

6e Rencontre Jur. Franco-Algérienne
28 mai - 6 juin 1979

La Constitution comme base du système juridique

par

Georges VEDEL

Doyen honoraire

Professeur à l'Université de droit, d'économie
et de sciences sociales de Paris

et

Pierre DELVOLVÉ

Professeur à l'Université des sciences sociales
de Toulouse

INTRODUCTION

Nous partirons de l'idée selon laquelle un système juridique est un ensemble de normes hiérarchisées ayant un certain contenu. On peut l'envisager soit au point de vue *formel*, soit au point de vue *matériel*.

Le point de vue *formel* (ou organique) conduit à considérer les procédures et les organes qui dans ce système juridique donnent naissance à des normes. Par exemple du point de vue formel, une loi en France est l'acte pris selon la procédure et les formes prescrites par la Constitution pour l'exercice du pouvoir législatif.

Le point de vue *matériel* conduit à considérer le contenu des normes composant le système juridique. A ce point de vue l'on peut imaginer diverses classifications matérielles. L'une des plus courantes en France est la distinction entre le droit public et le droit privé.

Etudier la Constitution comme base du système juridique selon le sujet proposé c'est donc rechercher :

— si, dans ce système juridique, toutes les *procédures* par lesquelles des normes peuvent être engendrées, soit par les pouvoirs publics, soit par les particuliers, sont rattachées directement ou indirectement à la Constitution et naturellement sont en conformité avec celle-ci. (En d'autres termes, la Constitution est-elle la base formelle du système juridique ?).

— si le *contenu* des normes composant le système juridique peut être rattaché directement ou indirectement à la Constitution et se trouve en conformité avec celle-ci. (En d'autres termes, la Constitution est-elle la base matérielle du système juridique français ?).

Telles sont les deux idées sur lesquelles est conduit le plan de ce rapport :

- La Constitution, base formelle du système juridique français.
- La Constitution, base matérielle du système juridique français.

I

LA CONSTITUTION, BASE FORMELLE DU SYSTEME JURIDIQUE FRANCAIS

Pour que la Constitution constitue l'unique base formelle d'un système juridique, deux conditions sont nécessaires et suffisantes.

La première est que la Constitution ait le caractère de norme suprême fondamentale, ce qui conduit à refuser, au moins théoriquement, toute validité aux prétendues normes qui seraient édictées en dehors des formes et des procédures prévues par la Constitution.

La seconde condition est qu'il n'existe pas dans le système juridique de source de droit autre que le droit écrit national. En effet, s'il existait un droit coutumier pouvant se former et se développer par une pratique indépendante des autorités publiques, le rattachement de cette source à la Constitution serait difficile en droit et peu opérant en fait. Si, d'autre part, il existait des sources de droit non national, les règles dont elles seraient l'origine se trouveraient soustraites à l'empire de la Constitution.

Or, à première vue, il semble que l'une et l'autre de ces deux conditions que l'on vient d'énoncer, soient remplies en droit français.

En effet, en ce qui concerne la première, c'est-à-dire la reconnaissance à la Constitution du caractère de norme suprême et fondamentale, elle est réalisée depuis la Révolution de 1789. La Constituante a en effet posé avec force le principe de la supériorité de la Constitution sur les lois ordinaires et sur les actes de l'exécutif ou plus simplement la supériorité du « pouvoir constituant » sur les « pouvoirs constitués ».

La Constitution de 1791 a été la première illustration de ce principe. Quelques vicissitudes qu'ait subi son application pratique notamment dans les périodes de régime autoritaire ou dictatorial, le principe a été gardé. Même sous Napoléon 1^{er} et même sous le gouvernement de Vichy, quelle qu'ait été la réalité politique, la théorie juridique de la supériorité constitutionnelle avait été conservée. La seule parenthèse que l'on pourrait noter est le système constitutionnel issu de la Charte de 1830 que certains auteurs présentent comme celui d'une Constitution souple qui aurait pu être révisée par simple accord du Roi et des chambres à la majorité ordinaire, c'est-à-dire selon la procédure et les formes du pouvoir législatif.

En tout cas, à l'heure actuelle, sous le régime de la Constitution de 1958, non seulement la suprématie de la Constitution demeure affirmée mais elle l'est avec plus de force qu'à un moment quelconque de l'histoire constitutionnelle française et, pour la première fois, un système efficace et réel de contrôle de la constitutionnalité des lois fonctionne en France.

Donc on peut considérer que, traditionnellement et d'une manière encore plus marquée aujourd'hui, le principe est qu'une norme juridique ou prétendue telle n'est valide que si elle est établie par une procédure conforme à la Constitution ou aux normes subordonnées prises conformément à celle-ci. La seconde des conditions que l'on a vues plus haut ne se trouve pas moins réalisée, du moins en théorie.

D'une part, il n'existe pas en droit français d'autre source officielle du droit que le droit écrit, c'est-à-dire le droit édicté par les autorités publiques en vertu de leur compétence constitutionnelle. En effet, depuis la Révolution ou plus exactement depuis Napoléon (loi du 30 ventôse an XII), les coutumes qui avaient tenu une si grande place dans le droit de l'ancienne France sont abrogées en bloc et officiellement il n'existe pas d'autre source du droit que le droit écrit. Ainsi, il n'y a point de risque apparent que, en marge du droit formulé par les autorités publiques pour lequel le principe de la supériorité constitutionnelle peut jouer facilement, existe un droit né de pratiques plus ou moins spontanées dont la soumission à la Constitution serait beaucoup moins aisée à contrôler.

D'autre part, du moins depuis 1946, le droit constitutionnel français a construit les « rapports de système » du droit interne français et du droit international sur le recours au « monisme avec primauté du droit international ». A cet égard, le texte essentiel se trouve dans l'article 55 de la Constitution actuelle, repris d'ailleurs de la Constitution antérieure : « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». A première vue, ce système moniste avec primauté du droit international, ou plus exactement primauté des accords internationaux, pourrait ouvrir une brèche dans la suprématie de la Constitution comme base formelle du système juridique dans toute la mesure où il énonce la primauté d'un droit non purement national sur le droit interne et donc sur la Constitution, qui est évidemment une règle de droit public international.

Mais il faut bien voir que l'effet de supériorité de la norme internationale ne se produit que pour les traités ou accords « régulièrement ratifiés ou approuvés ». Or la Constitution française pose des règles de nature à assurer qu'une norme de droit international ne sera pas introduite dans le système français contrairement aux principes constitutionnels. C'est ainsi que la ratification des traités les plus importants ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une autorisation du législateur. En particulier, est soumise à cette autorisation la ratification de tous accords ou engagements qui auraient pour effet de modifier ou d'abroger les lois existantes. Donc les incidences des traités ou accords sur les lois nationales ne peuvent se produire qu'avec l'accord du législateur. Bien plus, la Constitution française prévoit un contrôle de constitutionnalité sur les traités ou accords internationaux puisque le Conseil constitutionnel, en vertu de l'article 54 de la Constitution, peut être saisi du point de savoir si un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, de telle sorte que l'autorisation de ratifier ou d'approuver un tel accord ne pourrait intervenir qu'après modification de la Constitution. On notera qu'à propos des traités européens, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de poser en

principe que tout engagement international qui restreindrait la souveraineté nationale ne pourrait être valablement ratifié ou approuvé qu'après révision constitutionnelle.

En conséquence, on serait tenté de conclure que toute norme, d'origine publique ou même privée, doit, sous peine d'invalidité, se rattacher, du point de vue formel, à la Constitution, de manière directe ou indirecte. Une loi ne peut être prise que par les organes et selon une procédure instituée par la Constitution ; il en va de même pour les décrets du Président de la République ou du Premier ministre. Les divers actes administratifs, par exemple l'arrêt d'un préfet ou d'un maire, la délibération d'un conseil municipal ou d'un conseil d'université, ne peuvent être pris que par les organes et selon les procédures instituées par les lois et décrets eux-mêmes pris conformément à la Constitution. Même un acte privé (un contrat, un testament par exemple) ne peut être valide que s'il est fait conformément aux lois et règlements et sa validité se trouve donc en dernière analyse suspendue à la règle constitutionnelle.

Ainsi, du point de vue formel, il semble bien que la Constitution puisse être regardée comme la base du système juridique français. De degré en degré, les normes procédent, quant aux organes compétents pour les édicter et aux procédures qui doivent être suivies, de la Constitution, norme fondamentale.

