 et l'ouverture de la saisine, l'essentiel des saisines du Conseil constitutionnel sont des saisines parlementaires.

### **Jurisprudence**

Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle sur toutes les lois, quel que soit leur contenu, qu'il s'agisse de lois de finances ou d'autorisation de ratification de traités (art. 53) ou autres. Seules les lois référendaires, du fait de leur origine, échappent à ce contrôle, car elle sont l'expression directe de la souveraineté nationale (décisions 62-20 DC du 6 novembre 1962 et 92-313 DC du 23 septembre 1992).

Une déclaration d'inconstitutionnalité empêche le Président de la République de promulguer une loi, soit partiellement, soit totalement. Si les dispositions inconstitutionnelles sont jugées séparables par le Conseil constitutionnel, le texte peut être promulgué sans ces dispositions.

En principe, une loi promulguée ne peut faire l'objet d'un contrôle : mais la régularité d'une loi peut être contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient ou la complètent ou affectent son domaine.

### **Jurisprudence**

Cet objet entraîne la nécessité de prendre en compte la loi antérieure pour apprécier la constitutionnalité de l'état de la législation, mais ce contrôle n'a pas d'incidences sur le sort de la loi promulguée (décision 85-187 DC du 25 janvier 1985, Etat d'urgence en Nouvelle Calédonie). L'inconstitutionnalité de dispositions déjà promulguées ne sert qu'à mettre en cause la régularité de la loi (non promulguée) qui est contestée. Il n'y a eu quelques cas d'application de cette jurisprudence jusqu'à présent, entre 1989 et 1999. Dans la décision 99-410 DC du 15 mars 1999, le Conseil a, pour la première fois, déclaré l'inconstitutionnalité de dispositions législatives déjà promulguées, ce qui n'est pas sans soulever des difficultés d'appréciation.

Le contrôle a priori de la loi par le Conseil constitutionnel en cours de promulgation doit se faire dans un délai d'un mois ou de huit jours, en cas d'urgence et à la demande du Gouvernement. Mais la doctrine semble considérer que le Conseil constitutionnel n'est pas tenu de répondre à cette urgence, qui serait ainsi une obligation sans sanction.

Le Conseil constitutionnel s'estime saisi de toute la loi qui lui est déférée et pas seulement des articles éventuellement contestés. Il arrive d'ailleurs que les requérants, notamment le Premier ministre, ne motivent pas leur saisine et n'invoquent pas d'arguments spécifiques à l'égard de dispositions particulières.

### **Jurisprudence**

Le Conseil constitutionnel peut ainsi se saisir de "*conclusions et de moyens d'office*" à l'encontre de dispositions qu'il estimerait inconstitutionnelles, reprenant une technique utilisée par le juge administratif (pour un exemple, cf. la décision 82-146 DC du 18 novembre 1982, Quotas par sexe, dans laquelle le Conseil s'est saisi de la question des quotas de personnes de sexes différents sur les listes de candidats aux élections municipales, alors que ce grief n'était pas soulevé).

## **Le contrôle a posteriori et la question prioritaire de constitutionnalité (QPC)**

Ce contrôle constitue une profonde modification du rôle du Conseil. L'article 61-1 permet à toute partie de soulever, dans le cadre d'un procès porté devant les juridictions ordinaires (judiciaires ou administratives), la question de l'inconstitutionnalité d'une loi déjà promulguée et en vigueur, même avant 1958. La question ne peut porter que sur le respect des « droits et libertés », ce qui exclut les questions de procédure législative ou celles ayant trait à la répartition des compétences normatives entre la loi et le règlement. Pour autant, il ne s'agit pas d'une véritable « exception » d'inconstitutionnalité sur le modèle américain, car le juge du fond doit saisir le Conseil constitutionnel par une question préjudicielle, et non pas écarter l'application de la loi au litige en cours. Cette question doit en outre franchir le barrage, ou le filtre, de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat, selon l'ordre juridictionnel concerné, qui seuls, peuvent saisir le Conseil. Ce dernier a trois mois pour statuer.

Le législateur organique compétent pour compléter l'article 61\_1 a souhaité qualifier cette procédure de « question prioritaire de constitutionnalité » (vite désignée sous le nom de « QPC ») afin d'inciter les juridictions ordinaires à traiter d'abord la question de la conformité des lois à la Constitution « nationale » avant de procéder à l'examen de la compatibilité de ces mêmes dispositions avec les engagements internationaux, dont ceux résultant de l'Union européenne, afin de limiter les effets de la supériorité des traités et engagements sur les lois nationales. Dans la pratique juridictionnelle, la priorité du contrôle ne signifie néanmoins pas primauté et les juridictions restent tenues de faire prévaloir ces engagements sur le droit national, en dehors de la Constitution elle-même. La réforme est entrée en vigueur au 1er mars 2010 et a suscité le dépôt de nombreuses QPC et l'abrogation de plusieurs dispositions législatives inconstitutionnelles, dont celle qui a fait l'objet de la première décision QPC (déc 2010-1 QPC, Consorts L. cristallisation des pensions).

« Le Conseil constitutionnel a conduit ainsi le législateur à modifier le régime de la garde à vue et celui des hospitalisations d'office. Ce sont plus de deux cents décisions dites QPC qui ont été rendues par le Conseil constitutionnel depuis le 1er mars 2010, sur les sujets les plus divers, le droit fiscal arrivant en tête des matières ayant fait l'objet de ces décisions ».

L'article 62 de la Constitution a été aussi modifié pour permettre au Conseil, dans le cadre de ce contrôle a posteriori, d'abroger, pour l'avenir, les dispositions législatives jugées inconstitutionnelles, soit à compter de la publication de sa décision, soit à compter d'une date ultérieure et selon des modalités qu'il détermine. Dans plusieurs cas, le Conseil constitutionnel a repoussé l'application de sa décision à plusieurs mois après cette dernière, afin de laisser le législateur le temps de modifier la loi sans porter trop atteinte à la sécurité juridique.

### Le contrôle facultatif des engagements internationaux

Il est prévu à l'article 54 et il s'effectue sur saisine des quatre plus hautes autorités politiques que sont le Président de la République, le Premier ministre ou les présidents des assemblées, et auxquelles se sont ajoutés, depuis la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, 60 députés et 60 sénateurs, sur le modèle de ce qui existe pour le contrôle des lois ordinaires. (pour plus de développement sur le contrôle des engagements internationaux, voir le chapitre 2 ci-dessus).

### Le contrôle particulier des lois du pays de Nouvelle-Calédonie

Depuis la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998 ayant introduit un article 77 nouveau et la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 portant statut de la Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel est compétent pour connaître des lois adoptées par le Congrès de Nouvelle-Calédonie lorsqu'elles interviennent sur des matières énumérées par la loi. Ce contrôle ne peut intervenir qu'après une double délibération du Congrès, après laquelle des autorités politiques que sont le Haut-commissaire ou représentant de l'Etat, le Président du Congrès, le président d'une des trois assemblées de province et dix-huit membres du Congrès peuvent saisir le Conseil constitutionnel dans un délai de dix jours. La déclaration d'inconstitutionnalité, totale ou partielle, empêche la promulgation et les lois promulguées ne peuvent faire l'objet d'aucun recours. Alors que les actes des collectivités territoriales d'outre-mer ou des collectivités spécifiques sont tous considérés comme des actes administratifs, ces lois du pays de Nouvelle-Calédonie illustrent la situation très particulière de cette nouvelle collectivité, ce qui manifeste le passage d'une autonomie administrative à une autonomie politique.

Le contentieux des lois du pays de Nouvelle-Calédonie ne connaît, jusqu'à présent, que deux cas de contrôle de ces lois.

### **b) Le contrôle de constitutionnalité opéré par les juges ordinaires**

L'idée selon laquelle les juges ordinaires pourraient être juges constitutionnels heurte l'idée fortement ancrée en France selon laquelle le Conseil constitutionnel est le seul juge constitutionnel. Mais le juge constitutionnel peut être défini par sa fonction, qui est d'interpréter la Constitution. Si l'on retient cette hypothèse, il convient de considérer que les juridictions judiciaires comme les juridictions administratives interviennent dans le contentieux constitutionnel.

En effet, les missions qui sont confiées au Conseil constitutionnel ne sont pas suffisantes pour assurer le respect des exigences constitutionnelles dans l'ensemble de l'ordonnement normatif.

Il est généralement admis que le juge ordinaire peut contrôler la constitutionnalité d'un acte administratif ou d'un acte de droit privé. D'ailleurs, ce contrôle de constitutionnalité ne représente pas pour les juridictions administratives comme pour les juridictions judiciaires une véritable nouveauté. L'on en trouve en effet des traces sous les Républiques précédentes tant dans la jurisprudence judiciaire que dans la jurisprudence administrative et il faut considérer que la mise en place d'un mécanisme de référé-liberté fondamentale par la loi du 30 juin 2000 (article L-521-2 du Code de justice administrative) représente une accélération considérable, dans l'exercice par le juge administratif, d'un contrôle indirect de constitutionnalité, beaucoup de libertés étant consacrées dans la Constitution largement entendue.

### **Jurisprudence**

Mais le juge administratif se refuse à écarter l'application d'une loi inconstitutionnelle. A l'appui de cette jurisprudence est avancé l'argument selon lequel « *il n'appartient pas au Conseil d'Etat, statuant au contentieux, d'apprécier la conformité de la loi à un principe constitutionnel* » (CE 6 février 1936 Arrighi et plus récemment CE 5 janvier 2005, Deprez et Baillard).

Selon cette théorie de la loi-écran, le juge ordinaire ne peut écarter l'application d'une loi contraire à la Constitution, car cette loi fait écran entre l'acte que le juge doit contrôler ou appliquer et la Constitution. Certes, un juge, autre que le juge constitutionnel, ne peut annuler ou déclarer, de manière générale, inapplicable un texte législatif. En effet, aucun texte ne confère aux juges judiciaires ou administratifs de telles prérogatives. Mais, dans le cadre de la QPC introduite par la révision de 2008, les juridictions ordinaires sont amenées à exercer une sorte de contrôle négatif de constitutionnalité lorsqu'elles refusent de transmettre au Conseil constitutionnel la question de la constitutionnalité d'une loi soulevée devant elles. Elles semblent alors considérer que la loi n'est pas contraire à la Constitution.

### **Remarque**

L'introduction en 2008 d'un contrôle a posteriori des lois par le seul Conseil constitutionnel, dont le monopole du contrôle de la loi est ainsi conservé, est cependant de nature à empêcher les juridictions ordinaires d'abandonner la théorie de la loi-écran.

## Section 2. La place des engagements internationaux dans la hiérarchie des normes

Cette place est déterminée par les articles 54 et 55.

Si le premier confie au Conseil constitutionnel la faculté de se prononcer sur la compatibilité des engagements avec la Constitution, le second proclame la supériorité des traités sur les lois dont le respect est assuré, en l'état, par les juridictions ordinaires.

### Remarque

Quelle est la différence entre un traité et une convention ?

## §1. Le contrôle de la constitutionnalité des traités par le conseil constitutionnel

Il existe deux formes possibles de contrôle des engagements internationaux, l'un direct, par application de l'article 54, l'autre indirect, au titre de l'article 61 alinéa 2, à l'occasion du contrôle de la loi autorisant la ratification de l'engagement international. Dans un cas comme dans l'autre, il ne peut s'agir que d'un contrôle facultatif, sur saisine d'autorités politiques.

### Remarque

Compte tenu des nombreux intérêts, politiques, économiques et stratégiques qui s'attachent à la ratification par la France de certains traités et accords, la saisine directe ou indirecte du Conseil constitutionnel à leur propos est toujours un acte délicat, ce qui explique sans doute le faible nombre de cas de contrôle des engagements internationaux.

## A. Le contrôle direct des engagements internationaux

L'article 54 précise que si le Conseil constitutionnel « 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 ».

Nul ne pouvant contraindre le constituant (Peuple ou Congrès) à réviser la Constitution, cette formulation implique la subordination des Traités à la Constitution. De même, l'article 11 ne prévoit l'intervention du référendum que pour autoriser la ratification de traités conformes à la Constitution.

