

Droit administratif 1 : L'action administrative

Leçon 2 : Les sources du droit administratif

Jean-Marie Pontier

Table des matières

Section 1. Introduction.....	p. 3
Section 2. Les Sources de rang constitutionnel.....	p. 4
§ 1. La Constitution proprement dite.....	p. 4
A. La supériorité de la norme constitutionnelle sur les autres normes.....	p. 4
1. La conception traditionnelle de la loi en France de la Révolution à 1958.....	p. 5
2. Le système de la Constitution de 1958.....	p. 6
B. La reconnaissance par le juge de la supériorité de la norme constitutionnelle.....	p. 7
§ 2. Le bloc de constitutionnalité.....	p. 9
A. La question générale des déclarations et préambules.....	p. 9
1. La problématique des déclarations et des préambules.....	p. 9
2. La reconnaissance par le juge de la valeur juridique de la Déclaration des droits de 1789 et du Préambule de 1946.....	p. 10
B. La pluralité des normes constitutionnelles.....	p. 11
1. Les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (PFRLR).....	p. 11
2. Les autres principes constitutionnels.....	p. 12
Section 3. Les normes internationales.....	p. 14
§ 1. Le problème général soulevé par les traités.....	p. 14
A. La validité des traités internationaux.....	p. 14
1. Les conditions de forme à la validité d'un traité.....	p. 14
2. Les conditions de fond à l'application des traités.....	p. 15
B. La question de la supra-légalité des traités internationaux.....	p. 16
1. Les difficultés tenant au droit international.....	p. 17
2. Les difficultés tenant à la place des traités dans l'ordonnement juridique et aux conséquences qui en découlent.....	p. 17
§ 2. Les problèmes juridiques soulevés par l'ordre communautaire.....	p. 19
A. Les règles du droit communautaire.....	p. 19
1. La question de l'interprétation des dispositions communautaires.....	p. 19
2. L'applicabilité des dispositions communautaires.....	p. 20
B. La sanction des règles communautaires et européennes.....	p. 21
Section 4. Les lois.....	p. 22
§ 1. Les transformations de la loi.....	p. 22
A. Définition de la loi.....	p. 22
B. L'évolution des conceptions de la loi.....	p. 22
§ 2. Les problèmes soulevés par les lois.....	p. 24
A. Le problème du nombre et de la longueur des lois.....	p. 24
B. La qualité des lois.....	p. 25
Section 5. La jurisprudence administrative.....	p. 26
§ 1. Les principes généraux du droit et les autres principes énoncés par le juge.....	p. 26
A. Diversité des principes invoqués par le juge.....	p. 26
B. Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative.....	p. 27
§ 2. La variété des principes généraux du droit.....	p. 28
A. Les principes généraux du droit à portée générale.....	p. 28
1. Principes généraux du droit se rapportant à l'idée de liberté.....	p. 28
2. Les principes généraux du droit se rapportant à l'idée d'égalité.....	p. 29
3. Autres grands principes généraux du droit.....	p. 30
B. Les principes généraux du droit plus « spécialisés ».....	p. 30
§ 3. Valeur juridique des principes généraux du droit.....	p. 31
A. Le débat sur la valeur des principes généraux du droit.....	p. 32

Section 1. Introduction

Remarque

La question des sources se pose pour le droit administratif comme pour les autres disciplines juridiques. Ce n'est pas une question gratuite dont la réponse ne présenterait qu'un intérêt intellectuel. A l'inverse, les sources déterminent le champ du droit comme sa portée et, plus généralement, déterminent la place de ce droit par rapport aux autres droits et, encore plus largement, dans la société.

Le chapitre précédent a pu permettre de se rendre compte que le droit administratif était dans une situation particulière en raison des facteurs historiques qui ont conditionné sa naissance et son développement. C'est la raison pour laquelle ce droit a été considéré, à juste titre, comme un droit essentiellement jurisprudentiel. Cependant la situation du droit administratif d'aujourd'hui n'est plus celle qu'il pouvait avoir encore au milieu du XXème siècle.

La Constitution de 1958 a opéré un changement profond par rapport à la tradition française depuis la Révolution en donnant pour la première fois la possibilité d'un véritable contrôle de constitutionnalité rendant effective la supériorité de la norme constitutionnelle sur les autres normes (section I). Un autre changement a été l'influence de plus en plus grande des normes internationales et surtout communautaires, ceci étant lié, bien entendu, à l'institution de la Communauté économique européenne devenue ensuite Communauté européenne, puis l'Union européenne (section II). Pour autant, il ne faut pas oublier que les normes dégagées par le juge lui-même demeurent une source très importante du droit administratif d'aujourd'hui (section III).

Section 2. Les Sources de rang constitutionnel

Les sources de rang constitutionnel sont représentées d'abord par **les dispositions constitutionnelles proprement dites**. Cette apparente évidence recouvre en fait - comme souvent en droit, il n'y a jamais d'évidence qui s'imposerait d'elle-même - un certain nombre de difficultés car les normes constitutionnelles ne se limitent pas aux articles numérotés de la Constitution, il faut tenir compte également d'autres normes, ce qui conduit à prendre en considération ce que l'on appelle souvent le « bloc de constitutionnalité ».

§ 1. La Constitution proprement dite

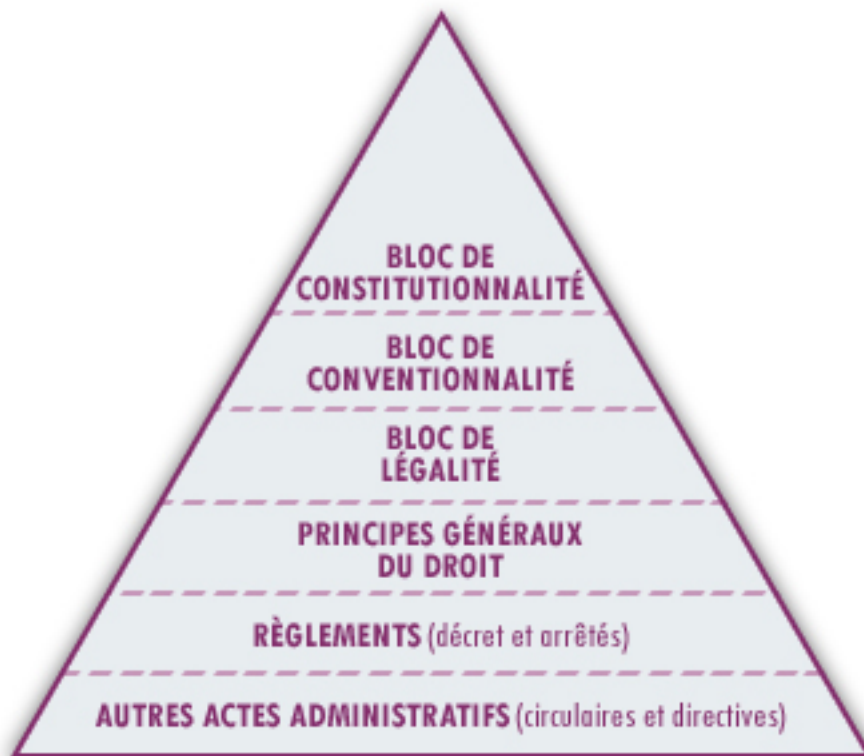
La Constitution est, en droit interne (on verra plus loin la difficulté sous-jacente à cette affirmation) la norme suprême.

Cela est accepté assez facilement dans les États qui se prétendent être des États de droit. Encore faut-il en tirer les conséquences, ce qui n'a pas toujours été fait en France pour des raisons qui tiennent à une certaine conception de la loi. Aujourd'hui, même si d'autres théories, parfois très séduisantes, ont été développées (V. notamment F. Ost et M. van de Kerchove, De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002) la « pyramide » (la notion de pyramide des normes est avant tout due à Kelsen, qu'il faut connaître) est debout avec, au sommet, la Constitution.

A. La supériorité de la norme constitutionnelle sur les autres normes

Un peuple qui n'a pas de constitution n'a pas d'État, écrivait Montesquieu. Avec la Révolution française, l'une des premières préoccupations est de se doter d'une constitution. La France éprouvera, ainsi qu'on le sait, beaucoup de difficultés à se doter d'institutions stables et, malgré le nombre élevé de constitutions qui ont été adoptées ou proposées, dans notre pays, il a fallu attendre **1958 pour que la supériorité de la constitution sur les autres normes soit rendue effective**.

La hiérarchie des normes de Kelsen



La pyramide de kelsen

1. La conception traditionnelle de la loi en France de la Révolution à 1958

La loi n'est pas la norme suprême puisque, au dessus de la loi se trouve la constitution, **la loi doit respecter la constitution**. Ce principe n'a jamais été vraiment contesté à partir du moment où nous sommes dotés d'une constitution.

Toutefois l'affirmation de la supériorité de la norme constitutionnelle sur les autres normes est demeurée théorique, pour des raisons assez complexes mais qui tiennent largement, cependant, à la conception que l'on a eue, en France, de la loi.

Nous avons été, nous demeurons, en France, tributaires d'une conception de la loi héritée des encyclopédistes mais plus particulièrement de **J.-J Rousseau**. Celui-ci estime que la loi est l'expression de ce qu'il appelle la Volonté générale, laquelle ne peut se tromper. En simplifiant, dans la conception de Rousseau la minorité doit reconnaître qu'elle s'est trompée et se rallier à la Volonté générale telle qu'elle est exprimée par la majorité. La loi va être revêtue, elle aussi, de ce caractère quelque peu sacré qui est celui de la Volonté générale. Il va en découler un certain nombre de conséquences.

- D'une part, **la loi ne peut se tromper**, ce serait contradictoire avec l'idée même de volonté générale dont elle procède. L'histoire a évidemment montré que tel n'était pas le cas, que le législateur pouvait prendre des lois qui étaient hautement contestables voire condamnables sur le plan démocratique ou

éthique. Plus encore, **les lois sur le « statut des juifs »** adoptées par le régime de Vichy étaient **contraires** non seulement à l'éthique mais également à tous les principes dont la France avait prétendu se prévaloir. Et il ne suffit pas de dire que le régime de Vichy n'était pas légitime pour se débarrasser du problème. On a parlé ainsi, par exemple, des « lois scélérates » pour désigner certaines lois, adoptées en 1893-1894 pour lutter contre les attentats commis par des anarcho-syndicalistes, qui édictaient des incriminations nouvelles, notamment la liberté d'opinion. Cependant cette idée selon laquelle le législateur ne peut se tromper lorsqu'il adopte une loi a été celle des révolutionnaires, et a continué ensuite de marquer les esprits. Même ceux qui reconnaissaient la supériorité de la Constitution éprouvaient des réticences à accepter un contrôle de constitutionnalité. Les épisodes des deux empires, de la monarchie constitutionnelle, la crainte des dérives de l'exécutif, ont ancré la conviction chez de nombreux hommes politiques que seule la loi offrait une protection suffisante, et qu'il convenait de ne pas y toucher. Les circonstances de l'établissement, puis de l'enracinement, de la troisième République, ont conforté ce sentiment.

- D'autre part, et par voie de conséquence, **la loi a été considérée comme incontestable**. Certes il y a bien eu, au cours de l'histoire constitutionnelle (riche et mouvementée) de la France création d'institutions qui pouvaient ressembler à des juridictions constitutionnelles, mais ce furent, ou bien des caricatures, ou bien (les deux souvent en même temps) des organismes dépourvus de tout pouvoir réel. Or, et surtout en ce qui concerne la norme constitutionnelle, la reconnaissance de la supériorité de la norme n'a de sens que s'il existe un organe qui soit effectivement en mesure de faire prévaloir cette norme sur les normes inférieures. La proclamation de la supériorité de la constitution sur la loi implique nécessairement qu'un organe, don on peut avoir des conceptions différentes, puisse prononcer l'annulation de la loi non-conforme à la constitution. C'est bien cela qui, en France, est apparu longtemps comme étant choquant. Il paraissait inadmissible que la volonté nationale résultant du vote des citoyens et exprimée par le Parlement pût être mise en échec par une institution dont la légitimité démocratique pouvait être contestée, voire n'existait pas : de quelle légitimité auraient pu se prévaloir les membres d'une telle institution ? On a eu tendance, en France, à mélanger les questions de légitimité avec la question de la hiérarchie des normes, qui découle de l'État de droit. La Constitution de 1958 a institué un véritable contrôle de constitutionnalité des lois.

2. Le système de la Constitution de 1958

La Constitution de 1958 apporte des changements importants, même si le bouleversement n'a pas été celui que l'on croyait, même si le rapport du règlement à la loi n'a pas connu la révolution que certains avaient cru voir dans les toutes premières années de la Cinquième République.