Cependant, on va voir qu'en pratique ce rattachement sans défaut de toute norme juridique à la Constitution ne se réalise pas de façon absolue, ou en tout cas de manière aussi simple qu'on vient de le décrire. Il y a une distance entre la théorie et la pratique qui tient, non à une véritable méconnaissance des principes, mais aux incidences sur l'application dans ceux-ci de trois données de caractères divers, mais ayant toutes les trois des conséquences importantes :

— la suprématie constitutionnelle n'est pas parfaitement garantie par un contrôle de constitutionnalité effectif ;

— dans certains domaines du droit français, la jurisprudence a abouti à la formation de règles coutumières non insérées dans le système officiel des sources du droit ;

— enfin l'appartenance de la France à la Communauté économique européenne a entraîné l'existence d'un droit communautaire.

Tels sont les trois points que l'on va passer en revue.

A) *La suprématie constitutionnelle n'est pas parfaitement garantie*

Dans son ensemble, le système juridique français est celui d'un «Etat de droit», c'est-à-dire que, d'une part toute autorité publique comme tout particulier est soumis à l'empire des règles de droit, d'autre part que toute violation de ce principe peut être empêchée ou privée d'effet par l'intervention d'un organe judiciaire. Il va de soi que l'«Etat de droit» suppose en tout premier lieu que la Constitution soit respectée et que sa méconnaissance puisse être sanctionnée, notamment par l'annulation des actes qui lui seraient contraires, soit formellement, soit matériellement.

Il n'existe pas depuis longtemps de difficultés réelles pour appliquer ce principe et ce contrôle aux actes des particuliers (personnes physiques ou morales de droit privé) et aux actes administratifs des autorités publiques.

En ce qui concerne les actes des personnes privées, les tribunaux judiciaires sont compétents pour annuler ceux d'entre eux qui seraient pris selon des procédures non régulières. La question de leur conformité à la Constitution ne se pose d'ailleurs jamais au point de vue formel, car les règles concernant la formation des actes privés (p. ex. un contrat ou un testament) ne se trouvent pas dans la Constitution, mais dans des lois prises en vertu de celle-ci. Il n'y a donc pour ainsi dire jamais de possibilité de violation directe de la Constitution, du point de vue formel, par les actes privés. (On verra en revanche dans la deuxième partie que les actes privés peuvent violer directement de façon matérielle la Constitution : p. ex. un testament comportant une discrimination raciale, le licenciement d'un travailleur en raison de ses opinions politiques, religieuses ou philosophiques, etc...)

Quant aux *actes administratifs des autorités publiques*, ils sont soumis à un contrôle de légalité très serré dont la pièce principale est le recours pour excès de pouvoir. Ce recours qui relève de la compétence de la juridiction administrative, à la tête de laquelle est le Conseil d'Etat, est très largement ouvert : il peut être formé par toute personne intéressée, même d'un pur intérêt «moral» ; il est gratuit et sans formalités autres que celles d'une requête écrite que le citoyen peut rédiger lui-même ; il aboutit à l'*annulation* de l'acte illégal, qui est privé de tout effet pour le passé et pour l'avenir. Ajoutons que le juge administratif est de plus en plus exigeant à l'égard de l'administration.

Or, il va de soi que l'inconstitutionnalité d'un acte administratif est au premier chef un motif d'annulation : par exemple le Conseil d'Etat a annulé maintes fois des décrets du chef du Gouvernement ou du Président de la République pris dans des matières que la Constitution réserve au législateur, c'est-à-dire au Parlement. En 1962 le célèbre arrêt *Carnal* annula une ordonnance prise par le Général de Gaulle relative à la création d'une juridiction militaire pour juger les militaires et les civils qui, en Algérie, s'opposaient, par des actions de rébellion et de terrorisme, à l'exécution des accords d'Evian qui devaient conduire à l'indépendance de l'Algérie. Le Général de Gaulle entra dans une grande colère, dont ses *Mémoires* ont gardé la trace, mais il dut s'incliner devant l'arrêt du Conseil d'Etat et demander au législateur de valider l'ordonnance annulée, ce qui revenait à reconnaître que celle-ci ne pouvait être valablement prise par le Président de la République.

On est donc fondé à dire que la conformité à la Constitution des actes des personnes privées et des actes administratifs des autorités publiques est assurée.

Mais le problème se pose quant au contrôle qui doit être exercé sur la conformité à la Constitution des *lois* ainsi que d'autres actes des autorités publiques n'ayant pas le caractère administratif. En effet, contrairement au droit des Etats-Unis, le droit français n'a jamais admis et n'admet toujours pas l'*exception d'inconstitutionnalité* à l'encontre des lois. Aucune juridiction, de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, ne peut refuser d'appliquer une loi au motif qu'elle serait inconstitutionnelle. Bien plus, si un acte administratif est pris contrairement à la Constitution, mais conformément à une loi, il ne peut être annulé par le juge administratif car, en le censurant, le juge censurerait nécessairement la loi qui l'a autorisé.

D'autre part, jusqu'en 1958, la France n'avait jamais réellement connu de contrôle de constitutionnalité *par voie d'action*, c'est-à-dire de possibilité

de déferer une loi inconstitutionnelle à une juridiction suprême ayant compétence pour l'annuler. Le «*Sénat conservateur*» du Premier et du Second Empire, théoriquement chargé de préserver la Constitution fut une mascarade. Le «*Comité constitutionnel*» créé par la Constitution de 1946 avec, apparemment, une mission semblable avait une compétence et des pouvoirs si restreints qu'en douze ans ils ne se réunirent qu'une fois. En réalité, il n'y a pas eu en France de véritable contrôle de la constitutionnalité des lois jusqu'en 1958.

La Constitution de 1958 a été, de ce point de vue, une source de progrès considérable. Elle institue un Conseil constitutionnel, composé de neuf membres, trois désignés par le Président de la République, trois désignés par le Président de l'Assemblée Nationale, trois désignés par le Président du Sénat. Entre diverses attributions d'ailleurs importantes (par ex. contentieux des élections, intervention en cas d'impossibilité pour le Président de la République d'exercer ses fonctions, etc...) le Conseil constitutionnel a reçu le pouvoir essentiel d'interdire la promulgation et donc l'application des lois contraires à la Constitution. Il a, surtout depuis une dizaine d'années, usé de ce pouvoir sans excès mais avec beaucoup de détermination, pour condamner des lois inconstitutionnelles pour des raisons de procédure ou pour des raisons de fond.

On pourrait donc penser que la lacune traditionnelle du droit public français est comblée et que, désormais, aucun acte public ou privé n'échapperait au contrôle de sa conformité à la Constitution.

Si l'on n'est pas tout à fait ainsi, c'est pour une série de raisons.

Tout d'abord, le contrôle de la constitutionnalité des lois n'est pas automatique. Sans doute, les «*lois organiques*» portant sur certaines matières concernant l'organisation ou les rapports des pouvoirs publics sont-elles de plein droit soumises au contrôle du Conseil constitutionnel. Mais pour les lois «*ordinaires*» (qui sont parfois en fait beaucoup plus importantes), le Conseil constitutionnel n'intervient que si, après le vote de la loi et avant sa promulgation, il est saisi par le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée Nationale ou le Président du Sénat. Il est vrai que, depuis la révision constitutionnelle de 1974, voulue par M. Giscard d'Estaing, il peut en outre être saisi par soixante députés ou soixante sénateurs et l'on verra l'importance pratique de cette règle nouvelle.

En second lieu, si le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi avant la promulgation, il ne peut plus l'être par la suite et la loi devient définitive et incontestable, l'exception d'inconstitutionnalité n'existant pas. Il s'ensuit une bizarrerie choquante : certaines lois lui ayant été déferées, le Conseil constitutionnel les a déclarées inconstitutionnelles pour certains motifs et a empêché leur promulgation. Mais d'autres lois présentant exactement les mêmes vices n'ayant fait l'objet d'aucun recours en temps utile ont été promulguées et s'appliquent sans recours possible. Cependant, il est une hypothèse où la loi promulguée peut être remise en cause : c'est lorsqu'elle est émise sur le domaine réservé au Gouvernement. En ce cas, il peut être demandé au Conseil constitutionnel d'autoriser le Gouvernement à la modifier ou à l'abroger.

Troisième lacune : le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour examiner la constitutionnalité des lois votées par référendum. En 1962, la plupart des juristes estimaient que la procédure du référendum tendant à faire élire le

Président de la République au suffrage universel n'était pas conforme à la Constitution mais, pour la raison qui vient d'être dite, ce point ne peut être tranché par le juge constitutionnel.