Le contrôle de constitutionnalité prévu à l'article 54 peut être effectué sur saisine facultative des quatre autorités déjà citées à propos de l'article 61, plus 60 députés ou 60 sénateurs depuis la révision constitutionnelle du 25 juin 1992. La saisine se fait avant la ratification de cet engagement, mais après la signature. L'article 54 prévoit que si le Conseil constate qu'une clause de cet engagement est contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver celui-ci est soumise à une révision de la Constitution. Les engagements concernés comprennent les traités négociés, signés et ratifiés par le Président de la République et les accords qui sont approuvés par le Gouvernement.

### Exemple

Le Conseil constitutionnel a été saisi une quinzaine de fois, à partir de 1970. Deux fois par le Premier ministre (en 1970 et 2006), sept fois par le Président de la République (1976, 1985, 1992, 1999, 2004, 2005 et 2007), une fois par 60 sénateurs en 1992, une fois par les députés en 2006 et deux fois par le Président de la République et le Premier ministre de façon conjointe en 1997 et 1999.

Dans presque tous les cas, ce contrôle a concerné l'Europe, la Communauté ou l'Union européenne en 1970, 1976, 1992, 1997, 2004 et 2007, soit à propos de la Convention européenne des droits de l'Homme pour la décision du 22 mai 1985 et en 2005 à propos d'un protocole additionnel relatif à l'interdiction de la peine de mort, soit à propos de la Charte européenne sur les langues régionales et minoritaires en 1999. Le cas du Traité instituant la Cour pénale internationale, en 1999, constitue une exception notable.

### Jurisprudence

Parmi les déclarations d'inconstitutionnalité partielle, quatre concernaient la construction communautaire dans les décisions 92-308 DC du 9 avril 1992, Maastricht I, 97-394 DC, Traité d'Amsterdam, 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe et 2007-560 DC du 20 décembre 2007, Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne,



à propos des transferts de compétences qui portaient atteinte au principe de la souveraineté nationale. Les décisions 98-408 DC du 22 janvier 1999 et 99-412 DC du 15 juin 1999 ont également considéré que certaines stipulations des engagements internationaux concernés méconnaissaient la Constitution. Il en fut partiellement de même dans la décision 2005-524/525 DC du 13 octobre 2005, Engagements relatifs à l'abolition de la peine de mort.

L'objet du contrôle est relativement large et n'est pas défini par l'article 54. Compte tenu de l'insertion de cet article dans le titre VI de la Constitution consacré aux « *Traités et accords internationaux* », tous les actes internationaux mentionnés à l'article 53 qui doivent faire l'objet d'une ratification ou d'une approbation « *en vertu d'une loi* » peuvent être soumis au Conseil constitutionnel, qui doit précisément déterminer si l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause peut intervenir après la révision de la Constitution : il s'agit des traités de paix, de commerce, des traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, de ceux qui engagent les finances de l'Etat, de ceux qui modifient des dispositions de nature législative, de ceux relatifs à l'état des personnes, de ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire. Pour ces derniers, le Conseil constitutionnel a ajouté le cas des traités qui emportent sécession de territoire de la République (cf. décision 75-59 DC du 30 décembre 1975).

À cette lecture de la compétence du Conseil en matière de contrôle des engagements internationaux, le Conseil a lui-même ajouté d'autres hypothèses, estimant qu'il pouvait être saisi aussi de traités ou accords non soumis à ratification parlementaire : il a en effet accepté de contrôler la décision du Conseil des Communautés européennes relative à l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct, alors que cette décision n'était qu'une mesure d'exécution d'une disposition du Traité de Rome et qu'elle ne nécessitait pas une « *nouvelle* » ratification parlementaire (cf. décision 76-71 DC des 29 et 30 décembre 1976). Il faut alors déduire de cette décision que la compétence du Conseil constitutionnel s'étend au-delà de la seule liste des traités et accords prévus à l'article 53.

### **Jurisprudence**

Par sa décision 70-39 DC du 19 juin 1970, le Conseil a été conduit à étendre sa compétence au-delà des seuls « traités et accords » mentionnés à l'article 53, ce qui était logique. D'une part, l'article 54 vise les « *engagements internationaux* » et pas seulement « *les traités et accords* ».

## **B. Le contrôle indirect des engagements internationaux**

### **Jurisprudence**

Le Conseil constitutionnel a accepté d'être saisi d'engagements internationaux à l'occasion du contrôle qu'il peut exercer sur des lois autorisant la ratification d'un traité ou d'un accord par sa décision 78-93 DC du 29 avril 1978 relative à une loi qui tendait à autoriser l'augmentation de la quote-part de la France au Fonds monétaire international, mais dont l'examen ne pouvait être dissocié de celui de la modification des statuts du FMI. Il a justifié de façon explicite sa position dans la décision 80-116 DC du 17 juillet 1980, Convention franco-allemande d'entraide judiciaire. Il a estimé, en effet, après l'avoir laissé entendre dans la décision 76-71 DC du 29-30 décembre 1976 que la saisine des députés devait s'entendre « *comme concernant la loi autorisant la ratification et (entraînait), par voie de conséquence, l'examen de la Convention franco-allemande additionnelle signée le 24 octobre 1974* ».

La seule condition posée dans cette décision était que la loi autorisant la ratification n'ait pas été encore promulguée, mais ce qui n'est que l'application des règles de saisine qui ne prévoient qu'un contrôle avant la promulgation de la loi (cf supra). Seules les lois ayant cet objet et adoptées par le Parlement peuvent être cependant contrôlées, puisque le Conseil se refuse à vérifier la constitutionnalité des lois référendaires.

### **Remarque**

On sait cependant que l'article 11 de la Constitution prévoit que la loi référendaire est possible pour autoriser la ratification de traités qui aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions.

### **Jurisprudence**

Le nombre de saisines relatives à des lois d'autorisation de ratification ou d'approbation est faible, comme le montrent les décisions 78-93 DC du 29 avril 1978, 80-116 DC du 17 juillet 1980, 88-247 DC du 17 janvier 1989 ou la décision 91-294 DC du 25 juillet 1991 afférente à la loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, toutes rendues sur saisine de parlementaires. Aucune de ces décisions n'a conclu à une déclaration de non-conformité de la loi qui sert de « *support* » à l'engagement international, parce que ce dernier aurait comporté une clause contraire à la Constitution. Il a fallu attendre la décision n° 2010-614 DC du 4 décembre 2010, Loi autorisant l'approbation de l'accord entre la France et la Roumanie relatif à une coopération en vue de la protection des mineurs roumains isolés sur le territoire français, pour que le Conseil pour que la loi soit déclarée contraire à la Constitution, sans que le Conseil ne se prononce sur la validité du traité lui-même.

Du fait de la révision de la Constitution ouvrant la saisine du Conseil constitutionnel au titre de l'article 54 à soixante députés ou soixante sénateurs, l'utilité de cette jurisprudence, qui allait peut-être au-delà de la lettre des textes, a perdu de son importance.

## §2. L'absence de contrôle de conventionnalité des lois par le conseil constitutionnel

Si le Conseil constitutionnel se refuse à contrôler la conventionnalité des lois dans le cadre du contrôle de leur constitutionnalité, cette position est contestable s'agissant des conventions relatives aux droits fondamentaux et conduit à apprécier la possibilité d'une évolution de la jurisprudence du Conseil sur ce point.

### Jurisprudence

Dans sa décision relative à l'I.V.G. du 15 janvier 1975, le Conseil a posé la règle selon laquelle il ne contrôlait pas la conventionnalité des lois dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. «*Considérant que si ces dispositions (article 55C) confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent une autorité supérieure à celle des lois, elles 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 de celle-ci ; considérant, en effet, que les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif, ainsi qu'il résulte de l'article 62 de la Constitution qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle ; qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55 précité, 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 et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition ; considérant qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution ; considérant 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, en raison de la différence de nature entre ces deux contrôles ; considérant que dans ces conditions, 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* » . (Décision 74-54 DC).

Les conséquences de cette décision sont nombreuses.

Fragile sur le **plan théorique**, cette jurisprudence répond cependant à des considérations pratiques non négligeables.

L'argumentation retenue en 1975 par le Conseil constitutionnel tient essentiellement à deux considérations. L'une tient à l'exigence de réciprocité. Or, cette argumentation ne peut pas plus être retenue, car elle est inapplicable, en ce qui concerne les traités relatifs aux droits fondamentaux (Cf. la décision 98-408 DC), qu'en ce qui concerne le droit communautaire.

En revanche, sur le **plan technique**, le contrôle par le Conseil constitutionnel du respect du droit conventionnel européen par les lois nationales se heurte notamment à la question du renvoi préjudiciel devant les juridictions européennes qui ne peut être opéré dans les délais d'examen que la Constitution impose au Conseil, un mois ou huit jours en cas d'urgence (art 61). Les conditions techniques, de délai notamment, du contrôle a posteriori n'ont pas changé l'appréciation du Conseil sur ce point. Elle a été au contraire renforcée par le constat de la coexistence parallèle de deux contrôles distincts, celui de constitutionnalité confié au Conseil constitutionnel, et celui de conventionnalité exercé par les juridictions ordinaires (décision 2010-605 DC du 12 mai 2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne).

### Jurisprudence

- Il renvoie implicitement au juge ordinaire le soin de mettre en oeuvre les exigences de l'article 55 C en faisant prévaloir le traité ou l'accord international sur la loi nationale contraire (décision 93-321 DC). Cette position a été dans l'ensemble maintenue (les décisions 94-347 DC, 96-375 DC, et 98-399 DC), alors même que certaines décisions présentent quelques ambiguïtés (cf infra à propos du droit européen).
- En revanche, il accepte de sanctionner la violation directe, c'est-à-dire, par exemple, une disposition législative réservant l'application des seules conventions internationales dûment ratifiées, alors que l'article 55 rend opposable à la loi aussi bien les conventions ratifiées que les conventions approuvées (86-216 DC du 3 septembre 1986).

Le refus du Conseil d'apprécier la constitutionnalité des lois au regard du respect des exigences de l'article 55 C a été, en ce qui concerne le droit communautaire, sujet à contestation, du fait de l'existence de l'article 88-1 proclamant le principe de la participation de la France à l'Union européenne pour la mise en commun de

certaines compétences. Il pose aussi des difficultés au regard du droit conventionnel des droits de l'homme et notamment de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, le refus du Conseil de prendre en compte ce droit dans le cadre du contrôle de constitutionnalité est susceptible d'affaiblir la position du Conseil, non seulement au regard des juridictions européennes, mais aussi au regard des juridictions administratives ou judiciaires. Plus gravement, c'est l'efficacité des règles constitutionnelles qui est ici en cause. La révision de 2008 et l'introduction de la QPC ont refusé, par voie de conséquence, de confier au Conseil constitutionnel la compétence pour juger de la compatibilité des lois aux engagements internationaux, laissant donc cette fonction aux juridictions ordinaires.

### **§3. Le contrôle de la place des traités dans l'ordre juridique interne par les juridictions ordinaires**

Il résulte de la jurisprudence du Conseil qu'il appartient au juge ordinaire, en vertu de l'article 55, d'écarter l'application des lois nationales contraires à un traité. N'est cependant pas directement résolue par la Constitution, la question de savoir si le juge ordinaire doit faire prévaloir cette dernière ou le traité en cas de conflit entre ces deux normes.

#### **A. Le contrôle de conventionnalité des lois par le juge ordinaire**

L'article 55 reprend le principe, posé par la Constitution de 1946 de l'autorité supérieure des traités mais aussi des accords sur les lois et pose trois conditions :

- la première est celle de la ratification ou de l'approbation des traités et accords.
- La seconde est relative à la condition de réciprocité qui est surtout envisageable pour les traités bilatéraux et pas pour les traités multilatéraux, et la troisième tient de manière évidente à la publication.

Ces accords internationaux sont particulièrement nombreux.