Outre la prépondérance de l'exécutif et, au sein de celui-ci, la prépondérance du président de la République sur le Premier ministre, qui n'ont pas été, jusqu'à présent, remises en cause (et en tenant compte des variations apportées par la cohabitation), la Constitution apporte **deux changements importants** qui, sans être liés directement entre eux, réagissent l'un sur l'autre et qui concernent tous deux la loi.

Le premier de ces changements est relatif au domaine de la loi	Le second changement est évidemment la création du Conseil constitutionnel
Celle-ci se voit cantonnée à un certain nombre de domaines , énumérés par l'article 34 , tandis que, parallèlement et conséquemment, à côté du règlement traditionnel d'application de la loi, qui subsiste, apparaît un autre règlement, celui de l'article 37 , qui, en théorie, intervient dans les domaines autres que ceux de la loi. La qualification du règlement de l'article 37 importe peu : au début certains ont cru pouvoir qualifier ces règlements de règlements « autonomes », certains auteurs se sont insurgés contre cette qualification, estimant	En soi, cette création était importante, car la Constitution instituait un véritable contrôle de constitutionnalité des lois , mais les commentateurs, surtout ceux qui n'étaient pas juristes, n'y ont pas prêté une attention suffisante, en raison des habitudes antérieures, celles d' une absence de contrôle de constitutionnalité . Il a fallu attendre la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour se rendre compte que ce qui était inscrit dans la Constitution était effectivement ce qui était mis en oeuvre et, au surplus, en

qu'elle était fautive, qu'elle ne correspondait pas à la réalité ; quelle que soit la dénomination que l'on veuille donner à ces règlements de l'article 37, ils ne s'en distinguent pas moins des règlements d'application de l'article 34 et, d'ailleurs, il existe encore d'autres catégories de règlements. Certes la jurisprudence du Conseil constitutionnel a considérablement atténué ce que l'on croyait pouvoir déduire du texte

- D'une part le Conseil constitutionnel a admis que le domaine de la loi n'était pas seulement déterminé par l'article 34 de la Constitution, mais également par d'autres articles, notamment l'article 72 de la Constitution. D'autre part, le même Conseil constitutionnel a estimé qu'une loi n'était pas inconstitutionnelle du seul fait qu'elle était intervenue dans le domaine de l'article 37.
- Tout cela est exact, mais il n'en reste pas moins que, d'une part, cela n'invalide pas la distinction entre la loi et le règlement de l'article 37, d'autre part le gouvernement peut toujours demander au Conseil constitutionnel de dire qu'une disposition législative est en fait intervenue dans le domaine réglementaire, et obtenir de modifier par voie réglementaire, parce qu'elle est de nature réglementaire, une disposition qui a été adoptée par le législateur.

dehors des juristes au début les décisions du Conseil constitutionnel n'étaient même pas lues. Selon une idée a priori qui s'est révélée fautive, le Conseil constitutionnel aurait été au service de l'exécutif, sa jurisprudence ne pouvait qu'être en faveur de l'exécutif. **Or tout ceci était faux et non seulement le Conseil constitutionnel a bien exercé la fonction qui lui était dévolue par les textes mais, de plus, sa jurisprudence a été audacieuse, et le Conseil a opéré un rééquilibrage au profit du Parlement, notamment dans l'interprétation de la compétence du législateur.**

question prioritaire de constitutionnalité

La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a été introduite par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Selon l'article 61-1, alinéa 1er de la Constitution, résultant de cette révision: "Lorsqu'à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé". Une loi organique a été adoptée le 10 décembre 2009 pour la mise en oeuvre de cette disposition. A l'occasion de l'examen (obligatoire, puisque s'agissant d'une loi organique) de cette loi organique le Conseil constitutionnel a précisé que le législateur avait entendu "garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne" (décision 2009-595 DC du 3 décembre 2009).

La QPC est donc le droit reconnu à toute personne qui est partie à un procès ou une instance de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Mais il existe un "filtre", représenté, dans l'ordre administratif, par le Conseil d'Etat, dans l'ordre judiciaire par la Cour de cassation. La QPC remporte un franc succès (ce qui risque de poser des problèmes d'engorgement au Conseil constitutionnel s'il perdure dans sa forme actuelle): entre mars 2010 (début de la mise en oeuvre de la QPC) et mai 2011 356 questions ont été soumises au Conseil d'Etat, et 86 d'entre elles ont été transmises au Conseil constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel a dressé le bilan suivant des QPC pour l'année 2011: pour cette année 2011 il a été saisi de 114 dossiers de renvoi, 42 provenant du Conseil d'Etat, 72 de la Cour de cassation; le délai moyen de jugement de ces QPC a été de 2 mois, et l'effet de censure a été différé dans 11 décisions. S'agissant des QPC en provenance du juge administratif, elles ont été posées à 38% devant le Conseil d'Etat, à 24% devant les cours administratives d'appel, à 38% devant les juridictions de première instance.

B. La reconnaissance par le juge de la supériorité de la norme constitutionnelle

La reconnaissance de la supériorité de la norme constitutionnelle sur les autres normes résulte simplement mais nécessairement, de l'existence d'un organe chargé d'assurer la constitutionnalité des lois et de l'effectivité du contrôle ainsi exercé. Ces conditions ont été réunies sous la Cinquième République avec la création du Conseil constitutionnel, et l'exercice, par lui, d'un véritable contrôle de constitutionnalité des lois.

Cette affirmation par le Conseil constitutionnel de son rôle s'est faite progressivement, bien que, dès le départ, le Conseil ait exercé un rôle important, par exemple en ce qui concerne la répartition des matières entre la loi et le règlement, qui a fait apparaître une interprétation de l'article 34 favorable au législateur (il suffit de songer, entre autres exemples, à la définition extensive que le Conseil a donnée de la notion de catégorie d'établissement public, définition qui a contribué à étendre la compétence du législateur par rapport à ce qu'aurait été une interprétation stricte du texte constitutionnel).

Certains moments du contrôle ont été propices à l'**affirmation de la suprématie de la norme constitutionnelle sur la loi**. L'une des dates les plus importantes est évidemment celle du **16 juillet 1971, date à laquelle le Conseil a rendu une décision invalidant pour partie une loi parce qu'elle était contraire à un principe fondamental reconnu par les lois de la République, le principe de la liberté d'association**. Cette décision a fait beaucoup pour faire connaître le Conseil constitutionnel, pour le « dédouaner » à l'égard de ceux qui pensaient (même si c'était à tort) qu'il était inféodé au pouvoir exécutif.

Une autre circonstance a contribué à accroître le rôle du Conseil constitutionnel, ce furent **les lois relatives à la décentralisation adoptées à partir de 1982**, notamment la **loi du 2 mars 1982**, adoptée dans un climat politique quelque peu tendu. Le Conseil constitutionnel a alors simultanément **affirmé l'existence d'un principe constitutionnel s'imposant au législateur, le principe de libre administration des collectivités territoriales** et appelé la **nécessité constitutionnelle d'un contrôle par l'État des actes des collectivités territoriales**

La « donnée » que constitue aujourd'hui la supériorité du texte constitutionnel sur les autres normes, et en particulier la loi, et le contrôle à cette fin exercé par le Conseil constitutionnel, a été en quelque sorte intégrée par le législateur qui, lorsqu'il s'agit d'adopter un texte, s'interroge aujourd'hui systématiquement sur la constitutionnalité des dispositions qu'il envisage de prendre.

Une précision importante doit être apportée : affirmer que des dispositions ont une valeur constitutionnelle ne signifie pas obligatoirement que les citoyens peuvent s'en réclamer devant les juges. L'invocabilité, ou la « justiciabilité » d'une disposition est distincte de sa valeur juridique.

Ceci est évidemment particulièrement vrai pour les dispositions du Préambule. La question s'est notamment posée à propos des dispositions de la Charte pour l'environnement, adoptée par le Congrès le 28 février 2005. Par son inscription dans le Préambule de 1958, la Charte devait être considérée comme ayant une valeur normative. L'invocabilité de cette Charte devant le juge administratif était beaucoup plus douteuse, cette charte ne possédant « *qu'une faible densité normative* » (F. Mélin-Soucramanien).

Jurisprudence

Le Conseil d'État a été saisi pour la première fois en 2006 de cette question d'invocabilité dans le cadre d'un contentieux de la légalité, un requérant invoquant les articles 1er (« *Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* »), 2 (« *Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement* »), 6 (« *Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* ») pour demander l'annulation d'un arrêté fixant les règles techniques auxquelles doivent satisfaire les élevages. [Le Conseil d'État](#) a déclaré que « *lorsque des dispositions législatives ont été prises pour assurer la mise en oeuvre des principes énoncés aux articles 1, 2 et 6 de la Charte de l'environnement de 2004, à laquelle le Préambule de la Constitution fait référence en vertu de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005, la légalité des décisions administratives s'apprécie par rapport à ces dispositions, sous réserve, s'agissant de dispositions législatives antérieures à l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement, qu'elles ne soient pas incompatibles avec les exigences qui découlent de cette Charte* » (CE 19 juin 2006, Association Eau et rivières de Bretagne, AJDA 2006, chron. C. Landais et F. Lénica p. 1584 et s.).

§ 2. Le bloc de constitutionnalité

Les normes constitutionnelles ne se limitent pas au seul texte de la Constitution qui se présente sous formes d'articles, elles incluent d'autres normes, dont la place n'a cessé de se développer, et qui résultent des déclarations de droits et des préambules.

A. La question générale des déclarations et préambules

Les constitutions, en France, sont quelquefois précédées d'une déclaration, dont la plus célèbre est évidemment la Déclaration de 1789, ou d'un préambule, le plus connu étant le Préambule de la Constitution de 1946. La question qui s'est posée a été celle de savoir quelle était la nature juridique de ces textes, et cette question a reçu une réponse qui n'est plus discutée.

1. La problématique des déclarations et des préambules

Le législateur révolutionnaire est passé à la postérité en raison de l'adoption de la [Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789](#). Ce n'était pas la première déclaration des droits, mais c'est celle qui a le plus marqué les esprits et qui demeure à l'heure actuelle une référence pour un certain nombre de peuples qui se trouvent sous le joug de dictateurs. Ce n'est donc pas simplement un texte du passé, c'est un texte d'aujourd'hui et probablement de demain. C'est au surplus un texte assez remarquable, qui témoigne d'une véritable inspiration. Le texte est d'autant plus remarquable lorsqu'on le compare aux premières versions, qui furent rejetées, et qui n'avaient pas le même « souffle ».

La Déclaration de 1789 est une déclaration à portée universelle, c'est ce qui a contribué à lui donner un si grand écho : l'homme dont il est question n'est pas seulement celui qui vit en France, le législateur prétend établir une déclaration valant pour tous les êtres humains.

Aujourd'hui, on le sait, la philosophie des droits de l'homme est contestée dans certains pays, mais ce n'est pas le lieu ici d'en discuter, et cela n'enlève rien à la Déclaration de 1789 qui conserve sa force en traversant les siècles. Il faut relever que d'autres déclarations de droits ont pu être édictées, mais elles n'ont jamais eu le même impact que la Déclaration de 1789.

Il faut également relever que la France, mais également d'autres pays, ont connu ou connaissent, à côté de déclarations de droits, des déclarations de devoirs. Pour la France, à vrai dire, il n'en existe qu'un seul exemple, celui de **la constitution dite de l'an III, c'est-à-dire de 1795**.

Le régime qui est institué à cette date institue une déclaration des droits et des devoirs.

Par la suite, l'idée d'une déclaration des devoirs n'a jamais été reprise. Cela ne veut pas dire, naturellement, que le citoyen n'aurait pas de devoirs : tout citoyen a des obligations, mais également des devoirs à l'égard des autres citoyens et à l'égard des autorités publiques comme à l'égard de l'État. Qu'il y ait des devoirs n'est donc pas discuté, mais là n'est pas la question, la question est de savoir si ces devoirs doivent être inscrits, en tant que devoirs, dans un texte. La réponse en France a été négative parce que l'on estime que, s'agissant de devoirs, on se trouve dans le domaine du moral et non pas du légal, qu'il n'y a pas à s'immiscer dans un domaine qui ne doit relever que de l'appréciation de chacun, et l'énoncé de devoirs soulève effectivement, du point de vue juridique, des questions assez redoutables. Cela explique que nous n'ayons plus de déclaration de devoirs.

Lorsque l'on parle de préambules, on fait référence, ou bien à celui de 1958, dont il va être question ci-après, ou bien au Préambule de la Constitution de 1946. [Le Préambule de 1946](#) s'inscrit dans un contexte particulier, qui est celui d'une sortie de guerre en même temps que de transformations économiques, mais également celui d'un renouvellement politique et d'une influence de ce que l'on a appelé « *l'esprit de la Résistance* » dans lequel se mêlaient des conceptions idéologiques très différentes.

Le Préambule est long, il énonce des droits nouveaux, que l'on résume généralement par la formule de « droits à » auxquels s'ajoutent, voire peuvent s'opposer, aux droits classiques qualifiés de « droits de ».