Enfin, le contrôle de constitutionnalité ne peut être exercé sur les actes que fait le Président de la République dans le domaine proprement politique. Sans doute, comme on l'a dit, tous les actes administratifs, même du degré le plus élevé (décrets du Président de la République ou du Premier Ministre) peuvent-ils être annulés par le Conseil d'Etat. Mais les actes qui sont faits par le Président de la République ou le Gouvernement et qui concernent les rapports avec les Chambres (par ex. décret de dissolution, décision de recourir au référendum, nomination du Premier Ministre, etc...) ne relèvent ni de la compétence du Conseil d'Etat ni de celle du Conseil constitutionnel.

Telles sont les raisons pour lesquelles il existe dans le système juridique français des actes législatifs ou gouvernementaux contraires à la Constitution et qui, cependant, ne pouvant faire l'objet d'aucune exception d'inconstitutionnalité, sont applicables. Telle est la première raison pour laquelle il n'est pas entièrement vrai que la Constitution soit la seule base formelle du système juridique français.

Il ne faut pas s'exagérer cependant l'importance de cette donnée. L'anomalie dont on vient de faire état est exceptionnelle. Bien plus, elle est appelée à disparaître. En effet, depuis 1974, on l'a dit, le Conseil constitutionnel peut être saisi, en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois, par soixante députés ou soixante sénateurs, soit environ un huitième de l'effectif total des députés ou un cinquième de l'effectif total des sénateurs. Ainsi l'accès de l'opposition au juge constitutionnel est-il très facile. En fait, depuis 1974, toute loi pouvant être critiquée, même en simple apparence, du point de vue de sa régularité constitutionnelle, a été déferée au Conseil constitutionnel qui, d'ailleurs, a assez souvent donné raison aux contestataires. On peut dire que, désormais, compte tenu de la vivacité du débat politique en France, il n'existe pas de chance pour qu'une loi constitutionnellement critiquable ne provoque pas la réclamation de soixante députés ou de soixante sénateurs et ne soit ainsi contrôlée par le Conseil constitutionnel. Grâce à la réforme constitutionnelle de 1974 l'«*Etat de droit*» a ainsi accompli un progrès décisif.

Resterait, il est vrai, à soumettre au contrôle du juge constitutionnel les actes du Président de la République et du Gouvernement que le Conseil d'Etat ne contrôle pas. En fait, il semble que le Président de la République ne répugnerait pas à une révision constitutionnelle qui, au moins de manière progressive, entrerait dans cette voie. Chose curieuse, c'est des députés que viendrait la résistance et c'est ce qui explique le blocage des intentions de l'exécutif. D'une part, certains éléments de la majorité sont par principe hostiles à toute révision de la Constitution par fidélité au souvenir du Général de Gaulle. D'autre part, l'opposition rejette par principe tous les projets du Président de la République et du Gouvernement, même s'ils correspondent à certains de ses points de vue. C'est ainsi que la révision de 1974 permettant la saisine du Conseil constitutionnel par soixante députés ou soixante sénateurs, bien qu'évidemment favorable à l'opposition, n'a pas été votée par celle-ci. En revanche, une fois la révision acquise, les députés de l'opposition ont largement utilisé le mécanisme qui leur était ainsi ouvert.

B) *La coutume jurisprudentielle*

On a dit plus haut que l'existence de la coutume comme source du droit est de nature à affaiblir sinon à contredire le principe selon lequel la Constitution est la base formelle du système juridique. En effet, la coutume relève d'une pratique spontanée qui, par nature, échappe au contrôle formel de la constitutionnalité.

Or la suppression « officielle » en France depuis la Révolution de toute source qui ne serait pas celle du *droit écrit* a laissé subsister pratiquement un secteur coutumier. Il s'agit moins des « usages » que le droit civil ou le droit commercial reconnaissent et qui ne sont qu'un droit supplétif destiné à combler les lacunes des textes écrits et des contrats que de pratiques émanant des autorités publiques elles-mêmes en marge des compétences que leur reconnaît la Constitution ; c'est-à-dire d'une part de la pratique politique (coutume constitutionnelle), d'autre part de la pratique judiciaire (coutume jurisprudentielle).

Sur la *coutume constitutionnelle*, c'est-à-dire la *pratique politique*, on sera bref car, dans sa partie non contestée, elle ne pose pas de vrai problème et, dans la partie où elle pose un vrai problème, son existence est contestée.

En effet, on admet sans difficulté que la pratique politique peut valablement suppléer aux lacunes des textes constitutionnels, sans pouvoir contredire ceux-ci. L'importance de cette coutume supplétive était très grande par exemple sous la III^e République dont les textes constitutionnels étaient brefs et peu explicites. L'arsenal constitutionnel de 1958 est beaucoup plus riche mais n'a pas dispensé la pratique de certains compléments (par ex. fixation de l'ordre du jour du Conseil des ministres, participation des secrétaires d'Etat au Conseil des ministres, pouvoir d'arbitrage du Premier Ministre entre les ministres, etc...). En ce sens la coutume constitutionnelle, de nature supplétive, n'est pas en infraction avec le principe selon lequel la Constitution est la base formelle unique du système juridique, puisqu'elle n'est pas contraire à celle-ci et n'en constitue que la mise en œuvre pratique.

Il est évident que le problème est tout autre si l'on admet que la coutume puisse s'instituer *contra legem*, c'est-à-dire modifier ou abroger le texte constitutionnel lui-même lorsqu'elle peut se réclamer de l'assentiment des diverses autorités politiques et notamment du corps électoral lui-même. C'est ainsi qu'en 1962 le Général de Gaulle recourut au référendum direct, c'est-à-dire sans vote préalable des Chambres, pour faire adopter la révision constitutionnelle prévoyant l'élection directe du Président de la République au suffrage universel. Pour la plupart des juristes, on l'a déjà dit, cet usage du référendum était inconstitutionnel. Mais, alors que l'opposition avait à l'époque fait campagne pour le « non » en invoquant notamment cette inconstitutionnalité, le corps électoral répondit « oui » à une majorité de 62 % des votants. Devait-on admettre que la pratique politique au niveau le plus élevé (le peuple) avait infléchi la règle constitutionnelle écrite ? La plupart des juristes pensèrent que, de la violation de la norme fondamentale, aucune coutume contraire ne pouvait naître valablement. Sur d'autres points une semblable controverse pourrait s'engager : par exemple, la pratique de la « révocation » du Premier Ministre par le Président de la République (alors que la Constitution ne prévoit que la « révocation » par l'Assemblée Nationale) ou la pratique de la direction politique par le Président de la République, alors que la

Constitution confie au Gouvernement le soin de « déterminer » et de « conduire la politique de la nation ». Mais, sur ces autres points, la controverse elle-même n'est pas claire car on peut soutenir que, dès lors que le Premier Ministre accepte clairement d'être « révoqué » ou que le Gouvernement (et la majorité parlementaire) accepte d'être « guidés » par le Président de la République, la Constitution n'est pas positivement transgressée.

En réalité, le problème le plus important, au point de vue de la théorie du droit est ailleurs : il s'agit de la *coutume jurisprudentielle*.

Il faut bien poser les termes du problème. En consacrant directement ou indirectement l'existence de juridictions jugeant « au nom du peuple français » la Constitution reconnaît que ces juridictions rendent des décisions s'imposant à tous et notamment aux autorités de l'Etat. La force juridique des jugements au sens le plus général du terme témoigne au contraire de ce que la Constitution est, directement ou indirectement, la base formelle du système juridique.

Mais l'autorité de la *jurisprudence* est autre chose que l'autorité des décisions juridictionnelles. En effet, l'autorité d'une décision juridictionnelle est limitée à l'espèce qui en est l'objet. L'autorité de la jurisprudence implique au contraire que la solution rendue à propos d'une espèce sera étendue à d'autres espèces. Or, en droit français, non seulement il n'existe aucune règle en ce sens, mais encore un texte formel (l'article 5 du Code civil) interdit les « arrêts de règlement », c'est-à-dire les décisions de justice par lesquelles le juge entendrait non seulement trancher, pour une espèce donnée, une difficulté juridique, mais encore se lier pour l'avenir à la même solution pour d'autres espèces.

Et cependant, la jurisprudence, en marge du système « officiel » des sources du droit existe, faisant figure de source du droit autonome. Elle ne pose pas de problème théorique majeur en droit privé car, sauf exceptions, la jurisprudence en matière civile ou commerciale est invoquée comme mode d'interprétation du *droit écrit*, à la rigueur comme suppléant à ses lacunes. En droit privé, il s'agit donc d'une source interprétative ou supplétive ne portant pas substantiellement atteinte au monopole du droit écrit dérivé de la Constitution, norme suprême et fondamentale.