#### **Exemple**

Parmi ceux-ci, la Convention européenne des droits de l'homme et le droit communautaire, puis le droit de l'Union européenne occupent une place déterminante : la première en ce qu'elle concerne les droits fondamentaux, le second, en ce qu'il se traduit par un foisonnement considérable de règles, et en ce que la Constitution lui consacre un titre spécifique, le Titre XV. En outre, l'une et l'autre de ces conventions ont créé des juridictions internationales (la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne) chargées, notamment, d'assurer leur respect par les États contractants.

#### **Remarque**

La supériorité des traités sur la loi étant affirmée, c'est aux juges nationaux, et le cas échéant aux juridictions internationales compétentes, qu'il appartiendra de faire prévaloir le traité sur la loi contraire.

La soumission de la loi au traité est rendue particulièrement forte par le contrôle diffus qu'exerce le juge d'application de la loi, administratif ou judiciaire, puisque le Conseil constitutionnel ne s'est pas reconnu compétent, dans la décision précitée 54-75 DC du 15 janvier 1975, I.V.G. Ce contrôle a cependant mis du temps à être consacré et exercé par les juridictions ordinaires.

Confronté à une loi qui serait contraire à une disposition internationale, le juge ordinaire avait toujours admis de faire prévaloir le traité sur la loi antérieure contraire, ou encore de trouver une interprétation des deux normes les rendant compatibles. Le traité ayant été ratifié après le vote d'une loi, le juge estimait que le législateur avait souhaité introduire en droit français une disposition d'un traité qui était contraire à des dispositions législatives et qu'il fallait appliquer la règle de la supériorité de la loi nouvelle sur la loi ancienne. En revanche, lorsqu'une loi postérieure à un traité était incompatible avec celui-ci, le problème s'était posé, car le législateur avait adopté un texte dont il savait qu'il était contraire à un traité et sa volonté devait être alors respectée (exemple de la confrontation de la loi du 13 juillet 1983 sur les conditions d'accès à la fonction publique territoriale et de l'article 48 du traité de Rome sur la libre circulation des travailleurs). Les juridictions ordinaires estimaient qu'elles n'avaient pas à apprécier la loi, en application de la théorie de la loi écran aux traités, et ce malgré la lettre et l'esprit de l'article 55.

La décision de 1975 du Conseil constitutionnel a cependant renvoyé au juge d'application de la loi (judiciaire, administratif, ou lui-même en matière électorale) le soin de faire prévaloir le traité sur la loi.

#### **Remarque**

C'est donc aux juges d'application de la loi, essentiellement donc les juges judiciaires et administratifs, qu'il appartient de donner à l'article 55 C toute sa portée.

## Jurisprudence

Ce juge ordinaire a réagi de manière différente et décalée dans le temps. Si la Cour de cassation a très vite répondu à l'appel du Conseil constitutionnel (cf Cass. chbre mixte du 24 mai 1975, Sté des cafés J. Vabre) le Conseil d'Etat s'est montré réticent pendant plus longtemps (CE, 1er mars 1968, Syndicat général des fabricants de semoule, jurisprudence souvent dite " *des semoules* ", confirmé par la décision du CE 22 octobre 1979, Union démocratique du travail). Cette jurisprudence prudente suscitait un certain nombre de critiques. Le Conseil constitutionnel, en tant que juge électoral, donc en tant que juge ordinaire, a montré la voie par une décision du 21 octobre 1988, 5ème circonscription du Val d'Oise, en acceptant d'examiner la compatibilité d'une loi avec un traité.

Mais il faut attendre l'arrêt du CE 20 octobre 1989, Ass, Nicolo, pour que le juge administratif revienne sur sa position, par une décision particulièrement implicite, le Conseil d'Etat se contentant de dire que la loi de 1977 relative à l'élection au Parlement européen n'est pas incompatible avec les dispositions du traité de Rome de 1957, ce qui concerne bien le rapport d'une loi postérieure à un traité antérieur !

Cette jurisprudence a été étendue aux règlements communautaires (CE 24 septembre 1990, Boisdet) et aux directives communautaires (CE 28 février 1992, Rothmans). Elle n'a pas été étendue en revanche à la coutume internationale (CE Ass 6 juin 1997, M. Aquarone), ni aux principes généraux du droit international (CE 28 juillet 2000, Paulin), mais elle a en revanche été appliquée aux principes généraux du droit communautaire (CE 3 décembre 2001, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique). Elle a été aussi appliquée à la Convention européenne des droits de l'homme (CE 21 décembre 1990, Confédération nationale des associations familiales catholiques).

Ce sont donc tous les traités et toutes les normes dérivées du droit de l'Union européenne qui sont concernées par le principe posé à l'article 55 et par les jurisprudences qui en font désormais application.

Le juge considère qu'il n'opère pas un véritable contrôle de la loi mais que, placé face à deux normes incompatibles, il écarte la norme inférieure, au nom de la hiérarchie des normes imposée par l'article 55. La norme législative n'est ni abrogée et encore moins annulée, son application est temporairement écartée au cas d'espèce. Elle reprend toute sa place dès la solution du litige, ... jusqu'à la prochaine contestation. En matière de normes internationales, et à la différence de la Constitution, il y a ainsi abandon de la théorie de la loi écran : le contrôle de conventionnalité est à la fois plus diffus, car confié à toutes les juridictions, et plus efficace.

C'est cependant, entre autres raisons, pour éviter que le contrôle de conventionnalité ne se substitue au contrôle de constitutionnalité, que la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a donné plus de poids à ce dernier en introduisant un contrôle a posteriori des lois au profit du seul Conseil constitutionnel.

## B. La question du contrôle de la constitutionnalité des traités par le juge ordinaire

Pour les juridictions ordinaires, la place des normes dans l'ordre juridique interne est fixée par la Constitution.

### Jurisprudence

Le Conseil d'Etat (Ass, 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres) comme la Cour de cassation a opéré une distinction entre l'ordre interne et l'ordre international en précisant que la suprématie de la Constitution sur les engagements internationaux ne vaut que dans l'ordre interne.

Le Conseil d'Etat a en effet ainsi estimé que : « *Considérant 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 ; qu'ainsi le moyen tiré de ce que le décret attaqué, en ce qu'il méconnaîtrait les stipulations d'engagements internationaux régulièrement introduits dans l'ordre interne, serait par là même contraire à l'article 55 de la Constitution, ne peut lui aussi qu'être écarté* ».

Dans une décision du 2 juin 2000, Demoiselle Fraisse, la Cour de cassation, en Assemblée plénière, a repris à son compte cette jurisprudence, en reprenant mot à mot la formulation du Conseil d'Etat, selon laquelle « *la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle* ». Le Conseil constitutionnel a enfin repris à son compte cette jurisprudence dans sa décision 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

### Remarque

Est ainsi remise en question la théorie, communément admise, selon laquelle le système juridique français est un système moniste en ce qui concerne les rapports entre le droit international et le droit interne. En effet, le système ne peut être moniste que dans l'ordre infra constitutionnel. Lorsqu'il s'agit d'examiner les rapports entre la Constitution et le droit international, ce rapport ne peut être que dualiste.

Dans l'ordre interne, et si l'on raisonne en termes de hiérarchie des normes juridiques, la Constitution ne peut avoir qu'une place supérieure aux traités. En effet, il résulte, du fait même que la Constitution est un acte qui est l'oeuvre du titulaire du pouvoir souverain au sein d'un Etat souverain, que la place des traités dans la hiérarchie des normes juridiques est fixée par la Constitution elle-même. C'est-à-dire que, quelle que soit la place que la Constitution fixe au traité, fût-elle située au dessus du texte de la Constitution elle-même, cette place est fixée et ne peut être modifiée que par la Constitution. Toute analyse contraire implique une remise en question du système sur lequel est construit le droit constitutionnel, à savoir la souveraineté des Etats.

Cependant, il existe un ordre juridique international, auquel des Etats se sont volontairement soumis. Lorsqu'un système international s'est doté d'un mécanisme permettant de sanctionner le manquement aux règles qu'il édicte, l'Etat peut être justiciable. Il en est ainsi, en particulier, en ce qui concerne le respect de la Convention européenne des droits de l'homme. Si le Constituant est libre d'agir à sa guise, car nul ne peut le contraindre, son action est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat devant une juridiction internationale. En effet, il est constant, du point de vue du droit international public, qu'un Etat ne peut se soustraire à ses engagements internationaux en invoquant sa Constitution (CJCE, 15 juillet 1964, Costa c./ Enel, Rec. p. 1141).

Pour conclure, il faut néanmoins indiquer que la place des normes internationales dans l'ordre juridique interne n'est pas seulement fixée par l'article 55.

Pour les deux juridictions suprêmes françaises, l'article 55 ne vise donc que la supériorité des engagements internationaux sur les lois ordinaires ou organiques, et non les lois constitutionnelles. Cependant, en ne se référant qu'à cette disposition constitutionnelle, les juges suprêmes de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif oublient, semble-t-il, d'autres textes constitutionnels. Elles écartent en effet de leur examen l'alinéa 14 du Préambule de 1946, selon lequel la France se conforme aux règles du droit public international. Ce texte ne vise pas directement les traités mais seulement les principes fondamentaux régissant le droit public international. Or, parmi ces principes figure le principe **pacta sunt servanda** (c'est-à-dire la règle selon laquelle les traités doivent être appliqués) auquel le Conseil constitutionnel a reconnu valeur constitutionnelle dans sa décision 92-308 DC.

Ainsi, c'est la Constitution elle-même, qui interdit au juge judiciaire ou administratif, d'écartier l'application d'un traité, fût-il inconstitutionnel.

## §4. La place spécifique du droit de l'Union européenne

L'article 88-1 consacre une place particulière au droit de l'Union européenne en proclamant le principe de la participation de la France à l'Union européenne. Celui-ci peut être compris comme imposant une forme de primauté de ce droit sur les normes de droit français, autorisant les juridictions françaises à traiter de manière spécifique le droit de l'Union.

### A. L'adjonction d'un titre de la constitution consacré au droit communautaire

L'adjonction d'un titre spécifique dans la Constitution consacré aux communautés et à l'Union européenne est significative de la place spécifique de ce droit dans l'ordre constitutionnel. Ce titre a été introduit en 1992, lors de la ratification du traité de Maastricht relatif à l'Union européenne et il a été plusieurs fois modifié depuis cette date, afin de suivre les différentes étapes de la construction européenne.

Ce titre XV a conduit le juge constitutionnel et le juge administratif à modifier les normes de référence et les mécanismes de prévalence dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois transposant des directives européennes.

Le Titre XV comporte quatre types de dispositions :

- d'abord, une clause générale d'appartenance de la France à l'Union européenne ([art 88-1](#)),
- ensuite des dispositions plus précises destinées principalement à lever l'inconstitutionnalité de traités préalablement jugés inconstitutionnels ([art 88-2](#) et [88-3](#)),
- des articles visant à associer davantage le Parlement français au processus décisionnel européen et communautaire ([art 88-4](#), [88-6](#) et [87](#)).
- Une quatrième disposition impose le recours au référendum en cas de nouvelles adhésions à l'Union européenne ([art 88-5](#)).

Selon l'article 88-1, « 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 ». Les conséquences du Titre XV portent largement sur la hiérarchie des normes. Car, désormais, une partie du droit de l'Union, en tant qu'il est inscrit dans la Constitution, entre désormais dans la Constitution. Pour le reste, la constitutionnalisation de la participation de la France à l'Union européenne engendre un certain nombre de conséquences. Sans remettre en cause la primauté de la Constitution sur le droit communautaire, le juge pourra faire prévaloir une exigence communautaire sur une norme constitutionnelle... au nom de la Constitution elle-même.

## B. Le Conseil constitutionnel et les rapports entre la Constitution et le droit communautaire

Dans une décision 2006-540 DC du 27 juillet 2006, qui prenait appui sur des décisions rendues en juin et juillet 2004, le Conseil a accepté de contrôler la compatibilité de la loi à la directive européenne qu'elle transpose.