2. La reconnaissance par le juge de la valeur juridique de la Déclaration des droits de 1789 et du Préambule de 1946

Il convient de relever, au préalable, que personne n'a jamais nié la valeur de la Déclaration et du Préambule, encore faut-il préciser de quelle valeur on parle : que ces textes aient une valeur philosophique, politique, a été admis très facilement, et on ne voit pas très bien comment on pourrait écarter une telle valeur. Ce qui était nié, c'était la valeur juridique, et c'est cela qui a changé très vite au début de la Cinquième République

Il a suffi, pour que l'ensemble normatif constitutionnel soit bouleversé, et que les droits énoncés dans les deux textes précités reçoivent une valeur constitutionnelle, que le juge reconnaisse une valeur juridique au préambule de 1958. **Ce Préambule est paradoxal** : il est le plus court que nous ayons eu dans l'histoire de la République, et c'est celui qui a permis l'avènement du bloc de constitutionnalité. Ce Préambule est apparemment assez anodin et, selon son premier alinéa : « *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* ». Cette disposition a été complétée, depuis la réforme constitutionnelle sur la Charte de l'environnement, par la formule « *ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004* ».

Cependant, en reconnaissant une valeur juridique au Préambule de 1958, le juge reconnaissait ipso facto une similaire valeur juridique à la fois à la Déclaration de 1789 et au Préambule de 1946, tous ceux inclus par référence dans le Préambule de 1958. Et si une valeur juridique était reconnue à ce Préambule, à ces textes, cette valeur ne pouvait être qu'une valeur constitutionnelle.

Ainsi, en reconnaissant une valeur juridique et constitutionnelle au Préambule de 1958 le juge reconnaissait une valeur juridique, donc constitutionnelle, à la fois à la Déclaration des droits de 1789 et au Préambule de 1946.

B. La pluralité des normes constitutionnelles

Le « *bloc de constitutionnalité* » comporte non seulement les dispositions de la Constitution proprement dites mais également les normes que l'on trouve dans la Déclaration de 1789 et dans le Préambule de 1946. Or ce Préambule énonce des catégories de normes dont le contenu a été quelque peu éclairé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

1. Les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (PFRLR)

Le Préambule de 1946 fait référence aux « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* », sans pour autant préciser en quoi ils consistent, et sans en donner une liste. Les deux seules certitudes tiennent à leur existence et à leur valeur, constitutionnelle, ainsi qu'il a été dit plus haut.

- La première grande occasion de faire référence à ces principes a été donnée au Conseil constitutionnel par une loi, dont il fut saisi, qui restreignait la liberté d'association. Le Conseil constitutionnel a rendu une grande décision, qu'on appelle « *liberté d'association* », par laquelle il annule la loi pour sa non-conformité à un PFRLR, le principe de la *liberté d'association* (CC 16 juill. 1971, Liberté d'association, AJ 1971 p. 537, note J. Rivero). Il faut remarquer que, quinze ans auparavant, le Conseil d'État avait déclaré, dans une décision qui est apparue rétrospectivement comme très importante, que la liberté d'association était un principe fondamental reconnu par les lois de la République (CE Ass. 11 juill. 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, Rec. p. 317, AJ 1956, p. 400, chron. J. Fournier et G. Braibant).
- Par la suite le Conseil constitutionnel a reconnu d'autres PFRLR, ce sont les suivants :
 - **principe du respect des droits de la défense**(CC 2 déc. 1976, *Prévention des accidents du travail*, RDP 1978 p. 817, note L. Favoreu)
 - **le principe de la liberté individuelle** (CC 12 janv. 1977, *Fouille des véhicules*) ;
 - **le principe de la liberté de l'enseignement** (CC 23 nov. 1977, *Liberté de l'enseignement*) ;
 - **le principe de la liberté de conscience** (même décision) ;
 - **le principe de l'indépendance de la juridiction administrative** (CC 22 juill. 1980, *Validation d'actes administratifs*) ;
 - **le principe de l'indépendance des professeurs d'université** (CC 21 janv. 1984 *Libertés universitaires*) ;
 - **le principe de la compétence exclusive de la juridiction administrative pour « l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique » par l'administration** (CC 23 janv. 1987, *Conseil de la concurrence*) ;
 - **principe consacrant « l'importance des attributions conférées à l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété immobilière »** (CC 25 juill. 1989, *TGV Nord*) ; principe de la proportionnalité des peins applicables aux mineurs
 - **principe de la proportionnalité des peins applicables aux mineurs** (CC 29 août 2002)
 - **principe selon lequel, tant qu'elles n'ont pas été remplacées par une disposition de droit commun ou harmonisées avec elle, des dispositions législatives et réglementaires particulières aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle peuvent demeurer en vigueur** (CC 5 août 2011, 2011-157 QPC, Sté SOMODIA)

La catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République appelle deux remarques complémentaires.

- D'une part, la liste de ces PFRLR, si on ne peut la considérer comme close, **rien n'excluant que le Conseil constitutionnel en découvre de nouveau, n'est pas pour autant illimitée**. Le nombre de PFRLR découverts par le juge constitutionnel s'est stabilisé autour d'une dizaine, c'est là un ordre de grandeur qui ne devrait pas subir de modification fondamentale dans l'avenir.
- D'autre part, et ce point a suscité plus de controverses, le Conseil d'État a reconnu lui-même l'existence (à l'heure actuelle) d'un **principe fondamental reconnu par les lois de la République, le principe qui impose à l'État de refuser l'extradition d'un étranger « lorsqu'elle est demandée dans un but politique »** (CE Ass. 3 juill. 1996, Koné, Rec. p. 255, RFDA 1996, p. 870, concl. J.-M. Delarue, AJDA 1996, p. 722, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot, D. 1996, p. 509, note F.-J. Laferrière, JCP 1996, n° 22720, note X. Prétot).
 - La reconnaissance par le Conseil d'État de PFRLR ne doit pas dérouter car, en premier lieu, **cette jurisprudence s'inscrit dans la continuité de celle de 1956** où le Conseil d'État avait, alors, reconnu l'existence de tels principes en un temps où personne ou presque ne les retenait comme principes juridiques,
 - en deuxième lieu les PFRLR sont des **principes de droit écrit**, ce qui explique que d'autres juges que le Conseil constitutionnel puissent en découvrir d'autant que,
 - en troisième lieu, rien ne permet de considérer que le Conseil constitutionnel dispose d'un **monopole dans la découverte de ces principes**. Il y a peu à craindre, au surplus, que le Conseil d'État découvre un grand nombre de PFRLR.

2. Les autres principes constitutionnels

Le Préambule de 1946 parle, outre les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, des **« principes particulièrement nécessaires à notre temps »**. Cette catégorie présente des caractéristiques différentes de celles des PFRLR car **le Préambule donne une liste de ces principes**, qui est assez longue et qui constitue l'essentiel du Préambule. Le juge administratif a déjà été saisi, dans le passé, de recours se prévalant de dispositions du Préambule. Sa réponse a été claire :

en l'absence de dispositions législatives les mettant en oeuvre, les citoyens ne peuvent se prévaloir de ces dispositions.

Exemple

Ainsi, par exemple, s'agissant du 12^{ème} alinéa, selon lequel « *La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales* », le Conseil d'État a déclaré que « *le principe ainsi posé, en l'absence de disposition législative en assurant l'application, ne saurait servir de base à une action contentieuse en indemnité* » et on peut penser, avec C. Landais et F. Lénica (AJDA 2006 p. 1587) que la même solution aurait prévalu dans un contentieux de légalité (CE 10 déc. 1962, Sté indochinoise de constructions mécaniques, Rec. p. 676, et CE 29 nov. 1968, *Sieur Tallagrand*, Rec. p. 607).

La liste des principes particulièrement nécessaires à notre temps est suffisamment longue (et, par certains de ses énoncés, suffisamment vague) pour permettre au juge constitutionnel de trouver **un fondement textuel suffisant pour assurer sa mission**.

Ces principes n'épuisent cependant pas les normes constitutionnelles et, de même que le Conseil d'État, le juge constitutionnel peut énoncer des principes d'origine jurisprudentielle.

Exemple

Un exemple au moins est, pour l'instant, significatif, celui du **principe de continuité des services publics**, auquel le Conseil constitutionnel a reconnu **une valeur constitutionnelle** sans le rattacher à une disposition écrite précise (CC 25 juill. 1979, Continuité du service public de la radio-diffusion ; cependant plusieurs auteurs estiment qu'il n'est pas difficile de trouver plusieurs fondements textuels à ce principe, avec l'article 5 de la Constitution et les lois qui, à diverses reprises, ont fait référence à ce principe).

Section 3. Les normes internationales

Avant qu'il n'y ait des États, au sens moderne du terme, les échanges commerciaux avaient donné lieu à des traités, dont nous avons quelques exemples très anciens. La constitution des États a multiplié les accords ou traités, traités d'alliance ou de paix, et la confrontation des États-nations au XXe siècle a accéléré les efforts de mise en place d'un droit international. La question, toujours difficile, est celle de l'articulation du droit interne avec ce droit international. Les réponses données dans les développements qui suivent sont les réponses de l'ordre juridique français, elles peuvent être différentes ailleurs. Il convient de distinguer nettement le problème général soulevé par les traités des problèmes soulevés par l'ordre communautaire.

§ 1. Le problème général soulevé par les traités

La question des rapports entre les normes internes et les normes internationales est apparemment réglée par la Constitution elle-même.

En effet, l'article 55 de la Constitution, qui est le dernier article du titre VI intitulé « *Des traités et accords internationaux* » dispose : « *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* ». Sous son apparente simplicité, cette disposition recouvre des questions juridiques assez délicates.

A. La validité des traités internationaux

La question de la validité des traités internationaux dans l'ordre interne est celle qui divise le moins parce que, tout au moins pour les règles de forme, on peut assez facilement se mettre d'accord.

1. Les conditions de forme à la validité d'un traité

L'article 55 de la Constitution subordonne la validité des traités internationaux au respect de règles de forme qui paraissent aller de soi mais qui, concrètement, peuvent donner lieu à quelques interrogations.

- En premier lieu, pour être applicable **un traité international doit nécessairement exister**. Cette affirmation pourrait faire ricaner un non-juriste par son évidence, qui est évidemment fausse, car l'existence dont on parle ici est l'existence juridique, qui peut ne pas coïncider avec l'existence matérielle.

Pour exister, **le traité doit avoir été signé**. Cette signature doit être **régulière**, en ce sens que les autorités qui signent au nom de la France doivent effectivement être celles qui sont compétentes pour signer au regard des règles du droit interne, le droit public étant d'abord une organisation des compétences. Il en résulte que le traité irrégulièrement signé n'existe pas (CE 18 juin 1965, Consorts *Chatelain*, Rec., p. 366). Relevons au passage (la réponse sera donnée un peu plus loin) que le droit international connaît également des normes qui, par définition, n'appellent pas de signature, et notamment la *coutume internationale*.

- En deuxième lieu, et toujours selon l'article 55 de la Constitution, **le traité doit avoir été régulièrement ratifié ou approuvé**. La distinction habituellement retenue entre la ratification et l'approbation porte sur la nature de l'accord : la ratification est exigée pour les traités proprement dits, et elle est effectuée

par le Parlement ; l'approbation porte sur ce que l'on appelle les *accords en forme simplifiée*, elle est faite par le président de la République. Le juge administratif accepte de vérifier si les traités ont été régulièrement ratifiés (CE Ass. 18 déc. 1998, SARL du parc d'activités de Blotzheim, AJDA 1999, p. 127, chron. Raynaud et Fombeur).

- En troisième lieu, **le traité ou l'accord doit avoir été « publié »**, la publication étant la condition normale et nécessaire pour que les citoyens en aient connaissance, qu'ils puissent éventuellement contester, et que le texte soit opposable. Or, il arrive que la ratification (ou l'approbation) et la publication soient dissociées, ce qui empêche l'introduction du texte dans l'ordre juridique français.

Un traité publié en France mais qui n'a pas été ratifié ne peut être invoqué devant les juridictions françaises.

Aussi étonnant que cela puisse paraître, c'est le cas de la [Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'ONU le 10 décembre 1948](#) (et dont, au surplus, l'un des principaux rédacteurs fut un Français, R. Cassin), qui a bien été publiée au Journal officiel de la République française mais qui n'a pas fait l'objet d'une ratification par le Parlement (CE 18 avr. 1951, Élections de Nelay, Rec. p. 189 ; solution confirmée sous la Cinquième République par CE Ass. 23 nov. 1984, Roujansky, AJDA 1985, p. 216 ; concl. D. Labetoulle et CE Ass. 21 déc. 1990, *Conféd. nat. des assoc. familiales catholiques et autres*, Rec. p. 369, concl. B. Stirn). Cette situation a priori quelque peu choquante n'est pas très gênante en réalité compte tenu,

- d'une part, de la [Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales](#) (plus couramment appelée, pour abrégé, convention européenne des droits de l'homme) **adoptée par le Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950**, et qui, elle, s'applique en France et donne lieu à un abondant contentieux,
- et, d'autre part, **des autres textes internationaux** qui ont été signés et ratifiés par la France (notamment deux « pactes » **adoptés par l'ONU le 16 décembre 1966**, le *Pacte relatif aux droits civils et politiques* et le *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, qui reprennent les droits de la Déclaration universelle).