Mais, en droit administratif, la jurisprudence est beaucoup plus qu'une source interprétative ou supplétive. Elle a valeur de source *autonome*. Les chapitres essentiels du droit administratif (la nullité des actes administratifs, le régime de contrats administratifs, la responsabilité de l'Etat et des administrations) sont faits de la jurisprudence du Conseil d'Etat. La base du droit administratif est, sur des points essentiels, constituée par une véritable « *common law* », étrangère au système « officiel ».

Il est difficile de ne pas voir là une brèche dans le rattachement formel du système juridique à la Constitution. Non en ce que les décisions de justice font autorité ; ceci découle en effet de la reconnaissance par la Constitution de juridictions décidant « au nom du peuple français ». Mais en ce que l'autorité des décisions de justice s'étend à l'avenir, aux espèces qui n'ont pas encore fait l'objet de décisions. En ce second sens, il s'agit là d'une source du droit non impliquée par la Constitution ou par les lois prises en vertu de celle-ci.

Il ne faut pourtant pas s'exagérer l'importance de cette brèche, et ceci pour deux raisons.

La première est que l'autorité de la jurisprudence est plus «sociologique» que «juridique». La jurisprudence en effet ne s'impose pas en vertu d'une prescription impérative (comme la règle anglaise du précédent) mais en vertu d'une probabilité, à savoir qu'il y a de très grandes chances pour que les tribunaux suivent dans l'avenir la ligne de conduite qui a été la leur dans le passé. Mais ils peuvent changer de jurisprudence sans violer le droit et, en fait, ces revirements de jurisprudence, sur une longue période, sont relativement fréquents. Comme source du droit, la jurisprudence est donc plus un fait social qu'une véritable norme.

La seconde raison est que, si formellement, la jurisprudence, là où elle est véritablement «autonome», c'est-à-dire en droit administratif, contredit, au moins sous certains aspects, le principe selon lequel la Constitution est la base du système juridique, il ne s'ensuit pas que, matériellement, c'est-à-dire par son contenu, la jurisprudence contredise la Constitution. Bien que ce point relève de notre seconde partie, on peut noter, dès maintenant, que, au contraire, le juge administratif s'est très souvent inspiré, notamment dans la protection des droits et des libertés, sous le nom de «principes généraux du droit», de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et ceci à une époque où, faute d'avoir été reprise par la Constitution en vigueur (notamment sous la III^e République), la Déclaration n'était reconnue que comme un exposé de philosophie politique sans effet juridique direct. Ainsi, c'est en vertu de son pouvoir «créateur» de normes que le Conseil d'Etat a appelé à l'existence, ou plutôt à la résurrection juridique, les droits et les libertés proclamés en 1789.

C) L'existence d'un droit communautaire européen

La Communauté européenne est issue des traités de la Communauté «Charbon-Acier» (1951), de la Communauté économique européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique (1957). Elle compte aujourd'hui neuf Etats : France, Grande Bretagne, Italie, République fédérale allemande, Belgique, Pays-Bas, Danemark, Eire, Luxembourg (demain dix avec la Grèce et, sans doute plus tard, l'Espagne et le Portugal).

Ce n'est pas le lieu de décrire ici les traits du droit communautaire, qui se distingue à la fois du droit international classique et du droit interne. Rappelons seulement les deux traits essentiels du point de vue juridique.

Tout d'abord, les décisions régulièrement prises par les autorités communautaires compétentes, notamment le Conseil des ministres, sont, dans certains cas directement applicables dans les Etats membres et ceci sans réception préalable par le droit national. Il en est ainsi en particulier des «règlements» pris par le Conseil des ministres qui, du seul effet de leur publication par le *Journal Officiel des Communautés*, s'imposent au gouvernement, aux personnes physiques et morales et aux tribunaux de chacun des Etats membres. L'effet *self-executing* est parfait, puisque de tels actes communautaires (mais non tous) prévalent sur les lois nationales.

D'autre part, la Cour de justice des Communautés rend des décisions directement exécutoires et obligatoires sans exequatur national sur le territoire de chacun des Etats membres. La Cour de justice de Luxembourg (lieu où elle siège) a d'ailleurs le monopole de l'interprétation des traités et des décisions

communautaires ainsi que de l'appréciation de la régularité de celles-ci et ses décisions, sur ces questions, s'imposent aux juridictions nationales, même du plus haut niveau.

Sans doute, le rattachement théorique des décisions ou jugements communautaires à la Constitution comme base formelle du système juridique français n'est pas contestable. En effet les traités ont été souscrits conformément à la Constitution française et c'est en vertu des obligations ainsi acceptées constitutionnellement que la France est liée par les décisions ou les jugements communautaires. Le processus de rattachement à la Constitution n'est donc pas interrompu.

Il ne demeure pas moins que, même en tenant compte de ce rattachement théorique, le droit communautaire est tout à la fois très indépendant des droits nationaux et supérieur à ceux-ci. Il ne s'agit pas seulement du fait que la France est liée par les engagements résultant directement des traités communautaires, comme c'est le cas pour tous les engagements internationaux dans le droit international classique, mais aussi par les règles nouvelles posées par les organismes communautaires selon un processus de «création continue». Il y a donc un certain «détachement» au moins de fait du droit communautaire par rapport à la Constitution en tant que base formelle du système juridique.

Cette constatation doit être pourant à son tour tempérée par diverses observations. Tout d'abord, cette situation est acceptée par la majorité de l'opinion française et le Marché commun (Communauté économique européenne) qui est l'essentiel de la construction européenne n'est remis en question dans son principe par aucun des principaux partis français. D'autre part, si les Traités européens prévoient qu'en certains cas, le Conseil des ministres, qui est le véritable législateur communautaire (la Commission n'ayant que des pouvoirs de proposition et d'exécution), peut statuer à la majorité «qualifiée», en fait les décisions importantes sont toujours prises, selon le vœu de la France, à l'unanimité. Enfin, l'on a déjà dit que le Conseil constitutionnel avait pris soin, dans sa jurisprudence, de poser en principe que, si le jeu des traités européens devait conduire à des restrictions nouvelles à la souveraineté nationale de la France, ce ne pourrait être qu'après une révision en ce sens de la Constitution.

D) Vue d'ensemble sur la première partie

Le bilan que l'on peut maintenant dresser de «la Constitution comme base formelle du système juridique français» est au total assez simple :

L'intégration formelle du système juridique français à sa base constitutionnelle est plus poussée aujourd'hui qu'elle ne le fut à aucun autre moment de l'histoire française et ceci grâce à la force particulière que la Constitution de 1958 a donnée au principe de la suprématie constitutionnelle et surtout grâce à l'institution d'un véritable juge constitutionnel.

Cette intégration n'est pas parfaite, mais ses imperfections appellent un jugement nuancé :

En ce qui concerne les insuffisances et les lacunes du système de contrôle de constitutionnalité, elles ont été largement comblées par la révision de 1974 et d'autres progrès pourraient être faits dans

En ce qui concerne le développement, en marge du système « officiel » des sources du droit, d'une coutume jurisprudentielle, si elle constitue une entorse formelle au principe de « la Constitution base du système juridique », il est loin de desservir, du point de vue matériel, la suprématie constitutionnelle :

Enfin, le développement du droit communautaire, moins contrairement qu'il ne le semble au rattachement à la Constitution, est la conséquence de la construction européenne qui, jusqu'ici, a correspondu à la volonté de la majorité des Français et qui ne contredit pas par conséquent la démocratie.

II

LA CONSTITUTION,

BASE MATÉRIELLE DU SYSTÈME JURIDIQUE

Étudier la Constitution comme base matérielle du système juridique, c'est déterminer dans quelle mesure son contenu fonde les règles applicables dans les différentes branches du droit. Il ne s'agit plus de rechercher si l'établissement de ces règles relève d'organes et de procédures déterminés directement ou indirectement par la Constitution, mais de savoir si, quel que soit leur auteur, ces règles se rattachent aux normes fondamentales définies et imposées par le texte constitutionnel.

A cet égard, pour être la base matérielle du système juridique, la Constitution doit contenir les principes qui le gouvernent et prévaloir sur toutes autres mesures.

Logiquement, il devrait toujours en être ainsi. La Constitution n'est pas seulement destinée à organiser les pouvoirs publics, fixer leur composition, définir leur compétence, régir leurs rapports, préciser leur procédure : elle établit le cadre de la vie sociale, donc de la vie juridique, et par là même, doit comporter les normes de fond qui la régissent. Même limitée à la désignation et au fonctionnement des organes de l'État, une constitution révèle implicitement une certaine conception, à la fois politique et juridique, d'où peuvent être dégagés, au moins indirectement, certains principes que le système juridique doit mettre en œuvre. On pourrait ainsi, considérer que toute constitution constitue la base matérielle du système juridique. Mais elle ne l'est véritablement que si, au-delà de l'organisation des pouvoirs publics, elle définit expressément les principes sur lesquels elle est fondée et, en tout cas, sur lesquels elle fonde, non seulement l'organisation qu'elle met en place, mais l'action qui doit être mise en œuvre. Elle ne le fait utilement que si tous ces principes peuvent être effectivement imposés à toutes les autorités, dans tous les actes qu'elles adoptent, spécialement au législateur.