- D'une part, si la Constitution fait obligation au législateur de transposer les directives européennes en droit national, le Conseil doit nécessairement veiller au respect de cette exigence. Cette obligation ne joue que si les dispositions de la directive sont inconditionnées et précises et si aucune disposition constitutionnelle inhérente à l'identité constitutionnelle de la France n'y fait obstacle.
- D'autre part, les délais que la Constitution fixe au Conseil constitutionnel pour l'examen de la loi (un mois ou 8 jours) interdisent au Conseil d'interroger la Cour de justice des communautés européennes, chargée de veiller à l'interprétation uniforme du droit communautaire. Ainsi le Conseil ne peut censurer que les dispositions législatives manifestement incompatibles avec la directive.

Le Conseil reconnaît que les dispositions d'une directive peuvent, en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, prévaloir sur des exigences constitutionnelles, sauf si ces exigences concernent l'identité constitutionnelle de la France.

Un certain nombre de questions restent cependant pendantes. La première concerne le champ d'application de cette jurisprudence. Elle pourrait en effet être étendue aux lois qui entrent dans le champ d'application d'une directive européenne, sans avoir pour objet de la transposer et aux rapports entre la loi nationale et l'ensemble des normes de droit communautaire dérivé, notamment les règlements communautaires. Il convient également de s'interroger sur la portée de la notion de « *disposition constitutionnelle inhérente à l'identité constitutionnelle de la France* ».

De telles dispositions ne sont, en principe, pas protégées au niveau communautaire.

### Exemple

L'on peut par exemple penser au principe de laïcité et au rejet du communautarisme ou à celui de la libre administration des collectivités territoriales.

### Remarque

Reste cependant à savoir si une reconnaissance formelle du principe concerné par le droit communautaire suffit à écarter l'exercice du contrôle de constitutionnalité ou si, de manière plus contraignante, ce principe doit faire l'objet d'une interprétation identique, ou au moins compatible, dans le champ européen et dans le champ national. Ainsi, par exemple le principe de dignité humaine fait l'objet d'interprétations divergentes et non communes dans l'espace européen.

## C. Les juges ordinaires et les rapports entre la Constitution et le droit communautaire

La jurisprudence du Conseil d'Etat	La jurisprudence de la Cour de cassation
------------------------------------	--

Dans un arrêt d'Assemblée du 8 février 2007, Société ARCELOR, le Conseil d'Etat s'est aligné sur cette jurisprudence. Tout en réaffirmant le principe de la supériorité des « *principes et dispositions à valeur constitutionnelle* », il considère qu'il n'exerce pas un contrôle de constitutionnalité des règlements assurant directement la transposition d'une directive si les principes constitutionnel invoqué ont, en droit communautaire, une portée garantissant l'effectivité de leur respect. Il ajoute « *qu'en revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées* ». IL y a, ainsi, une uniformisation des positions des juridictions nationales.

Bien avant que le Conseil constitutionnel ait opéré ce revirement jurisprudentiel et que le Conseil d'Etat s'y soit rallié, la Cour de cassation avait implicitement ouvert la porte à un traitement spécifique du droit communautaire.

La Cour de cassation, dans l'arrêt Fraisse du 2 juin 2000, n'avait en effet repris le raisonnement du Conseil d'Etat sur la prévalence de la Constitution sur le droit international qu'après avoir relevé qu'en l'espèce le droit communautaire ne trouvait pas à s'appliquer.

## Section 3. La loi et les normes et infra-législatives

La Constitution de 1958 donne une double définition de la loi : la loi est un acte voté par le Parlement (définition formelle) et elle porte sur des matières dont la liste est fixée dans la Constitution, notamment par l'article 34, les matières qui ne relèvent pas du domaine de la loi, relevant de celui du règlement par l'article 37 (définition matérielle).

Malgré l'affaiblissement de la place de la norme législative au sein de l'ordonnement juridique, la loi reste l'expression d'une puissance supérieure. Par ailleurs, il existe différentes formes de lois qui peuvent être hiérarchisées. La Constitution de 1958 a introduit une répartition nouvelle des compétences normatives entre la loi et le règlement.

### §1. La hiérarchie interne aux normes législatives

Si l'on veut établir une typologie des lois, plusieurs critères peuvent être retenus. L'un tient à la procédure d'adoption du texte, critère formel, l'autre au contenu du texte, ou à son degré de normativité, critère matériel.

Mais cette classification, nécessaire, ne suffit pas à rendre compte du concept de loi en droit constitutionnel français. En effet, les lois sont elles-mêmes hiérarchisées. Ainsi, à côté, ou plus exactement au-dessus, des lois ordinaires, il existe des lois de valeur supérieure, mais qui restent cependant des normes infra-constitutionnelles.

- La première classification permettra de rendre compte de la variété des lois ordinaires.
- La seconde servira à analyser les dispositions législatives affectées à un rang supérieur dans la hiérarchie des normes juridiques.

#### A. Les différentes catégories de texte à valeur de loi ordinaire

Les deux critères, **formel et matériel**, vont permettre de distinguer des lois qui occupent une place identique dans la hiérarchie des normes juridiques, mais qui se distinguent, soit par les spécificités de leur procédure d'adoption, soit par leur contenu. Ces deux critères peuvent être retenus à propos d'une même catégorie de loi, ainsi une loi référendaire peut avoir pour objet d'habiliter le Gouvernement à intervenir dans le domaine de la loi, de même qu'une loi de finances, soumise à une procédure spécifique, ne contient pas seulement des dispositions normatives, mais aussi de simples autorisations. Le classement de certains textes selon l'un ou l'autre des critères peut donc parfois paraître arbitraire. C'est l'aspect principal qui a été retenu pour appliquer, à une catégorie de textes, un critère déterminé de classification.

Enfin, il existe des textes qui ont valeur législative, mais qui ne sont que formellement des lois.

#### 1. Les lois votées selon une procédure particulière

Cette catégorie regroupe deux types de loi que rien ne réunit, si ce n'est que la procédure appliquée écarte ou limite l'intervention du Parlement. La loi référendaire exclut quasiment le Parlement de la procédure, les conditions d'adoption de la loi de finances visent à brider le rôle du Parlement.

##### a) La loi référendaire

Le referendum législatif est un procédé de démocratie semi-direct.

C'est une alternative à l'adoption de la loi par le Parlement. Le peuple n'intervient pas pour donner son avis sur une question, mais pour adopter un texte, un projet ou une proposition de loi.

Le référendum jouissait d'un préjugé défavorable du fait de son utilisation plébiscitaire, c'est-à-dire comme instrument de pouvoir personnel, sous les deux Empires. Sous la III<sup>ème</sup> République, Carre de Malberg, notamment, considérait cette procédure comme le seul moyen propre à éviter que l'expression de la souveraineté ne soit confisquée par le Parlement.

Politiquement, il est conçu dès l'élaboration de la Constitution de 1958 comme un moyen pour le Président de la République d'assurer par son arbitrage le fonctionnement continu des pouvoirs publics. Bien que selon le texte retenu en 1958, cela ne soit pas juridiquement l'objet du référendum, en 1968, le Général de Gaulle avait envisagé dans un premier temps de recourir au référendum pour sortir de la crise. Il a finalement choisi la voie de la dissolution de l'Assemblée nationale semblant ainsi considérer les deux procédures comme alternatives. Mais



cette utilisation plébiscitaire du référendum, ou comme mécanisme permettant de faire trancher par le peuple un conflit, n'a pas été reprise par les successeurs du Général de Gaulle.

Ce référendum est prévu par l'article 11.

### Remarque

On notera que l'article 53 prévoit que nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées. Il s'agit alors d'un référendum local et non législatif.

L'adoption de lois directement par le peuple, concurremment à la procédure parlementaire, est inscrite dans l'article 6 de la Déclaration de 1789 selon lequel "*tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leur représentant à sa formation...*". L'article 3 de la Constitution de 1958 prévoit la mise en œuvre de cette alternative, en précisant que "*la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum*".

En matière législative ordinaire, c'est l'article 11 qui organise le référendum. Cet article 11 a été profondément remanié d'abord par la loi constitutionnelle du 4 août 1995, puis par celle du 23 juillet 2008

- **La procédure d'adoption de la loi référendaire**

L'initiative du référendum appartient au Gouvernement pendant la durée des sessions, pour que le Parlement soit informé ou puisse renverser le Gouvernement, comme en 1962, ou aux deux assemblées par une proposition conjointe sur un même texte. L'accord entre les deux assemblées est parfois difficile comme le montre l'échec de la proposition en 1984 à propos de l'école privée. C'est un exemple de bicaméralisme égalitaire. Le Gouvernement ou les assemblées saisissent le Président de la République d'une proposition de référendum. De fait, c'est le plus souvent le Président de la République qui a eu l'initiative, la demande étant formulée par le Gouvernement afin d'assurer formellement le respect des dispositions de l'article 11. Le Président de la République dispose alors d'un pouvoir de décision discrétionnaire. Cependant, le respect des conditions exigées par l'article 11 fait que le Président ne peut pas espérer utiliser le référendum pendant une période de cohabitation, ni durant un intérim (art. 7). Si les propositions lui sont faites, le Président n'a plus qu'à décider s'il poursuit ou non la procédure (le Président de la République "*peut*" soumettre, selon l'article 11). Il a un pouvoir discrétionnaire ou un droit de veto.

Concernant la procédure d'adoption de la loi référendaire, la loi constitutionnelle du 4 août 1995 a ajouté à l'article 11 une disposition selon laquelle "*lorsque le référendum est organisé sur proposition du Gouvernement, celui-ci fait, devant chaque assemblée, une déclaration qui est suivie d'un débat*".

Ainsi, la loi est adoptée directement par le peuple. L'intervention préalable du Parlement, bien que dépourvue de toute sanction, a le mérite de permettre un débat public, susceptible d'éclairer la décision des électeurs.

En cas de réponse positive du Peuple relativement à l'adoption du texte qui lui a été soumis, le Président de la République promulgue la loi dans les 15 jours qui suivent la proclamation des résultats. C'est le même délai que pour les lois "*parlementaires*" (cf. art. 10), mais il n'y a pas de possibilité de seconde délibération.

- **Le domaine de la loi référendaire :**

Le domaine du référendum législatif est assez réduit et ambigu. Le texte de 1958 prévoyait trois cas d'utilisation du référendum : pour l'organisation des pouvoirs publics, la ratification d'un traité non contraire à la Constitution et l'approbation d'un accord de Communauté française. Cette dernière possibilité a été supprimée par la révision de 1995, car la Communauté qui unissait la république française et les Etats qui lui étaient associés a disparu dès 1960.

Mais cette même révision a ajouté en 1995 la possibilité d'organiser un référendum pour les réformes relatives à la politique économique ou sociale de la nation et aux services publics qui y concourent.

L'organisation des pouvoirs publics est une formule vague, volontairement ambiguë en 1958 dans le cadre de la politique de décolonisation, et qui est susceptible d'interprétations diverses et contradictoires, soit restrictives (englobant la loi électorale ou des lois comme la loi du 2 mars 1982 relative à la décentralisation), soit au contraire larges et synonymes de "*dispositions constitutionnelles*" (cette deuxième interprétation fut celle de 1962 et 1969).

En matière d'autorisation de ratification de traités, l'article 11 évoque "*l'incidence sur le fonctionnement des institutions*". Cette disposition s'inscrit en référence aux traités européens de 1957 et à la bataille sur la Communauté Européenne de Défense en 1954. Elle est à rapprocher de l'article 54 qui prévoit la révision obligatoire de la Constitution préalablement à la ratification d'un traité contraire à la Constitution. Ce type de

référendum a été utilisé trois fois depuis 1958, en 1972, pour le traité d'élargissement de la Communauté européenne, en 1992, lors de la ratification du Traité de l'Union européenne et en 2005 à propos du traité constitutionnel européen.

En tout hypothèse, l'organisation d'un référendum sur des sujets de société comme la peine de mort ou l'avortement serait inconstitutionnelle, comme toute question étrangère à l'approbation d'un texte de loi.

En juillet 1984, F. Mitterrand a tenté d'élargir le domaine de l'article 11 aux projets de loi relatifs "*aux garanties des libertés publiques*", mais il s'est heurté à l'opposition du Sénat.