Par ailleurs, il ne suffit pas qu'il y ait publication, encore faut-il que celle-ci soit effectuée dans un organe adéquat.

Exemple

L'exemple suivant va éclairer cette exigence : la publication, en son temps, d'une convention internationale dans le *Journal officiel de l'Inde française* (c'était au temps où il existait des comptoirs français en Inde, qui étaient au nombre de cinq : Chandernagor, Pondichéry, Yanaon, Karikal et Mahé...) ne produit d'effets qu'à l'égard des seuls établissements français de l'Inde, et non sur le territoire métropolitain (CE 11 avr. 1962, *Sté Savana et Sté des Établissements textiles de Modeliarpeth*, Rec. p. 261).

2. Les conditions de fond à l'application des traités

L'application des traités dans l'ordre juridique interne français peut soulever plusieurs questions.

- Une première question est celle de **l'interprétation du traité**, la question pouvant se poser pour un traité comme pour n'importe quel autre texte, plus encore que pour les textes de droit interne (ne serait-ce qu'en raison des questions de langue et des formulations laborieuses parfois adoptées pour parvenir plus facilement à un accord). La solution, en droit administratif français, a connu une évolution considérable. Trois étapes se sont succédé.
 - Dans un premier temps, marqué par une décision de 1823 (CE 23 juill. 1823, *Dame Veuve Murat*, Rec. p. 545), **le Conseil d'État ne se reconnaît pas le droit d'interpréter un traité**, en cas de difficulté d'interprétation, il renvoie au ministre des affaires étrangères le soin de donner l'interprétation, et il considère que cette interprétation s'impose à lui.

- Dans un deuxième temps, à partir de 1938 (CE Ass. 1er juill. 1938, Jabin-Dudognon, Rec. p. 607), le juge opère une **distinction entre deux sortes de dispositions du traité, les dispositions claires et les dispositions non claires**. Pour les secondes, il y a lieu à renvoi, comme dans la situation précédente, en revanche pour les premières, il n'y a pas lieu à renvoi parce que, selon la formule traditionnelle, ce qui est clair n'a pas besoin d'interprétation.
- Enfin, et c'est un troisième temps, depuis 1990 (CE Ass. 29 juin 1990 GISTI, Rec. p. 171, AJDA 1990 p. 621, concl. R. Abraham, note Teboul), **le juge administratif se reconnaît compétent pour interpréter les traités**, même non clairs (en mettant à part les traités communautaires que l'on va retrouver un peu plus loin) et il en résulte qu'une juridiction n'est pas tenue par l'interprétation qui a pu être donnée d'un traité par le ministère des affaires étrangères (ainsi par ex. à propos des accords d'Évian, CE 25 nov. 1998, Mme Teytaud, Rec. p. 436). Il est à noter que la Cour de cassation a adopté la même position que le Conseil d'État (Cass. 1ère civ., 19 déc. 1995, *Banque africaine de développement*, Gaz. Pal. 28-29 juin 1996, note Cohen-Jonathan).
- Une deuxième question est celle dite de **la réciprocité**. Elle découle de l'exigence posée par l'article 55 qui subordonne l'application d'un traité par la France à « *son application par l'autre partie* ». Dans ses conclusions sur la décision du **21 décembre 1990**, Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres, précitée, le commissaire du gouvernement B. Stirn faisait valoir, avec bon sens, que « *la condition de réciprocité n'a pas la même portée pour un traité qui prévoit, entre deux parties, des obligations précises, de caractère synallagmatique, et pour une convention par laquelle de nombreux États affirment leur attachement à des principes fondamentaux* ». Le Conseil d'État estimait que lorsque la question de réciprocité se pose, elle doit être renvoyée à l'appréciation du ministère des affaires étrangères, mais la Cour européenne des droits de l'homme avait condamné la position du juge français s'estimant lié par l'avis du ministère des affaires étrangères (CEDH 13 févr. 2003, *Chevrol c/ France*, D 2003, p. 931, note Moutouh).
Le Conseil d'Etat est revenu sur cette jurisprudence dans une décision d'Assemblée du 9 juillet 2010 *Cheriet-Benseghir*(req. n° 317747).

Le Conseil d'Etat déclare qu'il appartient au juge administratif de vérifier si la condition de réciprocité est remplie. A cette fin, il lui revient, dans l'exercice de ses pouvoirs d'instruction qui sont les siens, après avoir recueilli les observations du ministre des affaires étrangères et, le cas échéant, celles de l'Etat en cause, de soumettre ces observations au débat contradictoire, afin d'apprécier si des éléments de droit et de fait suffisamment probants au vu de l'ensemble des résultats de l'instruction sont de nature à établir que la condition tenant à l'application du traité par l'autre partie est, ou non, remplie.

- Une troisième question, dont il est même surprenant qu'elle ne se soit pas posée avant, concerne **l'appréciation de validité d'un traité** par rapport à un autre traité. Elle a été posée devant le Conseil d'Etat en 2011 à propos d'une vieille affaire qui avait fâché les Français avec la Russie, les emprunts russes. Un accord franco-russe a été adopté le 27 mai 1997. Un porteur d'emprunts russes de nationalité portugaise a contesté le refus qui lui a été opposé du non bénéfice de cet accord au motif qu'il n'était pas français. L'intéressé a naturellement contesté et invoqué devant le juge la Convention européenne des droits de l'homme. La CAA Paris avait déjà rejeté sa requête (8 juillet 2002, chron. F. Donnat et D. Casas p. 1005). Le Conseil d'Etat a déclaré en Assemblée: "Lorsque le juge administratif est saisi d'un recours dirigé contre un acte portant publication d'un traité ou d'un accord international, il ne lui appartient pas de se prononcer sur la validité de ce traité ou de cet accord au regard d'autres engagements internationaux souscrits par la France". Le Conseil d'Etat a cependant apporté une nuance à ce rejet: "en revanche, sous réserve des cas où serait en cause l'ordre juridique intégré que constitue l'Union européenne, peut être utilement invoqué, à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative qui fait application des stipulations inconditionnelles d'un traité ou d'un accord international, un moyen tiré de l'incompatibilité des stipulations, dont il a été fait application par la décision en cause, avec celles d'un autre traité ou accord international" (CE Ass. 23 décembre 2011, M. Kandyrine de Brto Paiva, req. n° 303 678, AJDA 2012, chron. X. Domino et A. Bretonneau, p. 201).

B. La question de la supra-légalité des traités internationaux

.Lorsque les conditions précédentes sont satisfaites les traités internationaux ont, en vertu de l'article 55, « *une autorité supérieure à celle des lois* ». Mais que signifie une telle formule ? Cela signifie que, dans la hiérarchie des normes juridiques, les traités sont situés au-dessus de la loi, mais la disposition constitutionnelle ne dit rien sur la place des traités dans l'ordonnement juridique. Les difficultés sont de deux ordres.

1. Les difficultés tenant au droit international

Signalons tout d'abord, pour ne plus avoir à y revenir, un problème qui est d'ordre pratique, mais qui n'en a pas moins des incidences concrètes importantes, c'est le nombre de traités auxquels la France est partie (plus de 6000). En cas de contentieux, cela peut impliquer, de la part des juges comme du ministère des affaires étrangères, des recherches compliquées.

- Sur le plan juridique, une première difficulté tient au fait que **tous les traités internationaux n'ont pas d'effets directs en droit français**, ce qui entraîne des situations très complexes.

Exemple

Ainsi, par exemple, en ce qui concerne la *Convention internationale sur les droits de l'enfant*, **signée à New York le 26 janvier 1990**, et **ratifiée par la France par une loi du 2 juillet 1990**, le juge judiciaire lui refuse tout effet direct (Cass. 1ère civ. 25 juin 1996, X/Y, D. 1998, p. 453, note Brunet) tandis que le juge administratif reconnaît des effets directs, mais à certains articles seulement de la convention, celle-ci ne peut pas être invoquée à l'encontre d'un acte réglementaire (CE Sect. 23 avr. 1997, GISTI, RRDA 1997, p. 585, concl. R. Abraham). La position du juge administratif est similaire à l'égard du Pacte relatif aux droits économiques et sociaux, cité précédemment (CE Ass. 5 mars 1999, M. Rouquette, *Mme Lipietz*, RFDA 1999 p. 357, concl. C. Maugué).

- Une deuxième difficulté est relative à certaines **sources du droit international** qui ne sont **pas représentées seulement par les conventions internationales**. Le juge administratif a été amené à se prononcer sur la coutume internationale. Il a estimé que celle-ci était applicable en droit interne mais que l'article 55 ne pouvait lui être appliqué, que la coutume ne pouvait donc prévaloir, en cas de conflit, sur une loi (CE Ass. 6 juin 1997, *Aquarone*, AJDA 1997, p. 630, chron. Chauvaux et Girardot). Cette solution a été étendue à une autre source du droit international, les principes généraux du droit international (CE 28 juill. 2000, Paulin) à ne pas confondre avec les principes généraux du droit reconnus par le Conseil d'État et dont il sera question plus loin.

2. Les difficultés tenant à la place des traités dans l'ordonnement juridique et aux conséquences qui en découlent.

La difficulté qui se présente est double, elle tient d'abord à la question de la place des traités dans l'ordonnement juridique, ensuite à la question de ce que l'on peut faire (et de ce que l'on doit faire) en cas de non-conformité d'une loi à un traité.

- La question à résoudre, qui a une **dimension théorique** mais également des **conséquences pratiques essentielles** qui imposent que l'on apporte une réponse, est d'abord celle de la place des traités dans l'ordonnement juridique. Nous avons vu que l'article 55 de la Constitution n'apportait qu'une réponse très partielle qui n'en est pas une en affirmant que les traités ont une autorité supérieure à celle des lois. D'un point de vue purement abstrait et détaché de toute autre considération, trois positions sont envisageables pour les traités dans cet ordonnancement juridique : entre la loi et la Constitution ; au niveau de la Constitution ; au-dessus de la Constitution.

Le Conseil d'État a été amené à répondre à cette question dans un **arrêt de principe**, en déclarant : « *La suprématie (...) conférée aux engagements internationaux (par l'article 55) ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle* » (CE Ass. 30 oct. 1998, Sarran et Levacher ; cet arrêt a été longuement commenté, on renvoie, pour les très nombreuses références, aux manuels de droit administratif général). Il faut remarquer que la Cour de cassation a adopté la même position que le Conseil d'État, en reproduisant la motivation de l'arrêt Sarran (Cass. Ass. plén. 2 juin 2000, Mme Fraisse). Par cette décision, le Conseil d'État (comme la Cour de cassation) affirme clairement que les traités ne peuvent l'emporter sur la Constitution. On remarque également que le Conseil d'État prend soin de dire « dans l'ordre interne ». Cela signifie que l'appréciation peut être différente si l'on se place du point de vue du droit international, cela veut dire également (ce qui ne surprendra pas) que l'articulation de l'ordre juridique interne et de l'ordre juridique international est loin d'être satisfaisante sur le plan juridique.

Les choses peuvent se compliquer encore lorsque le traité qui n'apparaît pas conforme à la Constitution se trouve être un traité communautaire.

C'est ce qui est arrivé d'abord avec le **traité de Maastricht**, dont certaines clauses ont été déclarées non conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel, puis avec d'autres modifications ultérieures des **traités communautaires**. La solution qui a été adoptée, pour se conformer aux engagements communautaires de notre pays, a consisté à procéder à une **révision de la Constitution**. Le choix qui a été opéré est, au plus haut point, et dans le meilleur sens du terme, un choix politique, et il ne pouvait guère en être autrement. Cependant, et pour ne citer que cet exemple, après que le Conseil constitutionnel a déclaré que la *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires* comportait « *des clauses contraires à la Constitution* » (CC 15 juin 1999) la procédure de ratification de cette convention a été abandonnée.