Historiquement, lorsque la France s'est, pour la première fois, dotée d'un système constitutionnel, elle a formulé préalablement les Droits de l'Homme et du citoyen (1789) par une Déclaration qui, si elle dépassait, par sa portée universelle, la Constitution subséquente (1791) y a été placée en tête comme

devant commander l'ordre juridique nouveau, assuré par des dispositions fondamentales garanties par la Constitution elle-même. Mais l'absence de tout contrôle de constitutionnalité minait déjà l'autorité des principes constitutionnels ; la confiance absolue des constituants dans la loi, dont ils n'envisageaient pas qu'elle pût être contraire à la Constitution, aboutissant à faire de la Loi plus que de la Constitution, la base du système juridique.

Les autres Constitutions révolutionnaires (1793, an III), pour reprendre quelque peu les principes fondamentaux, n'en modifiaient pas la portée : la souveraineté de la loi était toujours de nature à faire écran entre eux et le système juridique.

Paradoxalement, c'est sans doute le régime le moins constitutionnel (le Consulat et l'Empire), ne proclamant plus guère dans sa Constitution de droits et de principes fondamentaux, qui, en droit, voulut assurer aux normes constitutionnelles, non seulement une place prééminente, mais une efficacité réelle par l'attribution au « Sénat conservateur » du pouvoir de maintenir ou d'annuler « tous les actes qui leur sont déferés comme inconstitutionnels » (art. 21 de la Constitution de l'an VIII).

Ni la Restauration, ni la Monarchie de Juillet, ni la II^e République, ni le Second Empire, en dépit de la proclamation constitutionnelle de certains des principes qui devaient les régir (par renvoi, dans certains cas, à ceux de 1789) ne sont parvenus à assurer la convergence d'une part de la définition par la Constitution des principes de base du système juridique et, d'autre part, de l'institution des mécanismes en garantissant l'efficacité.

Depuis l'avènement définitif de la République, c'est cette convergence qui s'est lentement réalisée ; elle n'a peut-être été ni consciente ni systématique ; en une centaine d'années, elle s'est pourtant produite, par apport successif de chaque régime. Paradoxalement ici encore, alors que chacun d'entre eux a été établi en rupture avec le précédent, ils ont tous assuré une progression, une confirmation, un renforcement du rôle de la Constitution dans la détermination des principes gouvernant l'État et le droit.

Cette évolution s'est manifestée dans les deux conditions qui doivent être remplies pour que la Constitution puisse être la base matérielle du système juridique : elle a abouti à la détermination d'un corps de règles dont non seulement le contenu est défini constitutionnellement (A), mais dont l'autorité est garantie au niveau constitutionnel (B).

A) *La constitution, base matérielle du système juridique par son contenu*

Lorsque la Constitution exprime ouvertement les principes qui doivent guider les pouvoirs qu'elle institue, elle crée, par là même, la base matérielle du système juridique : bien plus, elle est cette base matérielle.

Il a fallu longtemps en France pour qu'il en soit ainsi. Pendant toute la III^e République, en l'absence de dispositions constitutionnelles, la base matérielle du système juridique a été trouvée ailleurs (1^o) : ce n'est qu'avec la IV^e et la V^e République qu'elle a pu être définie dans la Constitution (2^o).

1) *Les principes de base du système juridique en dehors de la Constitution*

Pour n'avoir voulu fonder qu'un régime provisoire et, en tout cas, n'assurément strictement, par un compromis ne fixant ni l'avenir ni les principes du régime, que l'organisation des pouvoirs publics, les lois constitutionnelles de 1875 n'ont exprimé aucun principe de nature à fonder le système juridique.

Explicitement, l'équilibre entre pouvoirs qu'elles ont tenu à établir faisait référence à une philosophie libérale d'où découlent certains principes essentiels de la vie juridique. De même, l'instauration du régime républicain qu'elles ont confirmée impliquait la mise en œuvre d'un certain nombre de normes fondamentales auxquelles historiquement il est lié en France.

Mais rien n'était expressément précisé : et si l'on peut démontrer que la République libérale est fondée sur certaines règles, à moins que ce ne soit elle qui les fonde, il faut encore en déterminer le contenu par une analyse et une interprétation qui ne sont pas étroitement commandées par la Constitution.

Les organes qu'elle a mis en place ont pu y procéder. Leur rattachement à la Constitution permettrait de voir dans leur œuvre un prolongement constitutionnel, mais beaucoup plus du point de vue formel que du point de vue matériel : à cet égard, le législateur gardait une faculté d'appréciation tenant autant à ce que les textes constitutionnels ne formulaient expressément aucun principe qu'à ce qu'il disposait d'une liberté entière de comportement (*supra* 1^{re} partie).

Du moins, les grandes lois de la III^e République, garantissant des libertés dans les domaines essentiels, peuvent-elles être considérées comme développant des prémisses que l'organisation des pouvoirs publics par les textes constitutionnels contenait en germe : ainsi la liberté de la presse (1881), la laïcité et la gratuité de l'enseignement (1882), la liberté syndicale (1884), l'autonomie communale (1884), la liberté d'association (1901), la laïcité de l'État et la liberté religieuse (1905) etc...

On peut démontrer que le législateur développait ainsi des principes qui se trouvaient à l'état latent dans les textes constitutionnels. On peut aussi bien considérer que c'est moins dans ces textes que dans les lois elles-mêmes que se trouveraient établies les bases du système juridique. Aussi bien elles ne couvraient que certains aspects du système juridique sans l'englober dans sa totalité.

C'est à la jurisprudence qu'il est revenu de dégager les normes qui le couvrent dans son ensemble. On a vu (1^{re} partie) que formellement elle ne peut même plus être rattachée à la Constitution : matériellement, les principes qu'elle a reconnus ne sont qu'indirectement rattachables à ce texte.

Elle ne s'y est d'ailleurs pas expressément référée. Elle s'est fondée plus largement sur «des principes traditionnels écrits ou non écrits, qui sont en quelque sorte inhérents à notre droit public et administratif» (1), parce qu'ils résultent de «la tradition républicaine» — telle qu'elle s'est manifestée notam-

ment à travers la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Aucune disposition constitutionnelle de la III^e République n'a expressément entériné celle-ci. Elle a pourtant inspiré la jurisprudence qui, sans en faire mention, en a animé ses décisions.

C'est ainsi qu'ont pu être affirmés les principes d'égalité (2), de liberté (3), des droits de la défense (4), etc...

Ainsi est née la théorie des principes généraux du droit (5), par laquelle la jurisprudence a admis «qu'à côté des lois écrites existent de grands principes dont la reconnaissance comme règles de droit est indispensable pour compléter le cadre juridique dans lequel doit évoluer la notion, étant donné les institutions politiques et économiques qui sont les siennes» (6). Ils sont constitués par «ces principes fondamentaux de notre organisation politique qui, sans être inscrits dans aucun texte, ont pénétré depuis 150 ans, toutes nos institutions et dominé notre législation» (7). La considération des institutions politiques sert d'appui à la découverte de ces principes : en ce sens, on peut encore essayer de donner aux principes généraux du droit une assise constitutionnelle ; mais le lien est si lâche qu'on peut considérer qu'ils existent non seulement à côté des lois écrites, mais en dehors de la Constitution.

C'est sans doute cette raison qui a conduit le Conseil d'État à une relative prudence dans la construction du système des principes généraux du droit sous la III^e République.

Ils ont connu leur plein développement avec la IV^e et la V^e Républiques. C'est à la fois logique et paradoxal. Logique puisque la formulation expresse des principes fondant ces régimes dans leurs Constitutions permettait d'y associer solidement les principes généraux du droit découverts précédemment en dehors de tout texte. Paradoxal, puisque les affirmations des textes constitutionnels ne rendaient apparemment pas nécessaire le développement des principes généraux du droit en dehors d'eux.

C'est pourtant ce système qui a continué à prévaloir : dans une large mesure, même inspirés par des dispositions rappelées ou contenues dans la Constitution, les principes généraux du droit peuvent apparaître comme une source du droit qui n'est certes pas étrangère à la Constitution, mais qui est autonome par rapport à elle.

Cela se manifeste chaque fois qu'un principe général du droit est affirmé sans référence à la Constitution.