- **Le contrôle des opérations référendaires :**

L'ordonnance portant loi organique du 7 novembre 1958, relative au Conseil constitutionnel, précise que le Conseil constitutionnel doit être consulté sur l'organisation du référendum : "*Il est avisé sans délai de cette mesure prise à ce sujet*" (art. 46).

Le Conseil constitutionnel peut aussi (art. 47 de l'ordonnance) présenter des observations concernant la liste des formations politiques habilitées à participer à la campagne, en ce qui concerne les moyens de propagande.

Dans la pratique, le Gouvernement a pris l'habitude de soumettre au Conseil constitutionnel le texte du projet de loi référendaire. Mais le Conseil constitutionnel n'est pas sollicité pour un avis.

Le Conseil peut désigner des délégués, choisis parmi les magistrats administratifs ou judiciaires chargés de suivre sur place les opérations (art. 48 de l'ordonnance). Il veille à la régularité du scrutin et proclame les résultats.

Tout électeur a le droit de contester devant le Conseil constitutionnel la régularité du scrutin, dans les 48 heures suivant la clôture du scrutin.

- **La conformité de la loi référendaire à la Constitution n'est pas contrôlée :**

En ce qui concerne les textes adoptés par le peuple en vertu de l'article 11, le Conseil constitutionnel (décisions 62-20 DC du 6 novembre 1962 et 92-313 DC du 23 septembre 1992) considère qu'il est incompétent pour apprécier leur constitutionnalité. Ses motivations résultent d'abord d'arguments formels. Mais l'affirmation de son incompétence est également appuyée sur une raison de fond : il résulte de "*l'équilibre des pouvoirs établis par la Constitution que les lois adoptées par le peuple français à la suite d'un référendum constituent l'expression directe de la souveraineté nationale*". Ainsi, il existe une différence de nature entre le Parlement législateur et le Peuple législateur. L'intervention du Peuple, organe souverain, dans le domaine législatif, est un exercice de sa puissance souveraine. C'est pourquoi la constitutionnalité de la loi référendaire ne peut être contrôlée. Le Peuple peut ainsi violer la Constitution, sans que cette violation soit susceptible d'être sanctionnée. La différence entre ces deux décisions réside dans le contenu des lois concernées dans les décisions 20 DC et 313 DC : alors qu'en 1962, il s'agissait d'une loi constitutionnelle, la loi de 1992 n'était qu'une loi ordinaire autorisant la ratification d'un traité. Mais dans les deux cas, le caractère référendaire empêche le Conseil constitutionnel de statuer ces lois.

### **La loi référendaire d'initiative parlementaire et citoyenne**

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a prévu un nouveau cas de loi référendaire à l'alinéa 3 de l'article 11 afin, à la fois, de donner plus de poids au Parlement et de renforcer la démocratie participative. L'objet de la proposition doit être le même que celui présenté ci-dessus pour les référendums qui sont à l'initiative du président de la République (voir ci-dessus). La procédure en est originale. L'initiative provient en effet d'un cinquième des membres du Parlement, ce qui signifie que peuvent être additionnées les voix des députés et des sénateurs, mais elle doit être soutenue, ou ratifiée, par au moins un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales, ce qui est un chiffre considérable, par rapport à d'autres pays qui pratiquent le référendum d'initiative populaire comme l'Italie. C'est donc une proposition double qui sera soumise au vote des électeurs. Cette proposition ne pourra pas, cependant, avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an, afin d'éviter que les électeurs ne puissent trop rapidement supprimer l'oeuvre du Parlement législateur. Cette proposition est, en premier lieu, soumise à l'examen des deux assemblées, ce qui n'implique pas le vote du Parlement qui peut se contenter de rejeter une telle proposition. Si l'examen n'a pas eu lieu dans un délai qui sera fixé par la loi organique, c'est le Président de la République qui doit la soumettre au référendum, sa seule liberté étant le choix de la date.

La particularité de cette procédure totalement nouvelle en droit français réside dans le contrôle obligatoire qui sera exercé par le Conseil constitutionnel à la fois sur les conditions de présentation, par exemple le respect du nombre de membres du Parlement et celui des électeurs, mais aussi le respect de l'objet de la proposition de loi (art 11 al 4 et art 61 al 1).

Ce qui a été présenté comme une avancée importante de la démocratie citoyenne est entouré de tellement de conditions et de précautions que ce type de référendum aura bien du mal à trouver sa place dans la vie politique française.

## **b) Les lois de finances et les lois de financement de la sécurité sociale**

La catégorie des lois de finances regroupe en fait trois catégories de lois : la loi de finances de l'année qui comprend les conditions générales de l'équilibre financier et les moyens des services pour une année civile (Loi organique du 1er août 2001) ; les lois de finances rectificatives, qui doivent être adoptées au moins une fois par an, et dont l'objet est essentiellement de modifier les dispositions de la loi de finances initiale et de ratifier les ouvertures de crédit opérées en cours d'année ; les lois de règlement qui constatent le montant définitif des encaissements de recettes et des ordonnancements de dépenses.

C'est en fait la procédure spécifique aux lois de finances qui traduit le caractère borné de l'intervention du Parlement (cf leçon 6).

La loi constitutionnelle du 22 février 1996 modifie l'article 34 et ajoute un article 47-1. Elle prévoit que le Parlement vote les lois de financement de la sécurité sociale, lois qui déterminent chaque année les conditions générales de l'équilibre financier, compte tenu des prévisions de recettes et fixent les objectifs de dépenses. Ces dispositions constitutionnelles sont complétées par une loi organique qui prévoit, notamment, une procédure d'adoption similaire à celle des lois de finances.

## **2. Les lois dont l'objet n'est pas directement normatif**

Ces lois ne fixent pas, à proprement parler, des règles, mais déterminent un cadre, plus ou moins rigoureux ou impératif, dans lequel des règles pourront être prises. Il s'agit, d'une part, des lois d'habilitation, qui autorisent le Gouvernement à intervenir dans le domaine législatif, et d'autre part, d'un certain nombre de lois qui se bornent à déterminer pour l'avenir, et dans un domaine particulier, un programme plus ou moins précis.

De cette catégorie de loi relèvent également des lois qui constituent des autorisations : autorisation de déclarer la guerre (art. 35), de proroger l'état de siège (art. 36), de ratifier un traité (art. 53) ou encore d'engager des dépenses (lois de finances, cf. supra). D'autres lois se bornent à modifier le régime contentieux d'un acte administratif comme certaines lois de validation.

### **a) Les lois d'habilitation**

Afin de permettre que perdure la pratique des décrets-lois en vigueur sous les III<sup>ème</sup> et IV<sup>ème</sup> Républiques, mais aussi pour l'encadrer, l'article 38 permet au législateur d'autoriser le Gouvernement à intervenir dans le domaine législatif. La procédure peut être définie de la manière suivante : le Parlement attribue au Gouvernement, sous le contrôle du Conseil constitutionnel, un mandat que ce dernier devra exercer dans le respect de la Constitution et des règles de droit supérieures, sous le contrôle des juges constitutionnel et administratif et avec l'accord du Président de la République.

L'autorisation est accordée par le Parlement, au Gouvernement, à la demande de ce dernier. Le Parlement ne peut qu'accepter, refuser, ou limiter la portée de l'habilitation demandée. Cette habilitation est accordée pour une durée limitée (dans la pratique, de un mois à plus de trois ans). La jurisprudence du Conseil constitutionnel a contribué à ce que l'autorisation parlementaire encadre strictement les compétences du Gouvernement (cf. décision 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986 et 86-208 DC des 1 et 2 juillet 1986). Ainsi, le Conseil, s'il indique que le Gouvernement n'est pas obligé de faire connaître la teneur des ordonnances qu'il prendra, exige cependant que la finalité des mesures qui doivent être prises, ainsi que le domaine d'intervention, soient définis avec une précision suffisante. Par ailleurs, au moyen de directives d'application, le Conseil peut interpréter la Constitution et la loi d'habilitation, en précisant ce que le Gouvernement pourra et ne pourra pas faire, afin de respecter ces deux textes.

Les ordonnances ainsi prises peuvent modifier, dans le cadre de l'habilitation, les lois en vigueur. Elles ont cependant valeur réglementaire, c'est-à-dire que le juge administratif pourra apprécier leur légalité.

Dans un délai fixé par la loi d'habilitation, le Gouvernement devra déposer un projet de loi de ratification. Si le dépôt du projet de loi est obligatoire, le vote ne l'est pas, et nombre d'ordonnances n'ont jamais été ratifiées. La ratification consiste pour le Parlement à reprendre à son compte les mesures prises par ordonnances. Elle réintègre par là même, dans le domaine de la loi, des dispositions dont le législateur avait temporairement délégué l'édition au pouvoir exécutif. Les ordonnances ainsi ratifiées ont valeur législative.

Le contrôle par le législateur des ordonnances, à l'occasion de leur ratification, est assez faible. D'une part, la ratification pouvait être implicite (décision 87-224 DC du 23 janvier 1987), jusqu'à la loi constitutionnelle du

23 juillet 2008 qui a prévu que les ordonnances « ne peuvent être ratifiées que de manière expresse » afin de revaloriser le rôle du Parlement (al 2 de l'art 38), d'autre part, le législateur n'a, de fait, que la possibilité d'amender les textes Gouvernementaux car un refus de ratification entraînerait la caducité de l'ordonnance, ce qui ne manquerait pas de créer un vide juridique que les parlementaires hésiteraient à creuser. L'ordonnance ratifiée échappe au contrôle du juge administratif, mais sa constitutionnalité peut être appréciée par le juge constitutionnel au travers de l'examen de la loi qui la ratifie (décision 84-176 DC du 25 juillet 1984).

On relèvera que le renforcement des contrôles préventifs et a posteriori, exercés sur le recours aux ordonnances, peut restreindre l'intérêt pour le Gouvernement de recourir à l'article 38C.

## **b) Les lois de plan et les lois de programmation**

Ces lois ont en commun de fixer un cadre, le plus souvent financier, à une action future. Elles ne créent pas, à proprement parler, de règles.

Le plan est évoqué à l'article 70, relatif aux compétences du Conseil économique et social. Dans une décision 82-42 DC du 27 juillet 1982, le Conseil constitutionnel a reconnu la nature législative du plan, bien qu'il n'y soit pas fait référence à l'article 34. Les lois de plan ont cependant beaucoup perdu de leur actualité, pour des raisons politiques, la planification n'étant plus vraiment dans l'air du temps.

En revanche, les lois de programmation sont prévues aux alinéas 30 et 31 de l'article 34 et à l'article 70. Elles doivent définir les objectifs de l'action de l'Etat et définir les orientations pluriannuelles des dépenses publiques. Ces lois s'inscrivent dans l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques. Ces lois doivent recueillir l'avis du Conseil économique, social et environnemental.

## **3. Les actes en forme législative**

La référence à ces actes figure dans l'article 37 alinéa 2. Il s'agit de textes de loi qui sont intervenus dans le domaine législatif.

La loi peut, sans être contraire à la Constitution, contenir des dispositions relevant du domaine réglementaire, le Gouvernement peut alors récupérer sa compétence en la matière, en demandant au Conseil constitutionnel (cette procédure n'est nécessaire que pour les textes intervenus postérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958) de déclarer le caractère réglementaire de ces dispositions.

C'est ainsi que le Gouvernement peut demander au juge constitutionnel de reconnaître la nature réglementaire de dispositions contenues dans une loi ordinaire, sauf si la compétence législative a déjà été reconnue par le Conseil dans le cadre des articles 41 et 61. Peuvent également faire l'objet d'un tel déclassement des dispositions contenues dans une ordonnance ratifiée (décision 73 L du 20 février 1972) ou dans une ordonnance de l'article 92 (article permettant au Gouvernement de prendre par ordonnances, et pendant le délai nécessaire à la mise en place des institutions, des mesures relevant notamment du domaine de la loi, soit entre octobre 1958 et février 1959).