- La seconde difficulté tient à **l'appréciation de non-conformité d'une loi à un traité** (en supposant que celui-ci ne met pas en cause la Constitution). En d'autres termes, **comment assurer la supra-légalité des traités internationaux sur les lois prévue par l'article 55 de la Constitution ?** Il convient de distinguer deux hypothèses, dont la seconde, seule, présente un intérêt sur le plan juridique comme sur le plan pratique
- La première hypothèse est celle dans laquelle la **loi contraire au traité est antérieure à celui-ci**. L'hypothèse est simple, et parfaitement compréhensible : après qu'une loi a été votée, un traité est signé, ratifié, publié, et certaines de ses dispositions se révèlent contraires à des dispositions d'une ou plusieurs lois antérieures. **La solution est simple : le traité l'emporte sur la loi**. On remarque simplement qu'il n'est pas nécessaire, pour faire prévaloir le traité sur la loi, de faire appel à l'article 55 : il suffirait de considérer que le traité a au moins la valeur de la loi et, en application du principe *Lex posterior derogat priori*, l'emporterait sur elle.
- Autrement plus délicate a été la seconde hypothèse qui appelle, elle, la **mise en oeuvre de l'article 55, c'est celle dans laquelle la loi contraire à un traité est postérieure à celui-ci**. *A priori*, cette situation est étrange, et ne devrait pas se présenter : on pourrait présupposer qu'un législateur conséquent avec lui-même ne va pas se contredire, et adopter une loi qui serait contraire à un traité qu'il avait ratifié un certain temps auparavant. C'est cependant ce qui se produit, pour de multiples raisons (mauvaise lecture par le législateur du traité ratifié, changement de circonstances, de moeurs ou de conceptions...).

Quoi qu'il en soit, le problème s'est posé et, si l'on peut dire, dans les plus mauvaises conditions que l'on puisse imaginer, après la décision du Conseil constitutionnel 54 DC du 15 janvier 1975 relative à la loi sur

l'IVG, décision dans laquelle le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent pour connaître de la non-conformité d'une loi à un traité (en l'espèce la Convention européenne des droits de l'homme) sur le fondement de l'article 61 de la Constitution.

Le Conseil d'État avait adopté, avant la décision du Conseil constitutionnel précitée, une position de principe, qui avait sa logique, et que l'on a appelée la « jurisprudence des semoules » par référence à la décision dans laquelle cette position avait été adoptée (CE Sect. 1^{er} mars 1968 Syndicat général des fabricants de semoules de France, Rec., p. 149) : le Conseil d'État considérait qu'il n'était pas le juge de la constitutionnalité des lois, puisqu'une juridiction avait été spécialement instituée à cette fin, le Conseil constitutionnel, qu'il était seulement le juge de la légalité des actes administratifs, que la loi faisait « écran » avec la Constitution (d'où le nom de « théorie de la loi écran » que l'on a donné à cette jurisprudence).

.La position prise par le Conseil constitutionnel en 1975, et les complications juridiques qui en ont résulté, ont conduit le Conseil d'État à modifier sa jurisprudence (La Cour de cassation a modifié sa position immédiatement après la décision du 15 janvier 1975, dans son arrêt du 24 mai 1975 *Administration des douanes c/Cafés J. Vabre*).

Dans une **décision de principe** (CE Ass. 20 oct. 1989 Nicolo, Rec., p. 190, concl. Frydman), le Conseil d'État a vérifié la conformité d'une loi postérieure à un traité (il s'agissait d'une loi de 1977 fixant les modalités de désignation des représentants français au Parlement européen, le traité était le traité de Rome de 1957) et a fait prévaloir le traité sur la loi postérieure. Le principe une fois adopté, la jurisprudence Nicolo a pu être appliquée, non seulement au traité de Rome, mais également au droit communautaire dérivé : **le principe de supériorité du traité sur la loi a été appliqué aux règlements communautaires** (CE 24 sept. 1990 Boisdet, Rec. p. 251, RFDA 1991, p. 172, note L. Dubouis), **puis aux directives communautaires** (CE 28 févr. 1992, *SA Rothmans International France* et, du même jour, *Sté Arizona Tobacco Products*, AJDA 1992, p. 210, concl. M. Laroque).

§ 2. Les problèmes juridiques soulevés par l'ordre communautaire

Le droit communautaire est constitué du Traité de Rome avec toutes les modifications ultérieures qui lui ont été apportées (Maastricht, Amsterdam, Nice, etc.) ainsi que du droit produit par les institutions créées par ce traité (Commission, Conseil des ministres, Cour de justice des communautés européennes, Parlement européen). On appelle ce droit issu des institutions communautaires le droit communautaire dérivé. C'est ce dernier qui, notamment avec les directives, constitue l'essentiel du droit communautaire.

A. Les règles du droit communautaire

Les dispositions du droit communautaire ont soulevé de nombreuses et parfois délicates questions juridiques. On peut présenter schématiquement deux d'entre elles.

1. La question de l'interprétation des dispositions communautaires

Le Traité de Rome institue une juridiction spécifique, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) qui n'est pas seulement compétente pour trancher les litiges pouvant survenir entre les institutions communautaires mais également, et cela en vue d'assurer une cohérence dans l'application des dispositions communautaires, pour donner l'interprétation d'une disposition dont le sens serait contesté. Le principe posé par le Traité est celui du renvoi préjudiciel par les juridictions nationales devant la CJCE, cette dernière se voyant donc attribuer un monopole en matière d'interprétation.

Le Conseil d'État n'a commencé à renvoyer devant la CJCE qu'à partir de 1970 (CE 10 juill. 1970, *Syndicat du commerce extérieur des céréales*) mais ce n'est plus là, désormais, une difficulté. En revanche, une difficulté subsiste en ce sens que le juge français applique une jurisprudence, évidemment antérieure à la création de la CJCE, en distinguant les actes clairs et les actes non clairs, en considérant que ce qui est clair n'a pas besoin d'interprétation, et en renvoyant seulement pour les actes non clairs. Mais cette distinction est rejetée par la CJCE qui estime qu'à partir du moment où une question d'interprétation se pose, il doit y avoir renvoi devant elle, sans se demander si l'acte est clair ou non clair (CJCE 15 juill. 1964, *Costa c/ENEL*).

2. L'applicabilité des dispositions communautaires

Il existe plusieurs catégories d'actes communautaires, mais seules deux d'entre elles nous intéressent véritablement, les règlements et les directives.

- **Les règlements communautaires** - à ne pas confondre avec les règlements du droit interne - ont un régime clairement défini par le Traité de Rome. Selon l'article 189 (249 nouveau) : « *le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre* ». **Le règlement s'impose donc directement aux autorités françaises comme aux citoyens, il a une valeur supérieure à la loi, les citoyens peuvent s'en prévaloir, et les lois postérieures ne peuvent pas faire obstacle à son application** (CE 24 nov. 1990 *Boisdet*).

Les difficultés sont beaucoup plus grandes pour les directives communautaires, à ne surtout pas confondre avec les directives du droit interne. Selon le Traité de Rome : « *La directive lie tout état destinataire quant au résultat à atteindre tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et quant aux moyens* ».

Cela signifie que la directive a besoin d'être transposée en droit interne, la transposition pouvant être opérée, au choix des autorités nationales, par la norme appropriée.

Lorsque le délai de transposition est expiré les dispositions réglementaires non compatibles avec la directive doivent être abrogées et l'autorité administrative est tenue d'y procéder si elle est saisie d'une demande en ce sens (CE Ass. 3 févr. 1989, *Cie Alitalia*).

La question des effets des **directives** a été compliquée par la jurisprudence, difficilement compréhensible, de la CJCE qui tend à faire produire des effets directs aux directives sur le territoire des États membres dès lors que ces directives sont suffisamment précises (CJCE 6 oct. 1970, *Franz Grad*). Le Conseil d'État a refusé d'assimiler les directives aux règlements quant à leurs effets. Il a estimé, contrairement à la CJCE (4 déc. 1974, *Van Duyn*), que les directives ne pouvaient pas être invoquées par des requérants à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel (CE Ass. 22 déc. 1978, *Ministre de l'intérieur c/Cohn-Bendit*) mais l'a

admis en revanche pour les actes réglementaires, même lorsqu'une loi s'interpose entre la directive et l'acte en question (CE Ass. 28 févr. 1992, SA *Rothmans international* France et, du même jour, Sté Arizona Tobacco Products). S'agissant de la question du **décal de transposition**, il faut retenir les points suivants.

- Tout d'abord, **avant l'expiration du délai prévu par la directive pour sa transposition**, si l'on ne peut reprocher à l'État de n'avoir pas transposé puisque le délai n'est pas expiré, en revanche, l'État doit s'abstenir de prendre des mesures qui seraient de nature « à *compromettre sérieusement le résultat prescrit par la directive* » (CJCE 18 déc. 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL et région wallonne* ; CE 10 janv. 2001, *France nature environnement*), il ne peut non plus adopter de dispositions qui seraient contraires aux objectifs poursuivis par la directive (CE 7 déc. 1985, Fédération française de protection de la nature).
- **Après la date limite de transposition**, même si la directive n'a pas été transposée, elle produit tous ses effets et les administrés peuvent s'en prévaloir (CE Ass. 6 févr. 1998, *Tête*) mais l'État ne peut, en revanche, opposer à ces derniers une directive qu'il n'a pas transposée (CE Sect. 23 juin 1995, SA *Lilly France*).

B. La sanction des règles communautaires et européennes

La sanction de la violation des dispositions communautaires - qu'il s'agisse du Traité ou du droit communautaire dérivé - est d'abord **l'annulation par le juge administratif des dispositions administratives contraires à ces règles**. Dans une décision de 2007, le Conseil d'État a défini les modalités du contrôle qu'il convient au juge administratif d'exercer sur les actes réglementaires de transposition des dispositions inconditionnelles et précises des directives communautaires (CE Ass. 8 févr. 2007, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*).

Mais **une responsabilité administrative** (la responsabilité fera l'objet d'un chapitre) est également possible. Le Conseil d'État s'était d'abord engagé sur la voie de la responsabilité sans faute de l'État, ce qui avait fait l'objet de critiques. Puis le juge administratif s'est orienté vers une responsabilité pour faute (CE Ass. 30 oct. 1996, SA Jacques Daugeville, RFDA 1997, p. 1056, concl. Goulard).

Dans un important arrêt de 2007, le Conseil d'État a jugé que la responsabilité de l'État du fait des lois était susceptible d'être engagée en raison de l'obligation qui lui incombe d'assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, aux fins de réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France, cette responsabilité n'étant ni une responsabilité pour faute ni une responsabilité sans faute (CE Ass. 8 févr. 2007, *Gardedieu*).

Section 4. Les lois

La loi est peut-être la norme avec laquelle les citoyens sont le plus familiarisés parce que l'on apprend très vite, même lorsque l'on est enfant, que dans une société organisée, il faut commencer par respecter la loi même si elle ne nous convient pas, ce qui peut arriver plus ou moins souvent. Mais la question de la loi se pose de manière particulière en France, pour des raisons essentiellement historiques que l'on va présenter.

§ 1. Les transformations de la loi

On peut résumer l'évolution intervenue sous forme d'une double affirmation qui peut apparaître à la fois comme une lapalissade et une contradiction : la loi n'est plus ce qu'elle était, la loi demeure la loi.

Avant d'expliquer les raisons d'une telle affirmation, il convient de rappeler la définition de la loi.

A. Définition de la loi

- La loi peut être définie comme étant **l'acte pris par l'organe législatif selon la procédure législative**. La définition comporte deux éléments. Le premier est celui de l'organe compétent, le législateur, celui-ci étant appelé génériquement le Parlement, composé en France de deux assemblées, l'Assemblée nationale et le Sénat. On ne revient pas ici sur les dispositions constitutionnelles relatives à l'adoption de la loi. Rappelons simplement qu'en cas de désaccord entre les deux assemblées, le gouvernement peut donner à l'Assemblée nationale le « pouvoir de dernier mot », et des lois importantes ont été quelquefois adoptées par la seule Assemblée nationale (ex. la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions).
- Mais, et c'est le second élément, il ne suffit pas que l'acte soit adopté par une assemblée pour qu'il soit considéré comme une loi : encore faut-il que **cette adaptation ait eu lieu selon la procédure législative telle qu'elle est prévue par la Constitution**. Cela signifie que **chacune des deux assemblées prend des actes qui ne sont pas des lois, mais des actes internes** : il en est ainsi de l'acte par lequel une assemblée adopte son budget propre (et pas le budget de l'État qui fait évidemment l'objet, lui, de lois importantes, les lois de finances) ; il en est encore ainsi des nominations de personnels d'une assemblée (ex. les questeurs, plus généralement les fonctionnaires de ces assemblées).

B. L'évolution des conceptions de la loi

L'idée que l'on se fait de la loi, et qui a des conséquences juridiques, a changé, Même si la transformation n'a pas été aussi profonde qu'on le pensait immédiatement après l'adoption de la Constitution de 1958, même si, selon la formule de J. Rivero « *la révolution n'a pas eu lieu* », il n'empêche que cette Constitution de 1958 a apporté des changements profonds à la loi, et cela sur un double plan.

- La première et **la plus importante transformation est celle qui a concerné le statut de la loi dans la hiérarchie des normes juridiques**. Il y a bien, de ce point de vue, un « avant » et un « après » 1958.