(2) Devant la loi et le règlement : C.E. 9 mai 1913, *Roubeau* ; devant l'impôt : C.E. 10 février 1928, *Chambre syndicale des propriétaires marseillais* ; 23 novembre 1936 ; *Abdouloussen* ; devant les charges d'un service public : C.E. 10 février 1928, *Chambre syndicale des propriétaires marseillais* ; devant les charges publiques : C.E. 2 juin 1944, *Fays*, et 4 février 1944, *Guleysse* ; devant le service public : C.E. 1^{er} avril 1938, *Sic de Falcooni dénutratur de Coubert*.

(3) Individuelle, commerciale : C.E. 18 février 1919, *dames Dol et Laurent*.

(4) C.E. 5 mai 1944, *dame Trompier Gravier*.

(5) Cf. B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, 1954 ; M. LETOURNEUR, «Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État», *E.D.C.E.*, 1951.

(6) M. LETOURNEUR, concl. sur C.E. 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, *Dr. soc.*, 1951, 368.

(7) B. CHENOT, concl. sur C.E. 4 février 1944, *Guleysse*, *R.D.P.* 1944, 158.

Tantôt cette référence est impossible car la Constitution même depuis 1946 reste muette sur la question en cause : ainsi en est-il par exemple des droits de la défense, déjà cités, de la liberté du commerce et de l'industrie (8), de la non-rétroactivité des actes administratifs (9), de l'existence de recours juridictionnels (10), du pouvoir hiérarchique (11), de la continuité du service public (12), de la publicité des débats judiciaires (13). Le Conseil constitutionnel lui-même a pu formuler des principes généraux du droit dont le lien avec les formules constitutionnelles est parfois incertain (le principe selon lequel le silence gardé par l'administration vaut décision de rejet : C. const. 26 juin 1969 ; le principe de non-rétroactivité des actes administratifs : C. const. 24 octobre 1969 ; le principe du respect des droits de la défense : C. const. 21 décembre 1972). On peut expliquer l'absence de référence à la Constitution par la considération du niveau inférieur à la Constitution des principes en cause : si désormais la Constitution exprime les principes de base du système juridique, cela n'exclut pas que d'autres principes, de niveau moins élevé, existent. Leur formulation sans référence à la Constitution ne signifie pas qu'ils sont autonomes par rapport à elle, mais seulement qu'ils sont inférieurs à elle.

Tantôt cependant des principes qui trouvent dans la Constitution une exacte correspondance, sont formulés par la jurisprudence sans que la Constitution soit citée. Cette méthode se remarque surtout sous la IV^e République, au moment où la théorie des principes généraux du droit prend tout son essor dans une large autonomie par rapport à la Constitution. Notamment différents aspects du principe d'égalité auquel le texte de 1946 faisait pourtant une large place, ont pu être précisés par la jurisprudence administrative sans que ce texte soit visé (14).

La relation entre les principes généraux du droit et les dispositions constitutionnelles n'a pourtant pas été méconnue. On peut même constater qu'elle s'est progressivement renforcée. Déjà sous la IV^e République, le principe d'égalité des hommes et des femmes a été directement rattaché au préambule de la Constitution (15) ; le Conseil d'Etat a invoqué « les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et réaffirmés par le préambule de la Constitution » pour reconnaître la liberté d'association aux citoyens de l'Union française (16). Avec la V^e République, le mouvement s'amplifie : désormais des principes généraux du droit sont invoqués comme « garantis notamment par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le pré-

ambule de la Constitution du 4 octobre 1958 » (17) ou comme « résultant notamment du préambule » (18). Ce « notamment » implique que les principes généraux du droit ont également une source autre que la Constitution ; du moins celle-ci est-elle l'une de leurs bases ; elle est même la principale ; il ne faut franchir qu'un pas pour qu'elle soit la seule.

2) Les principes de base du système juridique dans la Constitution

Pour reconstruire l'Etat à partir de principes essentiels, méconnus ou même bafoués antérieurement, les constituants de 1946 ont voulu les proclamer solennellement de telle sorte qu'ils ne puissent plus être ignorés et violés et qu'ils guident l'action des pouvoirs publics dans leur ensemble. Ils ont voulu à la fois reprendre des principes qui, dans le passé, avaient déjà été déclarés et mis en œuvre et en formuler de nouveaux, plus adaptés au temps présent, et dont la combinaison avec les précédents est d'ailleurs parfois problématique. C'est ainsi que le préambule de la Constitution de 1946 réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'Homme et du Citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. « Il proclame en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps (des) principes politiques, économiques et sociaux » qu'il énumère.

On s'était demandé à l'époque, si l'on devait regarder le préambule comme une déclaration de principes moraux ou comme un corps de règles juridiques de nature constitutionnelle (19). La question pouvait être posée à la fois parce que le préambule n'était pas intégré au dispositif même de la Constitution et que l'autorité n'en était pas assurée vis-à-vis du législateur. Mais la présentation d'un texte n'est pas suffisante pour lui dénier toute portée, et sa sanction, si elle en renforce ou en restreint la portée (*infra* B), ne l'est pas non plus pour remettre en cause sa nature. C'est pourquoi on a pu démontrer que « le préambule, texte voté par la Constituante sous le titre général recouvrant l'ensemble du texte constitutionnel, soumis comme tel au référendum, fait partie intégrante de la Constitution et a, au minimum, une valeur juridique égale à celle-cis » (20).

La V^e République, dont les institutions ont été établies en réaction par rapport à celles de la IV^e, a, quant aux principes qui la fondent et qu'elle fonde, entériné exactement ceux de la IV^e : en effet, dans le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, « le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 ». La place de ces dispositions dans la Constitution a été affirmée de manière laconique par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 16 juillet 1971 : « Vu la Constitution et notamment pour préambule ». Désormais il lui suffit de viser la

(8) C.E. 22 juin 1951, *Daucligne*, *Leb.*, p. 362 ; 29 juillet 1953, *Société générale des travaux chronométriques*, *Leb.*, p. 430.

(9) C.E. 25 juin 1948, *Sté du Journal et l'Aurore*.

(10) C.E. 17 février 1950, *dame Lamotte*.

(11) C.E. 30 juin 1950, *Quérault*.

(12) C.E. 4 avril 1952, *Quotidiens d'Algérie*.

(13) C.E. 4 octobre 1974, *dame David*.

(14) C.E. 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire* ; 7 février 1958, *Syndicat des propriétaires de chènes-lièges d'Algérie*.

(15) C.E. 2 janvier 1956, *Syndicat autonome du cadre de l'administration des colonies* ; 2 mai 1959, *dame Vianoux*.

(16) C.E. 11 juillet 1956, *Anticiale des Annuités de Paris*.

(17) C.E. 28 octobre 1960, *Martial de Laboulaye*.

(18) C.E. 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils* ; 8 décembre 1978, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés*.

(19) G. VEDEL, *Droit constitutionnel*, 1949, p. 326.

(20) G. VEDEL, *op. cit.*, p. 326 ; J. RIVERO et G. VEDEL, « Les principes économiques et sociaux et la Constitution du 27 octobre 1946 », *Droit social*, XXXI.

Constitution, sans autre précision, pour s'appuyer sur son Préambule (par ex. 23 novembre 1977).

D'ailleurs les articles de la Constitution de 1958 reprennent eux-mêmes certains principes déjà inclus dans le Préambule. Notamment «l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion», est réitérée à l'article 2 et précisée à l'article 3 pour le suffrage. Ce principe peut donc être invoqué aussi bien comme «contenu dans la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le Préambule de la Constitution» (C. const. 27 décembre 1973) que comme formulé aux articles 2 et 3 de la Constitution (C. const. 17 janvier 1979).

Une formulation aussi explicite ne permet de douter ni de l'existence ni du contenu du principe. Sa généralité même permet d'en déterminer l'étendue : le principe d'égalité vaut aussi bien devant la loi (C. const. 27 décembre 1973) que devant la justice (C. const. 23 juillet 1975), entre les citoyens en général qu'entre les fonctionnaires en particulier (C. const. 15 juillet 1976). Tous les aspects du principe d'égalité qui ont pu être dégagés en dehors de la Constitution (*supra* 1°) peuvent y être désormais directement relés.

«La tradition républicaine» qui, avant 1946, fondait ces principes s'est également trouvée intégrée à la Constitution par le rappel des «principes fondamentaux reconnus par les lois de la République» (21) ; désormais, ils ont valeur constitutionnelle, alors qu'ils ne résultaient initialement que de la loi. Ainsi se trouve non seulement confirmée mais renforcée l'œuvre de la République : les bases du système juridique que ces lois établissaient déjà (*supra* 1°) se trouvent élevées au plus haut niveau.