Enfin, le Conseil constitutionnel a considéré que certains mécanismes de validation législative ont pour effet de conférer forme législative à l'acte validé, et ainsi, de le faire entrer, le cas échéant, dans le champ d'application de l'article 37 alinéa 2 (décision 140 L du 24 juillet 1985). En ce qui concerne les dispositions contenues dans une loi référendaire, il est permis de se demander si elles peuvent être soumises à la procédure de délégalisation de l'article 37 alinéa 2. Une réponse affirmative ne peut être, a priori, écartée à partir du moment où elles ont valeur de loi ordinaire et ne diffèrent des lois parlementaires que par leur régime contentieux.

## **B. Les normes législatives supérieures à la loi ordinaire : les lois organiques**

Au sein des normes législatives, la Constitution reconnaît un type de lois qui se singularisent par leur objet, leur procédure d'adoption et leur place dans la hiérarchie des normes, ce sont les lois organiques.

L'existence de lois organiques est prévue par l'article 46 qui détermine leur procédure. Certains articles de la Constitution (notamment les articles 6, 13, 23, 25, 34, 47, 57, 63, 64, 65, 67, 71, 72-1, 72-2, 72-4, 74, 88-3...) renvoient à une loi organique, pour préciser leurs conditions d'application. C'est en ce sens que l'on a pu considérer que les lois organiques étaient matériellement constitutionnelles. Cependant, elles sont formellement des lois, votées par le législateur, selon une procédure qui connaît quelques aménagements par rapport à la procédure de droit commun.

Ces particularités sont, pour l'essentiel, les suivantes (sur la procédure d'adoption des lois organiques, voir la leçon 6) : un délai de réflexion de 15 jours était, tout d'abord, prévu entre le dépôt du projet, ou de la proposition, et sa délibération. Depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, la discussion de la loi organique ne peut

intervenir devant la première assemblée saisie, qu'à l'expiration d'un dépôt de six semaines, par application de l'alinéa 3 de l'article 42, auquel renvoie désormais l'alinéa de l'article 46. Les délais d'examen des lois organiques sont désormais alignés sur ceux des lois ordinaires, ce qui fait perdre aux premières une partie de leur spécificité. Ce n'est que dans le cas de la procédure accélérée de l'article 45, où n'existent plus de délai d'examen pour les lois ordinaires, que les lois organiques retrouvent un délai de quinze jours entre leur dépôt et leur délibération. L'Assemblée nationale ne peut ensuite avoir le dernier mot, en cas de désaccord avec le Sénat, qu'à la majorité absolue de ses membres ; les lois organiques relatives au Sénat et celles relatives au droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union européenne résidant en France aux élections européennes (art.88-3), doivent enfin, être votées dans les mêmes termes par les deux assemblées. Enfin, la constitutionnalité des lois organiques est obligatoirement contrôlée par le Conseil constitutionnel.

Ces éléments de procédure donnent quelques indications sur la place des lois organiques dans la hiérarchie des normes juridiques. D'abord, ces lois sont incontestablement subordonnées à la Constitution, tant en ce qui concerne leur domaine d'intervention que leur contenu.

Elles sont également, en vertu de l'article 55, soumises au respect des traités.

C'est leur rapport avec la loi ordinaire qui a soulevé le plus d'ambiguïtés. L'on s'est parfois interrogé sur la soumission de l'ensemble des lois ordinaires à l'ensemble des lois organiques, car les lois organiques ne peuvent être intégrées dans l'ensemble des normes de valeur constitutionnelle. La réponse semble pouvoir être formulée ainsi : une loi ordinaire contraire à une disposition d'une loi organique viole la Constitution, en ce qu'elle empiète sur le domaine de compétence réservé à la loi organique par la Constitution.

### **Jurisprudence**

En revanche, la présence de dispositions législatives ordinaires dans une loi organique, n'entache pas cette loi d'inconstitutionnalité, le Conseil se bornant à déclasser les dispositions en cause (décision 76-62 DC du 28 janvier 1976). Parmi ces lois organiques, la loi organique relative aux lois de finances occupe une place particulière et le juge constitutionnel a essentiellement contrôlé le respect par les lois de finances des dispositions de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959, puis de celles de la loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001 (cf. décision 2001-448 DC du 25 juillet 2001). La même jurisprudence s'applique à propos de la loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale du 22 juillet 2006 remplacée par la loi organique du 2 août 2005.

## **§2. Les rapports entre la loi et le règlement**

### **Remarque**

Les règlements sont des actes pris par l'Exécutif dans son domaine de compétence. Ces règlements sont eux-même hiérarchisés. Cette hiérarchie est essentiellement fondée sur la place hiérarchique de l'autorité qui prend l'acte : décrets en Conseil des ministres, décrets du Président de la République, décrets du Premier ministre, arrêtés ministériels....).

L'étude du pouvoir réglementaire est difficile à distinguer de celle du pouvoir législatif, tant l'histoire de leurs rapports conditionne leur définition. On sait que la Constitution de 1958 a souhaité instaurer un pouvoir réglementaire "*autonome*" à côté du domaine législatif et en plus du pouvoir réglementaire d'application. La pratique et les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat ont tout fait cependant pour que ces innovations constitutionnelles soient effacées, et il n'y a pratiquement pas de différences au sein du pouvoir réglementaire.

### **A. Le pouvoir réglementaire**

Il y a, dans la Constitution de 1958, un partage des compétences entre les titulaires de ce pouvoir, que sont le Premier ministre et le Président de la République, en vertu des articles 21 et 13 de la Constitution, qui illustre les particularités mais aussi les difficultés de l'Exécutif bicéphale qui caractérise la Vème République.

Il en ressort que les "*règlements*", sont des actes pris par des autorités exécutives suprêmes, situées à la tête de l'Exécutif et seules investies par la Constitution du pouvoir de prendre des actes généraux et impersonnels ayant vocation à s'appliquer sur l'ensemble du territoire français. Sur le plan formel, ces règlements sont édictés par voie de décrets, terme qui désigne les actes pris par les autorités exécutives, quel que soit le contenu de ces décrets. Il y a ainsi des décrets réglementaires et des décrets à caractère individuel, comme les décisions de nomination des hauts fonctionnaires.

En ce qui concerne leur place dans la hiérarchie des normes, les actes réglementaires sont considérés comme des actes administratifs, au même titre que les actes des autres autorités administratives, et soumis, en tant que

tels, au contrôle des juridictions administratives. En pratique, il s'agit du seul Conseil d'Etat, compétent en premier et dernier ressort pour connaître des décrets, en application de l'article 2 du décret du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif. Quant à leur régime juridique et contentieux, les règlements des autorités constitutionnelles ne se distinguent pas des règlements édictés par d'autres autorités, ministérielles ou locales, de l'Etat ou de collectivités décentralisées, telles que les collectivités territoriales, ou les établissements publics.

Au sein des règlements édictés par les autorités exécutives, existe cependant une hiérarchie entre les décrets pris en Conseil des ministres, les décrets pris en Conseil d'Etat et les décrets simples, qui interdit surtout qu'une mesure soit prise indifféremment sous une forme ou sous une autre, sans qu'une véritable hiérarchie ne soit instaurée entre ces différents actes.

### **Jurisprudence**

Les ministres susceptibles de prendre sous forme d'arrêtés des dispositions réglementaires ne disposent de ce pouvoir que sur habilitation ou dans le cadre de l'organisation de leur service, ils ne disposent pas d'un pouvoir réglementaire général (CE, 7 février 1936, Jamart, Rec., p. 172).

## **B. La répartition des compétences entre la loi et le règlement**

La question des rapports entre la loi et le règlement se présente d'une façon tout à fait spécifique sous la Vème République.

En effet, depuis 1958, l'interprétation des dispositions constitutionnelles a beaucoup évolué, sous l'influence des jurisprudences des juridictions suprêmes et grâce à la réflexion d'une partie de la doctrine.

### **Remarque**

La Constitution du 4 octobre 1958 contient une innovation apparemment essentielle, par rapport aux textes constitutionnels antérieurs, en prévoyant une définition matérielle de la loi.

### **1. La répartition avant 1958**

Jusqu'en 1958, prévalait ce qu'il est convenu d'appeler le culte de la loi, emprunté à Jean-Jacques Rousseau, selon lequel la loi, expression de la volonté générale, pouvait tout faire, c'est-à-dire intervenir sur toute matière.

Le Parlement, auteur de la loi, même si celle-ci avait pour origine une initiative du pouvoir exécutif, était ainsi assimilé à la nation et bénéficiait de la même souveraineté qu'elle.

Il était néanmoins difficile de parler d'abus, puisque le Parlement était, du moins pour l'une de ses chambres, le seul organe élu au suffrage universel direct, et pouvait donc bénéficier d'une légitimité politique indiscutable.

### **Remarque**

Si la loi pouvait tout faire, elle ne pouvait matériellement pas exercer toute sa compétence, parce qu'elle ne pouvait pas légiférer sur l'ensemble des matières : elle ne pouvait régler tous les détails d'une question, faute de temps et en raison du caractère technique de certaines questions.

Très tôt et malgré la séparation des pouvoirs, le pouvoir exécutif, quel que soit son titulaire, a pris l'habitude de compléter la loi par des actes permettant l'exécution de celle-ci, baptisés d'abord dans la pratique, puis dans la Constitution du 22 frimaire an VIII, du nom de "*règlements*". Mais ce pouvoir est abordé parfois de façon implicite ou, du moins, peu explicite, par les Constitutions républicaines de la IIIème et de la IVème Républiques.

Ces interventions, nécessaires, du pouvoir exécutif étaient obligatoirement soumises à la loi, pour appliquer la loi et dans le respect de celle-ci. Elles étaient évidemment subordonnées, la loi primant tout autre acte juridique.

La hiérarchie des organes, justifiée par la supériorité de la légitimité du Parlement sur celle de l'Exécutif entraînait une hiérarchie des actes et la loi était supérieure au règlement. Le principe de légalité exprimait bien cette idée, l'ensemble des actes administratifs étant soumis à la loi. Le développement à la fois du recours pour excès de pouvoir et des juridictions administratives, dans la deuxième moitié du XIXème siècle, a permis de soumettre ces actes administratifs à la loi.

### **Remarque**

L'omnipotence de la loi avait subi cependant quelques failles.

### **Jurisprudence**

Le juge administratif avait reconnu la validité de règlements spontanés (pris en dehors de toute habilitation législative) et autonomes (non soumis au respect d'une loi, par principe inexistante) dans certaines matières

comme le fonctionnement des services publics (cf. CE 4 mai 1906, Babin, Rec., p. 365 et CE 28 juin 1918, Heyriès, Rec., p. 651) et le pouvoir de police administrative (CE 9 août 1919, Labonne, Rec., p. 737).

Le législateur, après la 1<sup>ère</sup> Guerre mondiale, avait autorisé le Gouvernement à prendre des décrets ayant force de loi, c'est-à-dire susceptibles de modifier des lois en vigueur. Le parallélisme des formes, qui voulait que seule une loi puisse modifier une loi, était ainsi battu en brèche. La pratique des décrets-lois, développée durant toutes les périodes de crise qu'a connues la III<sup>ème</sup> République après la 1<sup>ère</sup> Guerre mondiale, est devenue presque un procédé normal de gouvernement après 1930, même si elle était contraire au texte des lois constitutionnelles de 1875 qui interdisait les délégations de compétence.

La IV<sup>ème</sup> République avait d'ailleurs réagi en interdisant, à l'article 13 de la Constitution de 1946, toute forme de délégation ("*L'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit*"). Mais le procédé de la loi-cadre, prévu par la loi du 17 août 1948, permettait de réserver à la loi les principes généraux d'une réforme et de laisser au règlement les détails d'application.

En outre, cette même loi (dite "*loi André Marie*") avait introduit la notion de "*pouvoir réglementaire autonome*" en affirmant que certaines matières avaient par nature un caractère réglementaire. Des règlements pouvaient modifier des lois existantes, sur des matières qui étaient ainsi délégalisées. Consulté sur sa régularité, le Conseil d'Etat a validé le procédé par l'avis du 6 février 1953, en considérant toutefois que certaines matières sont réservées à la loi "*en vertu des dispositions de la constitution, soit par la tradition constitutionnelle républicaine*". C'était le Parlement qui était maître de cette procédure et il avait la possibilité de revenir sur ces matières qu'il avait placées lui-même dans le domaine réglementaire, en récupérant en quelque sorte ce qu'il avait abandonné. Le Parlement ne perdait nullement la possibilité d'intervenir dans les matières énumérées par la loi de 1948.