En effet, **jusqu'en 1958, la loi était considérée comme un acte incontestable. Elle était l'acte de puissance initiale, l'acte inconditionné**. Cela tient à une conception héritée du XVIII^e siècle, et Carré de Malberg a pu présenter cette conception dans un ouvrage intitulé « *La loi expression de la volonté générale* ». Lorsque l'on

parle de volonté générale, on pense tout naturellement à Rousseau, et à son ouvrage célèbre « *Du contrat social* », écrit en 1762, et bien que Rousseau ait emprunté lui-même cette idée à d'autres auteurs. Il y a, selon Rousseau, un pacte social, qu'il formule ainsi : « *Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale, et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout* ». La volonté générale, dans cette conception, est infaillible puisque, selon Rousseau, « *il est impossible que le corps (social) veuille nuire à tous ses membres et (...) il ne peut nuire à aucun en particulier* ». **La loi est l'expression de la volonté générale, elle a, pour Rousseau, un caractère sacré, elle ne peut être contestée.**

Cette conception, très schématiquement présentée ici, a marqué toute notre histoire, et de manière très simplifiée par rapport à ce que disait Rousseau. Le législateur révolutionnaire a surtout retenu que la loi, expression de la volonté générale, ne pouvait faire l'objet d'une mise en cause. Cela explique la difficulté à mettre en place en France un contrôle de constitutionnalité d'autant que - perversion du système politique - un glissement s'est opéré, la « *souveraineté parlementaire* » se substituant à la souveraineté nationale.

Tout ceci est (presque) terminé. Pour la première fois de notre histoire non seulement **il est prévu un contrôle de constitutionnalité des lois** (cela n'est pas nouveau) mais, surtout (et c'est cela qui est nouveau dans notre histoire), **la loi doit respecter les normes supérieures**, et que nous avons vues précédemment, la Constitution ainsi que toutes les normes inférieures à celle-ci mais supérieures à la loi.

La loi n'est plus la norme suprême et incontestable, elle s'insère dans la hiérarchie des normes juridiques dont la norme suprême est représentée, dans l'ordre interne, par la Constitution.

Il subsiste cependant encore des traces de cette incontestabilité de la loi : en l'état actuel du droit, en effet, la loi promulguée devient incontestable, sous les réserves suivantes. Tout d'abord, le Conseil constitutionnel s'était engagé dans la voie du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, en acceptant de contrôler la constitutionnalité d'une loi promulguée « à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine » (CC 25 janv. 1985, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*). Ensuite, et surtout, avec la QPC introduite par la loi du 23 juillet 2008 (V. plus haut), un contrôle a posteriori est possible, si les juridictions suprêmes acceptent de transmettre la question au Conseil constitutionnel. C'est un mécanisme original, qui ne se traduit cependant pas par un contrôle systématique de la constitutionnalité de toutes les lois, ce qui peut ne pas paraître satisfaisant à certains. La réforme n'est peut-être qu'une demi-mesure. Une autre réforme, plus profonde, interviendra sans doute un jour.

- La seconde transformation intervenue **concerne le domaine de la loi**. Dans la conception dont nous avons hérité jusqu'en 1958, le domaine de la loi est infini, la loi peut intervenir dans n'importe quel domaine. Le règlement - dont on percevait mal, à la Révolution, les caractéristiques - était pensé comme ne devant être que de pures mesures d'application de la loi, ce qui était évidemment une vue de l'esprit. Mais bien que la pratique eût démontré, sous la Troisième République, la nécessité pour l'administration de disposer d'une marge d'appréciation, et bien que le législateur lui-même se fût parfois complètement déchargé sur le gouvernement par le biais des décrets-lois, on vivait avec cette fiction selon laquelle la loi réglait l'ensemble des matières.

C'est, en partie, pour faire correspondre les textes à la réalité qu'en 1958, on imagine le mécanisme des articles 34 et 37, c'est-à-dire une délimitation, qui ne pouvait être, de ce fait, qu'une limitation, du domaine de la loi. L'article 34 consiste à énumérer un certain nombre de matières dans lesquelles la loi peut intervenir, et qui lui sont réservées, l'article 37 alinéa premier déclarant, dans une formule qui est particulièrement claire : « *Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* ».

Le partage opéré par les articles 34 et 37 aboutissait à distinguer au moins deux (en fait plus de deux, ainsi que l'ont montré plusieurs auteurs) pouvoirs réglementaires : le pouvoir réglementaire traditionnel de mise en oeuvre de la loi, qui intervient dans le cadre de l'article 34, et le pouvoir réglementaire de l'article 37 qui intervient dans des domaines où, en principe, il n'y a pas (par définition) de loi. C'est pourquoi ce pouvoir réglementaire a pu être qualifié de « *pouvoir réglementaire autonome* ». Et certes, cette appellation n'est pas

vraiment satisfaisante, et a fait l'objet de critiques extrêmement vives. Mais, d'une part, l'expression continue d'être utilisée aujourd'hui par un certain nombre d'auteurs, d'autre part, même si l'on récuse le terme d'« *autonome* », il n'en reste pas moins que le règlement de l'article 37 se différencie de celui de l'article 34.

Le Conseil constitutionnel a atténué la distinction entre le domaine de la loi et le domaine du règlement qui découlait des articles 34 et 37. D'une part, il a estimé que la compétence du législateur n'était pas déterminée seulement par l'article 34 de la Constitution mais également par d'autres articles, notamment l'art. 72. D'autre part, il a jugé qu'une loi n'était pas inconstitutionnelle du seul fait qu'elle était intervenue dans le domaine du règlement (CC 30 juill. 1982, Blocage des prix). En d'autres termes, **si le gouvernement ne s'y oppose pas** (et ce peut être l'intérêt du gouvernement pour des raisons de tactique politique, ou pour obtenir un vote plus rapide d'un texte), **le législateur peut empiéter sur le domaine du règlement**. Il faut ajouter que, sur le fondement du 2^e alinéa de l'article 37, le gouvernement peut toujours demander au Conseil constitutionnel qu'une disposition de loi relève en réalité du règlement et, si le Conseil se prononce en ce sens, modifier par voie réglementaire la disposition en question.

§ 2. Les problèmes soulevés par les lois

Les problèmes théoriques évoqués précédemment n'ont pas disparu, mais ce sont des questions beaucoup plus pratiques qui préoccupent aujourd'hui les gouvernants comme les juristes, voire les citoyens qui s'intéressent un peu à ces questions.

A. Le problème du nombre et de la longueur des lois

Le Conseil d'État comme les auteurs ont attiré depuis plusieurs décennies l'attention des pouvoirs publics sur le phénomène de « *l'inflation législative* », qui se manifeste doublement.

- La manifestation la plus visible de cette inflation est l'**augmentation du nombre de lois applicables** : il ressort d'une enquête menée en 1990 à la demande du Premier ministre que plus de 8000 lois étaient applicables (le compte exact est impossible à faire) et, depuis cette date, les choses n'ont pu qu'empirer. L'augmentation du nombre de lois entraîne mécaniquement celle du **nombre de règlements d'application** : plus de 120 000 décrets, sans compter les arrêtés et les circulaires, dont le nombre se chiffre par millions.
- Une seconde manifestation, moins visible mais qui est également à relever, est l'**augmentation de la longueur moyenne des lois** d'aujourd'hui par rapport à celles d'autrefois

L'une des solutions mises en oeuvre a été celle de la **codification**.

Codifier consiste à rassembler en un ordre cohérent l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires concernant un domaine

. La codification, dont les premières tentatives remontent à l'Ancien Régime, est indispensable lorsque le nombre de textes applicables est très élevé, ce qui est le cas de la France. Plus de cinquante codes ont été ainsi adoptés, et l'entreprise de codification est loin d'être achevée.

Mais la codification n'est pas une solution satisfaisante, d'abord parce que le nombre de codes augmente sans cesse, et que chaque code « *enfle* » d'une année sur l'autre, ensuite parce que, au fur et à mesure que l'on insère de nouvelles dispositions dans les codes, ces derniers perdent de leur lisibilité. Certaines matières sont sujettes à des variations continues au point que la codification, voulue, est constamment reportée (c'est le cas pour la fonction publique territoriale par ex.).

Il faut donc explorer d'autres voies. L'une de ces dernières est ce que l'on appelle la « **simplification du droit** », qui

consiste à procéder à un « toilettage » des textes, et à supprimer un certain nombre d'entre eux. C'est là une tâche indispensable, qui est constamment à reprendre, et qui n'avance que lentement. Plusieurs lois ont été adoptées, la dernière en date étant la loi du 17 mai 2011 de simplification et de clarification du droit

B. La qualité des lois

Les rapports officiels le reconnaissent tous : le Parlement fait preuve d'une sorte de logorrhée qui est en définitive préjudiciable à l'intérêt général, au bien de la société. Il ne saurait être question d'imposer quoi que ce soit au Parlement, d'autant que la quasi-totalité des lois a pour origine des projets de lois, donc déposés par le gouvernement. Ce dernier doit donc commencer lui-même par s'autodiscipliner et se limiter. Or la tendance, qui est une croyance, est à régler en France les problèmes par des textes.

La qualité de la loi est affectée par son instabilité. Quel que soit pratiquement le domaine, les lois sont réformées en permanence. Il est difficile dès lors de connaître l'état du droit et, lorsqu'il s'agit de régimes législatifs d'aide (par ex. au logement, à la création d'entreprises, etc.) plusieurs régimes peuvent coexister selon la date à laquelle a été obtenue l'aide, et les bénéficiaires ne comprennent pas les différences qui existent entre eux. Tout cela crée un climat d'incertitude et de méfiance qui alimente la « société de défiance » dont parlent certains auteurs.

S'inscrivant dans le mouvement engagé par les lois de simplification, le Premier ministre a pris le 7 juillet 2011 une circulaire "relative à la qualité du droit" dans laquelle il expose les exigences qui s'imposent aux ministères dans l'édition des normes afin de garantir notamment "la sécurité juridique, la prévisibilité du droit" et de permettre "la simplification de règles inadaptées ou dépassées".

Il faut également que la loi soit compréhensible par tous, Portalis l'avait déjà dit magnifiquement. Le Conseil constitutionnel a fait du « *principe de clarté de la loi* » un objectif de valeur constitutionnelle. Des ordonnances ont été prises, sur la base de la loi d'habilitation du 2 juillet 2003, pour apporter des réformes et améliorer un certain nombre de procédures, un bilan pourra en être tiré d'ici quelque temps.

Section 5. La jurisprudence administrative

Il y a quelques décennies, le pouvoir normateur du juge était débattu, aujourd'hui l'existence de ce pouvoir n'est plus guère discutée, la question est plutôt du contenu et de l'étendue de ce pouvoir. En ce qui concerne le juge administratif, ce que l'on peut constater, c'est l'existence de principes énoncés par ce dernier, et de principes qui sont essentiels dans les relations entre l'administration et les citoyens.

§ 1. Les principes généraux du droit et les autres principes énoncés par le juge

La lecture des décisions rendues par le juge administratif, plus particulièrement par le Conseil d'État, montre le recours par ce dernier à un certain nombre de principes, qui n'entrent pas tous dans la même catégorie. Et, parmi ces principes, ce que l'on appelle les principes généraux du droit occupent une place privilégiée.

A. Diversité des principes invoqués par le juge

Il n'y a pas lieu de s'étonner que le juge fasse appel à des principes. La notion de principes est extrêmement générale, on trouve des principes dans toutes les disciplines, et d'abord dans les disciplines scientifiques (l'un des principes les plus connus est sans doute celui qualifié de « *principe de la relativité* », qui est en fait double et qui a été énoncé par Einstein). Le langage courant lui-même utilise largement les termes de « *principe* » ou de « *principes* » : certaines personnes affirment avoir des principes (mais celles qui ne le disent pas en ont aussi, ils sont simplement différents), nous disons facilement « *en principe* », ce qui implique que nous allons apporter des exceptions, ou que nous y pensons. Le terme de principe, au singulier ou au pluriel, n'a donc pas du tout la même signification selon le contexte dans lequel il est utilisé (pour des éclaircissements sur cette notion, v. *Les principes et le droit*, sous la dir. de J.-M. Pontier, PUAM 2007).

Toutes les branches du droit comportent des principes, à la portée plus ou moins grande.

- Certains, par l'écho qu'ils rencontrent, relèvent à la fois du droit et de la politique, plus peut-être de celle-ci que de celui-là, le « *principe de précaution* » en est un exemple.
- D'autres sont bien des principes juridiques, applicables et reconnus aussi bien en droit privé qu'en droit public.
- D'autres encore sont propres à une branche du droit, comme les principes que l'on trouve, par exemple, en droit budgétaire (principe de l'universalité, principe de l'unité, principe de l'annualité).

Le droit administratif connaît ou consacre de nombreux principes.