Toutefois le laconisme volontaire et ambigu de la formule qui exhausse les principes ne permet pas d'en savoir exactement la teneur. Jamais sous la IV^e République ils n'avaient pu être précisés. C'est sous la V^e République que, grâce aux procédures organisées (1^{re} partie), ils ont commencé à l'être : ainsi ont été rangés dans les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République le principe de la liberté d'association (C. const. 6 juillet 1971), celui de la liberté individuelle (C. const. 12 janvier 1977), celui de la liberté d'enseignement (C. const. 23 novembre 1977). La liste n'est certainement pas close. Mais elle ne pourra être dégagée avec certitude qu'au fur et à mesure que les recours destinés à les sanctionner auront permis en même temps de les affirmer (*infra* B 2°).

Pour les principes nouveaux, «particulièrement nécessaires à notre temps» (22), le Préambule de 1946 a dû nécessairement donner une formulation expresse.

Le système juridique s'y est adapté immédiatement. Ainsi, le droit de grève dénié aux fonctionnaires sous la III^e République, leur est désormais reconnu en raison de sa seule mention dans le Préambule de la Constitution de 1946 (23).

(21) J. RIVERO, «Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : une nouvelle catégorie constitutionnelle ?», D. 1974 *chr.* 275.

(22) Cf. M. DEBENE, «Le Conseil constitutionnel et les principes particulièrement nécessaires à notre temps», A.J.D.A. 1978, 531.

(23) C.E. 7 juillet 1950, DEHAENE.

De même, «la participation des travailleurs, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la détermination collective des conditions de travail» implique un certain nombre d'institutions aussi bien en droit du travail et en droit syndical (C. const. 5 juillet 1977 ; 20 janvier 1978) que dans le droit de la fonction publique (C. const. 20 juillet 1977) : «la protection de la santé» que «la Nation» garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs implique également que l'ordre juridique comporte certaines réalisations (C. const. 15 janvier 1975 et 18 janvier 1978). Dans toutes ces décisions, le Conseil constitutionnel a pu expliciter les principes contenus dans la Constitution et s'assurer en même temps de leur respect : bien plus, il n'a pu les expliciter que parce qu'il a pu les sanctionner.

B) La Constitution, base matérielle du système juridique par son autorité

L'affirmation par la Constitution des principes de base du système juridique reste purement formelle si elle n'est pas garantie par des mécanismes en imposant le respect à l'ensemble des autorités et les faisant prévaloir sur tous les actes qu'elles peuvent adopter. L'existence de cette sanction est déjà nécessaire pour reconnaître la Constitution comme base formelle du système juridique : elle garantit formellement qu'il y est soumis (cf. 1^{re} partie). Mais elle est aussi nécessaire pour reconnaître au contenu même la Constitution une place préminente : ce n'est que si une sanction existe formellement, que la hiérarchie constitutionnelle est assurée matériellement. Il y a donc lieu de la reprendre ici sinon dans son mécanisme, du moins pour en déterminer la portée. Si certains organes peuvent s'en écarter, si certaines mesures peuvent y échapper sans qu'on puisse les ramener à l'observation des normes fondamentales, les déclarations constitutionnelles, étant inefficaces, ne peuvent fonder réellement le système juridique. Sans doute, théoriquement et abstraitement, peut-on toujours considérer que la Constitution est la base du système juridique, puisque les principes qu'elle proclame doivent, normalement, être mis en œuvre dans toutes les branches du droit. Mais ces principes restent vains et cette hiérarchie est brisée si, faute de sanction organisée, leur application n'est pas garantie.

A cet égard, l'une des caractéristiques du système juridique français — le rôle préminent du législateur et la place privilégiée de la loi — sont de nature à entraver cette application.

Certes, vis-à-vis des actes autres que la loi, les principes constitutionnels ont toujours pu prévaloir (1°) ; mais vis-à-vis de la loi, ils ne peuvent l'emporter que depuis une période récente (2°).

1) L'autorité de la Constitution vis-à-vis des actes autres que la loi

En droit privé comme en droit public, dans l'ordre administratif comme dans l'ordre judiciaire, les principes constitutionnels ont toujours pu être garantis quand aucune loi n'était en cause : les actes administratifs comme les actes privés ont toujours pu y être confrontés au cours de procédures judiciaires dirigées contre eux.

Spécialement, en matière administrative, le recours pour excès de pouvoir, qui peut être dirigé contre tous les actes des autorités administratives, y compris les décrets du Président de la République (24) permet de vérifier qu'ils respectent la Constitution et, dans la négative, de les annuler (pour un exemple récent : C.E. 8 décembre 1978, précité, à propos d'un décret restreignant l'entrée en France des familles des travailleurs étrangers) ; l'exception d'illégalité permet aussi d'écarter les mesures qui lui sont contraires (25).

C'est d'ailleurs par de tels mécanismes que le Conseil d'Etat a pu, avant même que la Constitution ne les reprenne, proclamer les principes généraux du droit (*supra* A-1°), et que, depuis qu'elle y fait référence, il les a réaffirmés. En cas de modification des données constitutionnelles, il n'a pas hésité à faire prévaloir les nouvelles normes applicables : ainsi par exemple, pour le droit de grève des fonctionnaires après 1946.

Les tribunaux judiciaires font, de la même manière, dans les procès privés, respecter les principes constitutionnels : ainsi l'égalité des religions et des races (Trib. civ. Seine 21 avril 1948, *Dr. soc.* 1948.258, note P. Durand), la liberté d'opinion (Besançon, 17 janvier 1964, D. 1964-542), la liberté d'expression (Aix, 13 octobre 1959, D. 1960.678), le droit de propriété (Trib. civ. Versailles, 25 novembre 1950, *Dr. soc.* 1951-33), la liberté syndicale (Cass. 13 mai 1969 ; 13 mai 1969, 4 juin 1969, *J.C.P.* 1970.II.16.208) etc. (26).

L'efficacité de ces solutions est certaine : elles font pénétrer les principes de la Constitution dans toutes les branches du droit ; elles assurent la place de la Constitution à la base de tout le système juridique.

Mais cette efficacité n'est pas totale : dans certains cas, les principes constitutionnels ne peuvent s'appliquer indépendamment de la loi ; dans tous les cas, les mêmes principes pourraient s'appliquer indépendamment de la Constitution.

L'impossibilité d'appliquer les principes constitutionnels sans l'intervention d'une loi apparaît lorsqu'ils sont formulés en termes trop généraux et imprécis pour pouvoir entraîner des conséquences directes et pour permettre au juge d'en imposer exactement le respect.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat a considéré (27) que «si, en vertu du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958, «la Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les français devant les charges résultant des calamités nationales», le principe ainsi posé, en l'absence de disposition législative précise en assurant l'application, ne peut servir de base à une action contentieuse en indemnité». Sans doute l'arrêt ne porte-t-il expressément que sur le recours en cause ne mais on peut en extrapoler plus généralement que la disposition en cause ne serait pas beaucoup plus efficace sur le terrain de la légalité. La même solution

(24) C.E. 6 décembre 1907, *Cie des Chemins de fer de l'Est*.

(25) Cf. F. BATAILLER, *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel*, 1966.

(26) Cf. G. DRUESNE, «La jurisprudence constitutionnelle des tribunaux judiciaires sous la Ve République», *R.D.P.*, 1974, 169.

(27) 10 décembre 1962, *Société indochinoise de constructions électriques*, et 29 novembre 1965, *Tallagrand*.

pourrait être appliquée à d'autres expressions du Préambule, trop générales pour être déterminantes sans prolongement législatif (par exemple : «la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement»).

Dans de telles hypothèses, si les principes constitutionnels ne pénètrent pas dans l'ordonnement juridique sans le concours du législateur et si les mécanismes juridictionnels de droit commun ne peuvent, à eux seuls, suffire à les faire prévaloir, on peut considérer que la raison en tient moins à ces mécanismes juridictionnels qu'aux principes considérés eux-mêmes. S'ils ne fondent pas directement le système juridique, on peut démontrer que cela tient, non au défaut de sanction, mais à l'insuffisance du contenu.

En revanche, les principes formulés dans la Constitution peuvent être considérés comme s'imposant aux actes autres que la loi indépendamment de la Constitution, sans qu'une valeur constitutionnelle soit nécessaire à leur autorité.