### **Remarque**

En réalité, il y eut une extension de la compétence normative du pouvoir exécutif et la plupart des réformes opérées l'ont été par voie de décret, comme par exemple le décret du 30 septembre 1953, portant réforme du contentieux administratif.

La Constitution du 4 octobre 1958 s'inscrit dans ce contexte. Elle consacre un partage des compétences normatives entre la loi et le règlement, à partir de la pratique suivie lors des régimes précédents : ce partage, inscrit dans la Constitution, est apparu aux yeux de beaucoup, comme une véritable révolution juridique. Avec le recul et en raison de l'attitude du Gouvernement et du Parlement, et de l'interprétation retenue par les juridictions, et notamment le Conseil constitutionnel, cette révolution n'a pas eu lieu.

## **2. Les articles 34 et 37 de la Constitution**

Ces articles renversent totalement la perspective : les matières qui forment le domaine de la loi sont limitativement énumérées par l'article 34 de la Constitution. La compétence du législateur est devenue cette fois une compétence d'attribution, car elle n'existe que dans le cadre limitativement attribué au Parlement par la Constitution. Par opposition, le domaine du règlement "*autonome*" paraît infini.

### **a) Le nouveau critère matériel de la loi**

La loi est ainsi définie, pour la première fois, par un critère matériel (cf. alinéa 1 et suivants). Le critère formel et organique (cf. ancien alinéa 1 de l'article 34 qui disposait que « La loi est votée par le Parlement ») a été déplacé par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008. L'ensemble de fonctions du Parlement est désormais énoncé à l'article 24 al 1<sup>er</sup> (vote de la loi, contrôle du gouvernement, et évaluation des politiques publiques). La liste de l'article 34 distingue néanmoins deux niveaux différents d'intervention du législateur puisque la loi est habilitée à fixer les règles et à déterminer les principes fondamentaux.

Le Parlement dispose, d'après les termes de l'article 34, d'une plus grande marge d'intervention pour les premières que pour les secondes.

- De la première catégorie, relèvent les droits civiques et les libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, les crimes et les délits, le régime fiscal.
- Pour la deuxième catégorie, qui ressemble à la technique de la loi-cadre de la IV<sup>ème</sup> République, la loi se contente en principe de fixer les grandes lignes (enseignement, collectivités territoriales, régime de la propriété). Des décrets d'application doivent compléter la loi dans ces matières.

En outre, l'article 34 renvoie à une loi organique le soin de préciser et compléter ses dispositions. Deux propositions de loi ont échoué, en 1967 et en 1987, pour étendre, par l'intermédiaire d'une loi de cette nature, le domaine de l'article 34 et la seconde a été censurée par le Conseil constitutionnel dans la décision 87-234 DC du 7 janvier 1988. Elle visait à permettre le contrôle du Parlement sur les dépenses de sécurité sociale. Il est intéressant de remarquer que la première extension de la liste de l'article 34, réalisée jusqu'à présent par la révision constitutionnelle du 22 février 1996, a concerné les lois de financement de la sécurité sociale.

La différence essentielle avec l'état du droit antérieur à 1958 est que le Parlement, depuis 1958, n'est plus maître de la définition de ses propres compétences, celles-ci étant définies par un texte supérieur à la loi, la Constitution.

Pour que cette supériorité soit pleinement respectée, une juridiction particulière et nouvelle, le Conseil constitutionnel, créé lui aussi en 1958, est chargée d'examiner la conformité des lois au texte constitutionnel. Le Conseil constitutionnel est habilité, dans le cadre de la répartition des compétences entre la loi et le règlement, à intervenir dans deux hypothèses : l'article 41 prévoit tout d'abord qu'il peut être saisi par le Premier ministre ou le président de l'assemblée intéressée, si une proposition de loi ou un amendement parlementaire n'est pas du domaine de la loi, en cas de désaccord entre les deux autorités sur ce point. Cet article 41 a été modifié par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 pour permettre au président de l'assemblée d'opposer lui aussi l'irrecevabilité, introduisant un équilibre entre le Gouvernement et les présidents des assemblées. Dans ce cas, le Conseil constitutionnel a huit jours pour se prononcer.

Cet article 41 n'a donné lieu qu'à onze décisions de 1959 à 1979, dont trois dans les années 1960. La dernière décision est la décision 79-11 FNR du 23 mai 1979. Ce sont des décisions FNR comme "fin de non-recevoir". Les onze saisines l'ont été sur initiative du Président de l'Assemblée nationale. Mais cela ne veut pas dire que les Présidents des assemblées ne déclarent pas irrecevables des propositions des amendements, ce qui revient à donner raison au Gouvernement (6 fois en 1994 à l'Assemblée nationale, par exemple ou en 2005 pour s'opposer à de très nombreux amendements lors du débat de la loi sur les activités postales). Cette procédure est une simple possibilité pour le Gouvernement.

L'article 37, alinéa 2, permet au Gouvernement de modifier une loi antérieure si celle-ci a été adoptée dans une matière ne relevant pas de la compétence du législateur, et ce même si cette loi est ancienne. Il s'agit du processus de délégalisation, qui n'est pas très éloigné du mécanisme mis en place par la loi du 17 août 1948, mais avec la différence que l'initiative de la délégalisation appartient désormais au Premier ministre, alors que c'est le Parlement qui disposait de cette compétence sous la IV<sup>ème</sup> République.

Cette procédure concerne les textes de forme législative, c'est-à-dire ceux qui ont fait l'objet d'un vote parlementaire et qui ont été adoptés sous la forme de lois, mais qui sont intervenus dans le domaine du règlement. On distingue de cette façon la forme et le contenu. Si le Gouvernement veut modifier une telle loi adoptée dans un domaine qui n'est pas le sien, il ne peut le faire librement. Si la loi est postérieure à 1958, c'est-à-dire à la répartition nouvelle entre les articles 34 et 37, il doit obtenir l'autorisation du Conseil constitutionnel (article 37 al. 2). Mais si le texte législatif est antérieur à 1958, l'avis du Conseil d'Etat suffit pour que le texte soit "délégalisé", c'est-à-dire que le contenu soit qualifié de règlement (article 37 al. 2). Cette procédure ne peut être déclenchée que par le Premier ministre, qui détient le pouvoir réglementaire, et elle peut l'être à tout moment, après la promulgation de la loi contenant des dispositions à caractère réglementaire. Elle peut porter sur certaines dispositions d'un texte que le Gouvernement veut modifier par règlement et pas forcément sur toute la loi. Le Conseil constitutionnel ne se prononce pas sur la constitutionnalité de la loi, mais sur le contenu législatif ou réglementaire de la loi.

Elle est utilisée assez régulièrement par le Gouvernement depuis 1959 et elle donne lieu à des décisions L (comme Législatives). Le nombre de ces décisions, qui était en diminution dans les années quatre-vingt dix, a connu un regain d'activité ces dernières années (six décisions pour l'année 2006, une seule pour l'année 2007, cinq pour l'année 2008).

La procédure prévue à l'article 61 alinéa 2 ne peut plus servir, selon le Conseil, au contrôle de la répartition des domaines législatif et réglementaire, du moins pour faire déclarer qu'une loi a empiété sur le domaine du règlement (décision 82-143 DC du 30 juillet 1982, Blocage des prix et revenus). Par cette décision, qui constituait un revirement, le Conseil a considéré en effet que l'empiètement du législatif dans le domaine réglementaire n'est pas contraire à la Constitution, car il existe des procédures prévues à cet effet, aux articles 41 et 37 al. 2, qui ont un caractère facultatif et qui sont à la discrétion du Gouvernement. Celui-ci peut faire assurer par ces techniques la protection de son domaine contre d'éventuels empiètements de la loi.

En ce qui concerne le contrôle de la répartition entre le domaine de la loi et celui du règlement, le recours à l'article 61 n'était donc pas possible, selon cette jurisprudence pour sanctionner les empiètements du pouvoir législatif sur le domaine du gouvernement.

Des signes d'évolution sont cependant perceptibles sur cette question. La décision 2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, a permis de déclasser certaines dispositions de la loi parce qu'elles avaient un caractère réglementaire, sans les déclarer pour autant contraires à la Constitution. La procédure de l'article 61 est alors utilisée à la place de l'article 37 al 2. Cette jurisprudence, qui marque peut-être une étape, a suscité de nombreuses interrogations. Elle ne semble pas, cependant, avoir connu de plus amples développements.



Le Conseil constitutionnel était ainsi érigé, dans la conception initiale du texte constitutionnel, et comme l'indiquait Michel Debré dans le discours de présentation devant le Conseil d'Etat du 27 août 1958, comme un instrument de la rationalisation du régime parlementaire, puisqu'il devait veiller à éviter que le Parlement ne sorte de son domaine, considéré et perçu comme un ensemble fermé dont le Conseil aurait été le gardien.

## b) Le règlement "autonome"

Le pouvoir législatif étant cantonné dans des limites prévues par la Constitution, les autres règles de droit devaient être édictées par voie de règlement, c'est-à-dire par des actes pris par des autorités exécutives, Président de la République et Premier ministre selon un partage spécifique à la Vème République.

L'article 37, qui forme donc un tout avec l'article 34, dispose en effet dans son alinéa 1 : "*Les matières autres que celles du domaine de la loi ont un caractère réglementaire*". La rédaction de ce texte laisse entendre que le pouvoir réglementaire possède, à la différence du pouvoir législatif, une compétence de droit commun. Le domaine du règlement n'est pas limité et il est constitué de tout ce qui n'est pas attribué à la loi.

C'est la raison pour laquelle le domaine réglementaire était qualifié d' "*autonome*" car il n'est pas subordonné à la loi : le règlement, oeuvre du pouvoir exécutif, intervient en dehors du domaine de la loi, et sans qu'une loi soit nécessaire. Ce type de règlement serait ainsi distinct du règlement subordonné, qui reste "*d'exécution*" pour les lois. On pouvait alors opposer l'article 21 de la Constitution, qui prévoit que le Premier ministre "assure l'exécution des lois" et qu'il "exerce le pouvoir réglementaire", ce qui correspondait au pouvoir réglementaire d'exécution et l'article 37 qui définissait le pouvoir réglementaire "*autonome*".

- Si le premier type de pouvoir correspond à une séparation de valeur entre la loi et le règlement d'exécution, ce dernier étant second par rapport à la loi.
- Le second type de pouvoir réglementaire correspond à une séparation matérielle entre les deux, les deux catégories d'actes étant alors situées sur le même plan.

Comme on l'a vu, la protection du domaine réglementaire contre d'éventuels empiètements du Parlement est organisée de manière efficace et rapide et passe par des interventions du Conseil constitutionnel. En revanche, dans l'hypothèse où un règlement est pris dans le domaine de la loi, seules les juridictions administratives, en pratique le Conseil d'Etat, sont compétentes pour l'annuler, rétroactivement, après un recours pour excès de pouvoir dirigé contre ce règlement et exercé par toute personne qui a un intérêt à agir. Compte tenu des délais de recours (deux mois au plus tard après la publication du règlement) et des délais d'instruction et de jugement devant le juge administratif (plusieurs mois ou parfois même ... plusieurs années), l'annulation éventuelle du règlement intervient fort tard et elle peut apparaître bien peu efficace.

### Remarque

Ainsi apparaît un déséquilibre, en ce qui concerne la protection de leur domaine respectif, entre la loi et le règlement.

## 3. La répartition réelle des compétences entre la loi et le règlement

Plusieurs facteurs se sont ligués pour "*gommer*" les aspects les plus défavorables au Parlement contenus dans les articles 34 et 37 et pour interpréter ces dispositions dans le sens qui soit le moins éloigné possible de la situation existant réellement avant 1958 : ont été laissées au Parlement les compétences dans les matières les plus importantes, le règlement se limitant à compléter la loi dans ces matières.