Exemple

Par exemple, ainsi que nous l'avons vu précédemment, le Conseil d'État a consacré dans sa décision du 24 mars 2006 Sté KPMG le **principe de sécurité juridique**, venu du droit communautaire. Un autre principe que l'on va retrouver notamment dans le cadre de la police administrative, et qui est largement utilisé par le juge, est le *principe de proportionnalité*.

Ce n'est pas de ces principes dont il est question ici.

Les principes que l'on va traiter ici ne sont pas des principes techniques (comme peuvent l'être, par exemple, des principes de procédure), ce sont des principes qui sont relatifs aux relations entre l'administration et le citoyen, entre le pouvoir et l'individu. Pour le dire en d'autres termes, ces principes sont nécessairement ceux d'un État libéral qui reconnaît un certain nombre de droits à ses citoyens.

On l'a dit dans le chapitre introductif, le droit administratif français est **un droit d'équilibre des droits**, les principes énoncés par le juge s'inscrivent dans cette volonté d'établir un équilibre entre le pouvoir et les citoyens.

En dehors des principes généraux du droit dont il est question ci-après, une autre catégorie de principes est constituée par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Ainsi que nous l'avons vu, ces principes sont, non pas énoncés (ce qui faciliterait grandement les choses) mais affirmés, sans autre précision, par le Préambule de 1946 dont on rappelle qu'il a valeur constitutionnelle. Outre la question de leur contenu (la liste des principes fondamentaux) deux autres questions se sont posées.

- Une première question a porté sur **l'auteur, ou les auteurs, de l'énonciation de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République**. La plupart de ces principes ont été « *découverts* » et énoncés par le Conseil constitutionnel, ce qui est évidemment logique. Mais certains ont été surpris lorsque, par la décision du 3 juillet 1996, Koné, le Conseil d'État a reconnu l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, le principe « *selon lequel l'État doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique* ». Des critiques ont été émises à l'encontre du Conseil d'État par ceux qui estiment que le Conseil constitutionnel dispose, ou doit disposer, en la matière, d'un monopole. En réalité, rien dans les normes constitutionnelles ne réserve la découverte de principes fondamentaux au Conseil constitutionnel. L'argument selon lequel il serait dangereux que d'autres juridictions que le Conseil constitutionnel puissent découvrir de tels principes est de peu de poids puisque, dans leur ordre respectif, Conseil d'État et Cour de cassation assurent l'unité de la jurisprudence.
- Une seconde question est évidemment celle de **la distinction, que certains auteurs refusent, entre les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et les principes généraux du droit**. Cette distinction doit être faite : les principes fondamentaux, à valeur constitutionnelle ainsi que cela résulte du texte du Préambule de 1946 sont, ainsi que le souligne R. Chapus, des principes de droit écrit. Même s'ils ne sont pas répertoriés par ledit Préambule, **ils reposent sur des lois que l'on peut et que l'on doit retrouver dans l'histoire de nos républiques**. Il en résulte que la liste de ces principes, si elle n'est pas close (on peut imaginer encore, au vu précisément de quelques législations, que de nouveaux principes puissent être énoncés) est cependant limitative. **Les principes généraux du droit ne se rattachent pas toujours et pas nécessairement directement à un texte, la liste des principes généraux du droit est indéfinie** (ce qui ne veut pas dire infinie) en ce sens qu'elle est toujours ouverte.

B. Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative

Les développements qui précèdent permettent déjà de se faire une idée de ce que sont les principes généraux du droit, qui sont une catégorie de normes juridiques originales. Précisons que les principes généraux du droit ne sont pas plus un monopole du Conseil d'État que les principes fondamentaux ne le sont du Conseil constitutionnel. Les caractéristiques des principes généraux du droit tels qu'on peut les trouver dans la jurisprudence administrative peuvent être résumées de la manière suivante.

Les principes généraux du droit sont tout d'abord des normes jurisprudentielles, ils sont découverts ou « inventés » par le juge, ils ne résultent pas directement d'un texte écrit, même lorsque l'on peut les rattacher (mais pas tous) à la Déclaration des droits de 1789.

Certaines décisions sont particulièrement éclairantes de la démarche du juge.

Exemple

Tel est le cas de l'affaire *Dame Peynet* (CE Ass. 8 juin 1973, AJDA 1973, p. 587, chron. Léger et Boyon). Dans cette affaire, le juge était invité à dire que l'article 29 du Livre Ier du code du travail - qui interdit de licencier les salariées en état de grossesse - institue un principe général du droit. Ce n'est pas ce qu'a fait le juge, qui a préféré déclarer : « le principe général du droit dont s'inspire l'article 29 du Livre Ier du code du travail ». La différence entre la solution demandée et la solution retenue est considérable. Certes, dans les deux cas, le résultat est l'affirmation d'un principe général du droit qui interdit de licencier les salariées en état de grossesse. Mais la différence est dans le champ d'application : ce qui était demandé était la reconnaissance d'un principe général du droit déduit du texte, conditionné donc par ce texte, ayant le même champ d'application que lui. La solution retenue par le juge consiste à inverser le lien : ce n'est pas le principe qui résulte du texte, le texte n'est qu'une application du principe. Cela donne une plus grande latitude au juge, qui peut appliquer ce principe en dehors du champ d'application du code du travail.

Les principes généraux du droit sont **applicables « même en l'absence de texte »**, ainsi que le déclare la décision du Conseil d'État qui, pour la première fois depuis 1873 reconnaît explicitement l'existence de principes généraux du droit, la décision *Aramu* (CE Ass. 26 oct. 1945, D.1946 p. 158, note Morange). Dans la décision *Dame Lamotte*, le Conseil d'État déclarait également que le recours pour excès de pouvoir était « ouvert même sans texte contre tout acte administratif (...) conformément aux principes généraux du droit ».

Les principes généraux du droit ne sont pas des solutions d'espèce - caractéristique que l'on prête souvent aux décisions rendues par le juge administratif - ils s'inscrivent dans la durée, ils sont destinés à avoir une certaine permanence. L'état du droit peut changer, les principes eux, demeurent (sauf cas particulier) parce qu'ils répondent à cette exigence d'équilibre entre le pouvoir et les individus.

Les principes généraux du droit ne peuvent s'expliquer, enfin, que parce qu'ils reposent sur une certaine conception des relations dans un État entre le pouvoir et les individus. La conception sous-jacente aux principes généraux du droit est celle d'un État libéral, c'est donc une certaine conception de l'homme vivant en société que ces principes expriment.

§ 2. La variété des principes généraux du droit

Depuis une soixantaine d'années, le juge administratif a multiplié les principes généraux du droit, qui forment aujourd'hui un ensemble impressionnant. Plusieurs classifications sont envisageables. Sans prétendre aucunement à un caractère scientifique de ce qui est proposé, on peut distinguer des principes que l'on dira à portée générale et des principes que l'on peut dire plus « spécialisés ».

A. Les principes généraux du droit à portée générale

1. Principes généraux du droit se rapportant à l'idée de liberté

Le juge administratif a consacré **la liberté individuelle** ainsi que **la liberté d'aller et venir**,

Exemple

par exemple pour des campeurs (CE Sect. 14 févr. 1958, Abisset, Rec. p. 98, concl. M. Long).

Une autre grande liberté classiquement consacrée par le juge est **la liberté du commerce et de l'industrie** à propos de laquelle tantôt le juge se fonde sur la loi des 2-17 mars 1791 - sur laquelle on reviendra à propos de services publics - (CE Ass. 22 juin 1951, Daudignac, Rec. p. 362, D 1951 p. 389, concl. F. Gazier), et tantôt le juge ne se réfère aucunement à la loi précitée, consacrant cette liberté sans support textuel (CE Ass. 13 mai 1983, Sté René Moline, Rec. p. 191, AJ 1983, p. 624, note Bazex, Rev. adm. 1983, p. 578, note B. Pacteau).

Il ne faut pas s'étonner du nombre relativement peu élevé, en définitive, du nombre de principes généraux du droit relatifs à l'idée de liberté, pour deux raisons :

- d'une part, les principales libertés ont été progressivement reconnues et consacrées en France, sous la IIIe République, par des lois ;
- d'autre part, aujourd'hui, la plupart des grandes libertés ont une valeur constitutionnelle, la nécessité d'édition de principes généraux du droit s'impose moins.

2. Les principes généraux du droit se rapportant à l'idée d'égalité

Les principes généraux du droit portant sur l'égalité sont beaucoup plus nombreux que les précédents et il n'y a là rien de surprenant : tout d'abord l'affirmation de l'égalité, en soi, ne veut pas dire grand-chose, pour que la formule ait un peu de sens, il faut l'appliquer à un domaine déterminé, sinon on reste dans le domaine de l'incantation, propre à toutes les dérives démagogiques. Ensuite, les situations à propos desquelles on peut invoquer le principe d'égalité sont extraordinairement variées, la loi ne peut toutes les prévoir, il revient au juge de vérifier et d'apprécier, pour chaque situation, si le principe d'égalité est applicable.

Le principe d'égalité est d'abord le principe d'**égalité devant la loi**. Ce principe a été affirmé dans une décision importante de 1958 qui a nourri les débats sur la valeur, que l'on examinera plus loin, des principes généraux du droit (CE Ass. 7 févr. 1958, *Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie*, AJDA 1958, p. 130, concl. Grévisse et, p. 220, chron. Fournier et Combarrous). Le principe d'égalité devant la loi n'est pas quelque chose d'abstrait, il trouve au contraire à s'appliquer dans des **situations concrètes** : le juge a ainsi estimé que la loi du 15 novembre 1999 instituant le pacte civil de solidarité (PACS) impose d'étendre aux signataires dudit pacte les avantages que la réglementation accorde aux conjoints (CE Ass. 28 juin 2002, M. Villemain, RFDA 2002.723, concl. Boissard ; AJ 2002.586, chr. Donnat et Casas ; RDP 2003.447, note Guettier)

Le principe d'égalité est multiforme il s'applique à un grand nombre de situations

Exemple

On peut citer, à titre d'exemples :

- **le principe d'égalité des usagers d'un même service public**, lorsqu'ils sont placés au regard de ce service dans une situation identique (CE 29 déc. 1911, Chomel, Rec. p. 1265, à propos de la distribution du courrier ; CE Sect. 19 mars 1951, Sté des concerts du Conservatoire, Rec. 151, à propos de l'accès à ce qui était alors la Radio Télévision française ; CE 26 avr. 1985, Ville de Tarbes, Rec. p. 119, concl. Lasserre, à propos des usagers des écoles de musique) ;
- **le principe d'égalité dans l'utilisation du domaine public** (CE 2 nov. 1956, Biberon, Rec. p. 403, concl. Mosset) ; principe d'égalité dans l'accès aux emplois publics (CE Ass. 28 mai 1954, Barel) ;
- **principe d'égalité entre les sexes**, qui recoupe le précédent (on peut comparer la décision du 3 juill. 1936, Mlle Bobard, Rec. p. 232, où le Conseil d'État admet encore les discriminations, et la décision

du 9 nov. 1966, *Commune de Clohars-Carnoët*, où le juge sanctionne le non respect de ce principe d'égalité) ;

- **principe d'égalité des candidats à un grade universitaire** (CE Sect. 28 sept. 1962, *Jourde et Malleville*, D.1963 p. 62, concl. Braibant) ;
- **principe d'égalité devant les tarifs publics** (CE 1er avr. 1938, *Sté L'alcool dénaturé de Coubert*, Rec. p. 337) ;
- **principe d'égalité devant l'impôt** (CE Sect. 4 févr. 1944, *Guieysse*, Rec. p. 45 ; naturellement ce principe peut revêtir des formes différenciées, l'égalité devant l'impôt se prêtant à des débats infinis) ;
- **principe d'égalité des candidats à un concours** (CE Ass. 29 déc. 1978, *Assoc. gén. des attachés d'administration centrale*, Rec. p. 535) ;
- **principe d'égalité devant la justice** (CE Ass. 12 oct. 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, AJDA 1980, p. 248, note Debouy).