La démonstration a parfaitement été établie par R. Chapus à l'occasion notamment de l'examen de la soumission des règlements autonomes de la Constitution de 1958 aux principes généraux du droit (28). Elle est fondée sur la considération des pouvoirs détenus par le juge dans l'exercice de son contrôle sur les actes dont il est saisi et à l'égard desquels il peut faire prévaloir certains principes : le juge ordinaire — qu'il soit administratif ou judiciaire — est, d'une part, soumis à la loi et doit toujours la respecter (cf. *infra* 2°) ; d'autre part les règles qu'il pose et dont il impose le respect sont supérieures à la manifestation la plus élevée du pouvoir administratif, c'est-à-dire le décret. «Dès lors, comme on l'a écrit (29), les principes généraux du droit n'ont pas besoin d'être qualifiés comme ayant valeur législative, supra-législative ou paracconstitutionnelle pour être considérés comme s'imposant à l'Administration : il suffit que ces principes généraux que le juge constate ou que le juge pose aient une valeur «supra-décrétale» pour qu'immédiatement apparaisse la nécessité pour l'Administration, même dans les domaines où elle a un pouvoir autonome, de se subordonner à eux, à ces principes généraux... Dès lors, l'organisation même de notre ordonnancement juridique, la place respective de la loi, du juge et de l'Administration dans le système de contrôle juridictionnel suffisent, sans autres explications tirées d'une hiérarchie des règles de droit qui s'efforceraient d'être complète, allant de la Constitution jusqu'au dernier des actes administratifs».

L'analyse vaut aussi bien pour des principes qui sont contenus dans la Constitution que pour ceux qui sont découverts en dehors d'elle : dans tous les cas, il n'est pas nécessaire que ces principes soient constitutionnels pour qu'ils s'imposent aux actes autres que la loi. Ils peuvent même être inférieurs à la loi : il suffit qu'ils soient supérieurs au décret pour s'imposer.

Ce n'est qu'à partir du moment où ils doivent être respectés par la loi elle-même qu'ils sont nécessairement constitutionnels et que la Constitution est réellement la base matérielle du système juridique.

(28) «De la soumission au droit des règlements autonomes», *D.* 1960, Chr. 124 ; «De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif», *D.* 1966, Chr. 99.

2) *L'autorité de la Constitution vis-à-vis de la loi*

S'il est un principe qui a dominé pendant longtemps les institutions françaises, c'est bien celui de la souveraineté parlementaire et législative. La Déclaration de 1789 elle-même, faisait une confiance absolue à la loi et y voyait la meilleure garantie des droits et libertés : c'est bien pourquoi, ne pouvant les violer, elle ne pouvait être contrôlée. « La tradition républicaine » a repris ce principe autant que les règles de fond déjà évoquées : dès lors, celles-ci pouvaient être remises en cause par celle-ci. Faute de pouvoir être protégées contre la loi, elles pouvaient être écartées par la loi : leur autorité ne pouvant être assurée, leur niveau s'en trouvait abaissé. Ce n'est qu'à partir du moment où ont été organisés des mécanismes permettant de contrôler la loi elle-même au respect des principes inscrits dans la Constitution que ces principes sont devenus véritablement constitutionnels dans leur autorité autant que dans leur formulation.

Cela n'a pu se faire qu'au terme d'une lente évolution et dans des conditions qui sont encore limitées.

Sous tous les régimes, de la III^e à la V^e Républiques, les juridictions ordinaires, qu'elles soient administratives ou judiciaires, ont refusé, par référence à « la tradition républicaine », de contrôler la constitutionnalité des lois. Le statut donné à la loi par les différents textes constitutionnels ne pouvait que les inciter à cette réserve.

Dans les lois constitutionnelles de 1875, l'absence de toute déclaration de principes (*supra* II.A. 1^o) rendait déjà difficile, voire impossible la confrontation de la loi à une norme constitutionnelle ; la place des Chambres dans l'organisation des pouvoirs publics, en droit et surtout en fait, n'inclut pas à les censurer ; aucune juridiction n'était spécialement chargée de le faire ; aucune n'a voulu le faire (30).

La Constitution de 1946 a voulu faire prévaloir des principes nouveaux ; elle n'a pas abandonné les principes anciens, ni quant au fond (*supra* II. A. 1^o) ni quant à la souveraineté législative. Alors même qu'elle affirmait solennellement, dans son préambule, un certain nombre de principes et qu'elle organisait un contrôle de constitutionnalité des lois, elle en écartait le Préambule : le Comité constitutionnel ne pouvait être saisi d'un texte de loi qui lui eût été contraire. Ainsi en exhaussant certains principes au niveau constitutionnel par leur formulation, la Constitution de 1946 les maintenait à un niveau infra-constitutionnel et même infra-législatif par leur sanction. C'était une raison supplémentaire pour les juridictions ordinaires de continuer à ne pas apprécier elles-mêmes la constitutionnalité des lois (Cass. 20 décembre 1956, 3 janvier 1958).

C'est seulement la Constitution de 1958 qui, en organisant un contrôle de la constitutionnalité des lois, a permis de donner aux principes constitutionnels la sanction nécessaire pour être réellement la base du système juridique dans son ensemble.

Certes, les juridictions de droit commun ne sont toujours pas à même de confronter les lois à la Constitution ; ainsi « le moyen tiré de ce que les dis-

positions d'un arrêté intervenu dans les conditions fixées par la loi, auraient méconnu le principe de gratuité de l'enseignement posé dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958 est inopérant » (31).

Certes, également, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi que dans des conditions qui, pour avoir été élargies, restent limitées (cf. 1^{re} partie). Une loi qui méconnaîtrait les principes proclamés par la Constitution et qui n'aurait pas fait l'objet d'un tel recours ne pourrait plus être censurée : l'autorité des principes de la constitution serait remise en cause.

Mais pour reconnaître à ces principes valeur constitutionnelle, il suffit de constater qu'ils peuvent effectivement servir de base à un recours contre la loi et à une déclaration d'inconstitutionnalité de celle-ci.

Or, le Conseil constitutionnel a développé son contrôle de la constitutionnalité des lois, en se basant sur les principes contenus, expressément ou par renvoi aux textes de 1789, de la III^e République et de 1946, dans le Préambule ou le corps même de la Constitution de 1958. Il l'a fait surtout depuis 1971, et plus encore depuis 1974, l'élargissement de sa saisine lui donnant plus souvent l'occasion, à la fois de les définir (*supra* A. 2^o) et de les faire respecter : par exemple déclaration d'inconstitutionnalité des lois limitant la liberté d'association (16 juillet 1971) et la liberté individuelle (12 janvier 1977) méconnaissant l'égalité devant la loi (28 décembre 1973, 17 janvier 1979) et devant la justice (23 juillet 1975). Même si le contrôle effectué n'aboutit pas toujours à la censure de la loi, il suffit qu'il s'exerce ou même seulement qu'il puisse être exercé pour que l'autorité des règles qu'il garantit soit assurée (par exemple la liberté individuelle : 15 janvier 1975 ; l'égalité entre fonctionnaires : 15 juillet 1976 ; la liberté d'enseignement : 25 novembre 1977 ; la participation des travailleurs à la détermination des conditions de travail : 5 juillet 1977).

Ainsi a pu être développé le principe de constitutionnalité (32) à la fois dans son contenu, en précisant les règles que la Constitution se borne à indiquer trop évasivement, et plus généralement en reconnaissant les principes de valeur constitutionnelle (15 juillet 1976), et dans sa portée, en exigeant un rapport de conformité et, à tout le moins, de non-contradiction ou de compatibilité (C. const. 15 janvier 1975) entre la loi et la Constitution.

Dès lors la théorie des principes généraux du droit s'est trouvée transformée (33). On ne peut plus les considérer tous comme inférieurs à la loi et supérieurs au règlement : tous ceux d'entre eux qui, contenus dans le corps constitutionnel, s'imposent au législateur, sont nécessairement de valeur constitutionnelle.

Il n'y a donc plus, désormais de hiatus entre la Constitution et le système juridique. Les normes constitutionnelles s'imposent désormais autant aux

(31) C.E. 28 janvier 1972, *Conseil transitoire de la Faculté des lettres et sciences humaines de Paris* ; dans le même sens, Cass. 3 février 1960.

(32) Cf. L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité », *Mélanges Eisenmann*, 1975.

(33) Cf. MESCHERIAKOFF, « La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente », *A.J.D.A.* 1976, 596 ; MORANGE, « Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit », *R.D.P.* 1977, 761.

lois qu'aux autres actes. La loi y est soumise comme le règlement autonome. Les principes que la Constitution exprime sont désormais constitutionnels aussi bien dans leur formulation que dans leur sanction.

La pyramide juridique n'a plus de faille ; ou s'il en subsiste, en raison des limites procédurales du contrôle de constitutionnalité des lois, elles ne sont plus assez importantes pour compromettre la solidité de l'édifice. Désormais il repose matériellement sur la Constitution.