Parmi ces facteurs, figurent la **tradition parlementaire héritée des Républiques précédentes**, dans laquelle avaient été formées et avaient vécu les hommes politiques et les juristes de la Vème République, cette tradition s'étant perpétuée bien après 1958, le Gouvernement laissant souvent le Parlement voter des textes en dehors de la définition matérielle de la loi, soit parce qu'il lui importe peu qu'une disposition soit une loi ou un règlement puisqu'il est, différence profonde avec la IVème République, assuré du soutien sans faille de la majorité parlementaire, soit parce qu'il est parfois préférable, dans un souci d'efficacité politique aux yeux de l'opinion, qu'une disposition nouvelle fasse l'objet d'une loi plutôt que d'un règlement, parce que la loi sera discutée publiquement, au Parlement, et donc connue dans l'opinion.

A ces raisons, s'ajoutent les **jurisprudences convergentes du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat** qui ont tout fait pour que les aspects les plus novateurs de la "*révolution des articles 34 et 37*" disparaissent.

Le Parlement de la Vème République dispose donc, dans la réalité constitutionnelle, d'autant d'attributions que le Parlement des Républiques précédentes.

### Remarque

Par le biais de la théorie de l'incompétence négative, le Parlement dispose même d'une protection particulièrement efficace contre les empiètements du règlement. D'une certaine façon, c'est la revanche du critère organique sur le critère matériel.

### a) Une lecture extensive de l'article 34

La jurisprudence, notamment du Conseil constitutionnel, ne s'en est pas tenue à la lettre du texte de l'article 34. Elle a supprimé les distinctions entre règles et principes fondamentaux, elle a interprété largement les dispositions de l'article 34 et elle a entendu la compétence du législateur en dehors de l'article 34.

- L'absence de distinction véritable entre les règles et les principes fondamentaux

#### Jurisprudence

Cette distinction a été rejetée dès la décision 59-1 L du 27 décembre 1959, qui a admis que, même dans les matières où le Parlement pouvait fixer les règles, c'est-à-dire la "*mise en cause*" selon la terminologie habituelle, le pouvoir réglementaire d'exécution avait toujours la possibilité d'agir, pour "mettre en oeuvre" les dispositions législatives, c'est-à-dire pour les compléter par des mesures de détail. Il y a toujours une zone de compétence réglementaire et la loi ne fixe pas toutes les règles. Le Conseil constitutionnel a donc privilégié le critère distinguant les mesures importantes et les mesures de détail, plutôt que le critère de l'objet, et il a maintenu une distinction de niveau entre les domaines de la loi et du règlement.

Dans la pratique, le législateur n'a pas non plus distingué nettement les domaines pour lesquels il devait fixer les règles et ceux dans lesquels il devait déterminer les principes fondamentaux, c'est-à-dire qu'il n'est pas allé plus loin dans le détail pour les "*règles*" que pour les "*principes fondamentaux*". Il a en quelque sorte tracé une voie moyenne entre les deux catégories d'intervention du Parlement.

Cette jurisprudence et cette pratique semblent, de prime abord, défavorables au Parlement, puisqu'elles autorisent le pouvoir réglementaire à intervenir, par des mesures de détail, dans des matières en principe réservées à la loi. En réalité, elles reflètent une conception conforme à une certaine tradition constitutionnelle faisant de la loi l'acte principal de la vie juridique.

- L'interprétation large des compétences énumérées à l'article 34 :

Le Conseil constitutionnel aurait pu lire de façon très stricte les compétences du législateur énumérées à l'article 34 et limiter considérablement les attributions du Parlement. Telle n'a pas été son attitude.

#### Jurisprudence

Il a, au contraire, à l'occasion de ses interventions au titre de l'article 37 alinéa 2, considéré par exemple que la notion d'« *ordres de juridiction* » qui peuvent être créés par la loi, ne renvoyait pas seulement aux ordres juridictionnels, tels que l'ordre juridictionnel administratif ou l'ordre juridictionnel judiciaire, mais à tout ensemble nouveau de juridictions ou à toute juridiction nouvelle par rapport à celles existant au moment de cette création, ce qui étend considérablement les compétences du législateur (cf. les décisions 64-31 L, 65-33 L, 77-99 L, 85-141 L, 91-166 L).

Est considérée ainsi comme un ordre de juridiction la création des Cours administratives d'appel que seule la loi peut créer, comme ce fut le cas pour la création des Cours administratives d'appel par la loi 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif.

#### Jurisprudence

Il a procédé de la même manière extensive à propos de la création des catégories d'établissement public (cf. les décisions 59-1 L, 64-27 L, 67-47 L, 68-50 L, 76-93 L, 82-127 L, 89-162 L).

De la même façon, à propos d'une question qui n'a plus d'intérêt en droit positif depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, le Conseil constitutionnel avait considéré qu'il fallait, pour déterminer si le pouvoir réglementaire pouvait fixer des peines contraventionnelles susceptibles d'entraîner des peines de prison, interpréter largement la Constitution, en considérant ensemble l'article 8 de la Déclaration des droits, l'alinéa 2 de l'article 34 qui confie à la loi le soin de fixer les garanties fondamentales pour l'exercice des libertés publiques et l'article 66 relatif à la liberté individuelle.

#### Jurisprudence

Selon lui, il ne fallait pas se contenter d'une lecture étroite du seul alinéa 54 de l'article 34 qui semble ne confier à la loi que la détermination des peines en matière de crimes et de délits et réserver au pouvoir réglementaire le soin de déterminer toutes les peines contraventionnelles, quelles qu'elles soient (cf. décision 73-80 L du 28 novembre 1973, « *Peines privatives de libertés* »).

Cette interprétation large de l'article 34 se double d'une conception extensive de la compétence du législateur.

- **Le domaine de la loi et le domaine de l'article 34**

L'article 37 ne confère pas un caractère réglementaire aux matières qui ne figurent pas à l'article 34, mais aux matières "*autres que celles qui sont du domaine de la loi*". Une telle rédaction ouvre des perspectives considérables car elle conduit à penser que le domaine de la loi dépasse, de façon plus ou moins large, celui de l'article 34. Il est assez facile de faire remarquer que la Constitution prévoit à plusieurs reprises, l'intervention de la loi, en dehors de l'article 34 (cf. les articles 3, 35, 36, 47, 47-1, 53, 66, 72 et 74). A cette liste, un peu hétéroclite, il faut ajouter tous les articles qui prévoient l'intervention d'une loi organique, et par conséquent du Parlement, sous réserve des lois référendaires.

Le Conseil constitutionnel a aussi considéré que seule la loi pouvait écarter un principe général du droit, c'est-à-dire une règle non écrite "*applicable même sans texte*", ce qui confère à ces principes une valeur certes infra législative mais aussi supérieure au règlement, puisque celui-ci ne peut intervenir dans les matières pour lesquelles un principe général a été dégagé (cf. décision 69-55 L du 26 juin 1969, « Protection des sites »). Parmi ces principes, figure notamment celui de la non-rétroactivité des actes administratifs : en application de cette jurisprudence, seule une loi peut écarter ce principe, c'est-à-dire déclarer qu'une disposition peut être rétroactive.

Si l'on ajoute à cette lecture élargie de la compétence du législateur, le fait que les matières énumérées à l'article 34 concernent l'essentiel des matières dans lesquelles un texte juridique peut intervenir, et notamment toutes celles intéressant les relations entre les pouvoirs publics et les citoyens (libertés publiques, droit pénal, impositions, juridictions, monnaie, droit électoral...) et le fait qu'il est assez difficile de trouver des matières qui ne figurent pas, à un titre ou à un autre, dans la liste de l'article 34 (tout au plus peut-on y ranger la police administrative, la déconcentration, la fixation des contraventions qui ne prévoient pas de peines privatives de liberté, et les règles de procédure contentieuse, civile et administrative, qui ne concernent pas l'exercice d'une liberté publique), on voit que le domaine de la loi est non seulement étendu mais qu'il englobe les principales activités des citoyens.

La loi, comme en témoigne l'interprétation dont fait l'objet son champ d'application, est la règle fondamentale de la vie juridique. A ce titre, elle doit être protégée.

## **b) La protection du domaine de la loi**

De façon paradoxale, c'est le Conseil constitutionnel qui a développé cette protection, au fil de sa jurisprudence, alors qu'il avait été institué pour "surveiller" le Parlement.

Au vu de cette jurisprudence, il est possible d'affirmer qu'une loi adoptée en dehors de son domaine n'est pas inconstitutionnelle et que la loi ne doit pas laisser au règlement un champ d'intervention très vaste, sous peine de méconnaître sa propre compétence.

- **La loi peut échapper à son domaine**

### **Jurisprudence**

Cette affirmation résulte d'une lecture combinée des dispositions de la Constitution, pratiquée par le Conseil constitutionnel dans sa décision 82-143 DC du 30 juillet 1982, Blocage des prix et revenus.

Désormais, le fait qu'une loi comporte des dispositions à caractère réglementaire n'entraîne pas l'inconstitutionnalité de la loi (cf l'analyse supra). Cette jurisprudence a néanmoins connu une inflexion par la décision précitée 2005-512 DC du 21 avril 2005. La jurisprudence de 1982 tire les leçons tant de la lecture "*parlementaire*" de la répartition des domaines législatifs et réglementaires que de la pratique adoptée par les pouvoirs publics qui consiste à faire voter des lois sur des matières qui ne sont pas législatives, mais avec l'accord de tous. En tout état de cause, le Gouvernement, s'il le souhaite, peut toujours revenir sur ces "*textes de forme législative*" en les modifiant par décrets (art. 37 al. 2). La loi peut ainsi avoir un domaine indéfini, avec l'accord du Gouvernement. Le fait que celui-ci dispose, au moins au sein de l'Assemblée nationale, d'une majorité fidèle, lui permet de "*laisser faire*".

Cette jurisprudence inaugurée en 1982 supprime en fait toute référence à une distinction matérielle des domaines de la loi et du règlement. On peut penser, à l'instar d'une partie de la doctrine, que la catégorie des "*règlements autonomes*" n'existe plus puisque le législateur a toujours la possibilité d'intervenir dans des matières qui n'étaient pas matériellement législatives.

La frontière entre les deux est mouvante et elle est laissée à la seule appréciation du Gouvernement. Sur ce point, il y a une différence fondamentale avec la IV<sup>ème</sup> République sous laquelle c'était le Parlement qui était maître de la répartition. Du Parlement au Gouvernement, telle est sans doute l'évolution majeure, qui marque sur cette question, le passage de la IV<sup>ème</sup> à la V<sup>ème</sup> République.

Si la distinction matérielle semble avoir vécu, la séparation de niveau entre la loi et le règlement est plus réelle que jamais.

- La loi ne peut pas abandonner des compétences au pouvoir réglementaire

Non seulement la loi peut intervenir, mais, dans un certain nombre de cas, elle doit intervenir.

Elle ne doit pas laisser au règlement une place trop importante, en renvoyant par exemple de façon trop étendue aux décrets d'application le soin de compléter une disposition législative. Faute de quoi, elle méconnaîtrait sa propre compétence et commettrait ce qu'il est convenu d'appeler une "*incompétence négative*".

### **Jurisprudence**

Le Parlement est protégé contre lui-même, ou contre ses "*propres faiblesses*", lorsqu'il n'épuise pas ses compétences. La jurisprudence a été inaugurée par la décision 67-31 DC du 26 janvier 1967, Conseillers référendaires, et elle a été utilisée une bonne douzaine de fois pour censurer le législateur qui ignore la compétence qu'il a reçue de l'article 34. Dans la décision 93-322 DC du 28 juillet 1993, Statut des universités, le Conseil a même été jusqu'à invalider l'ensemble de la loi pour ce motif.

L'interdiction d'abandonner sa compétence n'empêche bien sûr pas le législateur, dans les cas et les conditions prévus à l'article 38 de la Constitution, d'habiliter le Gouvernement à légiférer par ordonnances.

### **Remarque**

**Sujet complémentaire :** Quant est il de la loi sur l'immigration ?