3. Autres grands principes généraux du droit

Il faut également citer, parmi les grands principes généraux du droit qui ont pour objet la protection des citoyens le principe du respect des droits de la défense (avec, outre la décision Aramy, précitée, la première décision consacrant ce droit, mais sans qu'apparaisse explicitement la référence à un principe général du droit, CE 15 mai 1944, *Dame Veuve Trampier-Gravier*, Rec. p. 133, RDP 1944, p. 256, concl. B. Chenot, note Jèze), le principe de non-rétroactivité des actes administratifs (CE 25 juin 1948, *Sté du journal l'Aurore*, Rec. p. 289, S.1948.3.69, concl. Letourneur, D.1948 p. 437 note Waline, JCP 1948, II, 4427, note Mestre) le principe selon lequel il est toujours possible d'intenter un recours en cassation contre une décision rendue en dernier ressort (CE Ass. 7 févr. 1947, *d'Aillières*, précitée), le principe selon lequel le recours pour excès de pouvoir est ouvert, même sans texte, contre tout acte administratif (CE Ass. 17 févr. 1950, *Dame Lamotte*, précitée), le principe selon lequel il est possible aux administrés d'exercer un recours hiérarchique à l'encontre d'une décision d'une autorité subordonnée (CE Sect. 30 juin 1950, *Quéralt*, Rec. p. 413, Dr. soc. 1951, p. 246, concl. Delvolvé, S.1951.3.85, note Auby ; il faut retenir d'ores et déjà que le recours hiérarchique prolonge le délai de recours contentieux), le principe non bis idem (c'est-à-dire l'interdiction de prononcer deux sanctions pour une seule faute : CE 23 avr. 1958, *Commune de Petit-Quevilly*, AJ 1958, 2, p. 383), le principe du caractère contradictoire de la procédure juridictionnelle (CE Sect. 12 mai 1961, *Sté La Huta*, Rec. p. 313), l'obligation pour les collectivités publiques de couvrir leurs agents des condamnations civiles prononcées contre eux dès lors qu'aucune faute personnelle ne leur est imputable (CE Sect. 26 avr. 1963, *Centre hospitalier de Besançon*, Rec. p. 243, concl. Chardeau). Il ne faut pas omettre, non plus, l'important principe, que l'on retrouvera à propos du régime juridique des actes administratifs unilatéraux, et selon lequel « l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer » (CE Ass. 3 févr. 1989, *Cie Alitalia*, Rec. p. 44, RFDA 1989 p. 391, concl. N. Chahid-Nourai, notes L. Dubouis et O. Beaud, AJDA 1989, p. 387, note O. Fouquet).

B. Les principes généraux du droit plus « spécialisés »

L'expression de principes généraux du droit spécialisés pourrait apparaître comme un oxymore, figure de style très utilisée de nos jours. Mais ce n'est pas du tout le but recherché. En parlant de principes généraux du droit plus « spécialisés », on veut simplement dire que l'on peut identifier des catégories à propos desquelles le Conseil d'État a énoncé plusieurs principes généraux du droit se rapportant à une même catégorie.

Cette évolution n'a du reste rien d'étonnant : après le temps de l'affirmation des grands principes généraux du droit qui ont été vus précédemment (ce temps couvrant, en gros, le premier tiers de la seconde moitié du XXe siècle) les principes généraux du droit sont moins généraux quant à leur champ d'application, tout en conservant naturellement les caractères des principes généraux du droit.

Parmi ces principes généraux du droit, on peut citer les **principes énoncés par le juge à propos des étrangers**.

- Dans une décision de 1978, le Conseil d'État a ainsi consacré le principe, pour les étrangers vivant régulièrement en France, du « **droit de mener une vie familiale normale** » ce droit comportant, notamment, la faculté, pour ces étrangers, de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs (CE Ass. 8 déc. 1978, GISTI, Rec. p. 493, Dr. soc. 1979, p. 57, concl. Dondoux, AJ 1979 (3) p. 38, chron. Dutheillet et de Lamothe et Robineau, D.1979.IR. p. 94, obs. P. Delvolvé).
- Le Conseil d'État a parlé également des « **principes généraux du droit applicables aux réfugiés** » (CE Ass. 1^{er} avr. 1988, *Bereciartua Echarri*, AJDA 1988, p. 322, chron. Azibert et de Boisdeffre, RFDA 1988, p. 499, obs. B. Genevois).
- Ces principes interdisent aux autorités françaises de remettre un réfugié aux autorités de son pays d'origine (arrêt précédent) et imposent, pour l'unité de la famille, d'**attribuer la qualité de réfugié au conjoint et aux enfants mineurs de l'étranger auquel a déjà été reconnue la qualité de réfugié** (CE Ass. 2 déc. 1994, *Dame Agyepong*, AJDA 1994, p. 878, chron. Touvet et Stahl).
- On peut y ajouter les « **principes généraux du droit de l'extradition** », l'un de ces principes interdisant l'extradition d'un étranger vers un État dont le système judiciaire ne respecte pas les « *droits et libertés fondamentaux de la personne humaine* » (CE Ass. 26 sept. 1984, *Lujambio Galdeano*, Rec. p. 308, JCP 1984, II, 20346, concl. Genevois, AJDA 1984 p. 702, chron. Schoettl et S. Hubac)

Une autre série de principes généraux du droit concerne le droit du travail, qu'il s'agisse du secteur privé ou du secteur public.

- On a déjà vu le principe de **l'interdiction de licencier une salariée en état de grossesse** avec la décision *Dame Peynet* (v. supra).
- On pourrait citer également - et l'on voit bien ici le caractère « *spécialisé* » d'un tel principe - le principe selon lequel **un employeur a l'obligation de chercher à reclasser un salarié atteint d'une inaptitude physique à son emploi et, en cas d'impossibilité, de le licencier** (CE 2 oct. 2002, Chbre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle, AJDA 2002 p. 997, obs. M.-C. de Montecler).
- Dans le secteur public, on peut citer le principe selon lequel **le personnel non titulaire des collectivités publiques a droit à une rémunération au moins égale au SMIC** (CE Sect. 23 avr. 1982, *Ville de Toulouse c/Mme Aragnou*, Rec. p. 152, concl. Labetoulle, AJ 1982, p. 440, chron. Tiberghien et Lasserre, D.1983 p. 8 note J.-B. Auby).

Enfin, il faut ajouter que certains principes généraux du droit sont difficilement classables, ce qui n'enlève évidemment rien à leur importance. Il convient de citer, notamment, un très important principe dégagé par le juge et selon lequel « **les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la vie humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient, ne cessent pas de s'appliquer après la mort de celui-ci** » (CE Ass. 2 juill. 1993, Milhaud, Rec. p. 194, concl. D. Kessler, AJDA 1993, p. 530, chron. C. Maugué et L. Touvert, JCP 1993, n° 22133, note P. Gonod, JCP 1993, I, n° 3700, chron. E. Picard, R. Chapus parle à cet égard d'un « arrêt remarquable par son éminente signification philosophique »).

§ 3. Valeur juridique des principes généraux du droit

Les développements qui précèdent montrent l'importance des principes généraux du droit comme instruments de régulation des relations entre l'administration et les citoyens. D'où l'importance de la question de la place de ces principes dans l'ordonnement juridique.

A. Le débat sur la valeur des principes généraux du droit

Pour comprendre l'importance de la question posée, et avant d'exposer les différentes solutions envisageables, il est bon de rappeler une affaire importante, non par les circonstances dans lesquelles elle est intervenue que par la portée qu'elle a eue. Il s'agit de la décision du Conseil d'État de Section du 26 juin 1959 Syndicat général des ingénieurs conseils, (Rec. p. 394, RDP 1959, p. 1004, concl. Fournier, AJ 1959, I, 153, chron. Combarrous et Galabert). Cette affaire est réglée par le Conseil d'État en 1959, mais elle porte sur une législation applicable sous la IV^e République. A priori, donc, c'est une affaire sans intérêt, ne présentant qu'un caractère historique, d'autant plus qu'en l'espèce ce qui était en cause, c'était un pouvoir, remis au gouvernement, pour régir les colonies dans certains domaines en vertu d'un sénatus-consulte du 3 mai 1854... Voir les choses ainsi serait passer complètement à côté du problème. Car le pouvoir dont disposait le gouvernement était un pouvoir dans le domaine de la loi.

La solution rendue par le Conseil d'État n'avait, en 1959, que des conséquences pratiques très limitées. Mais nous avons changé de régime, et la Cinquième République établissait précisément, avec les articles 34 et 37, une distinction entre le domaine de la loi et le domaine du règlement. Et certains, en 1959, soutenaient que le pouvoir réglementaire de l'article 37 ne pouvait faire l'objet que d'un contrôle par rapport à la Constitution, puisque, dans le domaine de l'article 37, il n'y avait plus de loi. En déclarant qu'en faisant usage de son pouvoir de « législateur colonial » le gouvernement était tenu de respecter « *les principes généraux du droit qui, résultant notamment du Préambule de la Constitution, s'imposent à toute autorité réglementaire même en l'absence de dispositions législatives* » le Conseil d'État adoptait une solution qui, pour l'espèce, ne présentait qu'un intérêt limité mais qui, pour l'avenir, était déterminante, car la solution applicable au pouvoir réglementaire colonial autonome du gouvernement de la IV^e République était évidemment transposable au pouvoir réglementaire de l'article 37 : le gouvernement doit respecter, dans l'exercice du pouvoir réglementaire qu'il tient de l'article 37 de la Constitution, les principes généraux du droit, alors même qu'il n'y a pas de loi (en principe) dans les matières relevant de cet article 37. On voit par là l'importance de cette décision par rapport au pouvoir réglementaire.

Les auteurs ont adopté des positions très différentes sur la valeur juridique des principes généraux du droit. On peut ramener toutes ces positions à trois thèses, que l'on présentera brièvement.

- Selon une première thèse, les principes généraux du droit auraient une **valeur constitutionnelle**.
- Selon une deuxième thèse, les principes généraux du droit ont une **valeur législative**. Et les tenants d'une telle position peuvent invoquer à l'appui de cette thèse une décision du Conseil d'État, que nous avons rencontrée, la décision du 7 février 1958, *Syndicat des propriétaires de chênes-lièges d'Algérie*, dans laquelle le juge a parlé de « principes généraux du droit ayant valeur législative » (l'expression se retrouve dans deux autres arrêts de 1960). Mais ceci n'est peut-être pas déterminant, la décision de 1958 s'inscrivant dans le système constitutionnel de 1946, celui de 1958 étant très différent.
- Une troisième position, plus originale, a été soutenue par R. Chapus, c'est celle de la **valeur infra-législative et de la valeur supra-décrétale des principes généraux du droit** (R. Chapus, De la soumission au droit des règlements autonomes, D.1960, p. 119, ainsi qu'un autre article : De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif, D.1966, p. 99). Valeur infra-législative signifie que ces principes sont en-dessous de la loi, valeur supra-décrétale signifie qu'ils sont au-dessus du règlement et, notamment, du règlement de l'article 37 de la Constitution.

B. Éléments d'appréciation

Le débat, qui n'est pas éteint mais n'a plus la vivacité qu'il a pu avoir il y a quelques décennies, ne doit pas troubler outre-mesure puisque le désaccord n'a pas d'incidence sur l'application du droit. Trois brèves observations peuvent servir à éclairer le débat.

- En premier lieu, on pourrait estimer que **ces principes, étant énoncés par le juge administratif, ne peuvent pas avoir dans ces conditions, et selon un simple principe de logique juridique, une valeur supérieure à celle à laquelle le juge lui-même est placé.** En d'autres termes, on pourrait dire qu'une norme ne peut pas avoir de valeur supérieure à son auteur ce qui écarte la valeur constitutionnelle, le choix demeurant entre la valeur législative et la valeur infra-législative. Le juge lui-même va dans ce sens lorsqu'il déclare qu' « *il n'appartient qu'au législateur d'en déterminer l'étendue, d'en étendre ou d'en restreindre les limites* » (c'est la formule de la décision du CE Ass. 4 oct. 1974, Dame David, Rec. p. 464, concl. Gentot, sur le principe de la publicité des débats judiciaires. Le législateur peut donc étendre ou restreindre les limites d'un principe général du droit, ce que ne peut pas faire le règlement qui, à l'inverse, lui est soumis
- En deuxième lieu, **un élément de trouble est constitué par l'existence de principes généraux du droit énoncés par le Conseil constitutionnel.** L'un des exemples les plus significatifs est celui du principe de continuité des services publics dont le Conseil constitutionnel a déclaré, dans sa décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979 relative à l'exercice du droit de grève à la radiodiffusion-télévision française, qu'il était un principe à valeur constitutionnelle, sans le rattacher à aucun texte (ce n'est donc pas, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, un principe fondamental reconnu par les lois de la République), tandis que le Conseil d'État en fait également un principe général du droit (CE 13 juin 1980, Dame Bonjean, Rec. p. 274, D.1981 p. 241, note Toulemonde). Mais ceci, une nouvelle fois, ne doit pas troubler : il existe des ordres juridiques distincts, lorsque le principe est énoncé par le Conseil constitutionnel, il a une valeur constitutionnelle, lorsqu'il est énoncé par le Conseil d'État, il a une valeur au plus législative.
- En troisième lieu, enfin, la réponse à **la question de la place des principes généraux du droit dans l'ordonnement juridique est passionnante d'un point de vue théorique, mais est au fond relativement indifférente pour l'application du droit.** Une chose compte, en définitive, et sur laquelle tout le monde est d'accord : l'administration doit respecter les principes généraux du droit, quel que soit le pouvoir réglementaire qu'elle utilise dans son action. C'est cela qui est essentiel, les principes généraux du droit sont un instrument de soumission de l'administration au Droit.