

TD 44 bis

UNIVERSITÉ DE BOURGOGNE
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

Année

N° attribué par la bibliothèque

Thèse en vue de l'obtention du
Doctorat en Droit

présentée et soutenue publiquement le 5 février 1999

par

Éric RONZANI

L'INTERPRÉTATION CRÉATRICE DE LA CONSTITUTION
PAR LE JUGE CONSTITUTIONNEL
EN FRANCE ET EN SUISSE

JURY

Claude COURVOISIER	Professeur à l'Université de Bourgogne
Michel FROMONT	Professeur à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Directeur de la recherche
Constance GREWE	Professeur à l'Université de Strasbourg III Robert Schuman
Charles-Albert MORAND	Professeur à l'Université de Genève
Michel VERPEAUX	Professeur à l'Université de Paris II Panthéon-Assas



Je tiens à exprimer ici ma profonde reconnaissance au Professeur Michel FROMONT. Il a accepté de diriger cette recherche alors que l'étendue de son champ était encore incertaine, et il n'a cessé de me prodiguer ses conseils et ses encouragements, me permettant ainsi de la mener à bien.

Je remercie également le Professeur Claude COURVOISIER qui, avec ses collègues du D.E.A. de droit public et science politique, a offert à ma réflexion l'exemple d'une pensée élevée, rigoureuse et fertile.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE	7
PREMIÈRE PARTIE : Les règles non écrites et le pouvoir créateur : la mesure du phénomène. Introduction.	13
CHAPITRE PREMIER. - Les règles non écrites du Tribunal fédéral.	15
1. La garantie de la propriété : l'arrêt <i>Keller</i> et la révision constitutionnelle de 1969. .	15
A. - Un apport juridique en apparence limité dans ses conséquences pratiques.	15
B. - La limitation des atteintes à la propriété.	17
C. - Le rôle de la "doctrine dominante".	19
D. - La confirmation par le pouvoir constituant.	20
2. La liberté d'expression.	20
A. - L'arrêt <i>Sphinx-Film S.A.</i> et la proclamation du principe de la liberté. . .	21
d'expression.	
B. - <i>Nöthiger</i> et <i>Aleinick</i> : le principe de la liberté d'expression est confirmé. .	23
C. - L'arrêt <i>Küpfer</i> et le contenu de la liberté d'expression.	24
D. - L'extension de la liberté d'expression à la liberté d'information.	26
3. La liberté individuelle (liberté personnelle).	28
A. - L'arrêt <i>Kind X.</i> : la consécration de la liberté individuelle sous son aspect physique.	29
B. - L'arrêt <i>X. c. Chambre d'accusation du canton de Genève</i> du 25 mars 1964 et la garantie de la liberté psychique.	30
C. - L'étendue du domaine de la liberté individuelle : les arrêts <i>Dubois, Müller-Gilliers</i> et <i>Vest.</i>	31
4. La liberté de la langue.	
A. - L'articulation de la liberté de la langue et de l'art. 116 de la Constitution fédérale.	36
B. - La liberté de la langue, droit constitutionnel fédéral non écrit : l'arrêt <i>Association de l'école française.</i>	37
C. - La jurisprudence ultérieure : confirmation de la prééminence du principe de territorialité sur celui de la liberté de la langue maternelle.	39
D. - Une interprétation plus nuancée du principe de territorialité et une nouvelle justification de la liberté de la langue.	40
5. La liberté de réunion.	45

A. - Une reconnaissance sans grande portée pratique.	45
B. - Les limites à la reconnaissance jurisprudentielle des droits constitutionnels non écrits et l'arrêt <i>Kaufmann</i>	47
6. Le droit à des conditions minimales d'existence	50
A. - Un droit fondamental nouveau	51
B. - Un droit constitutionnel "minimaliste"	54
CHAPITRE II. - Les principes et objectifs de valeur constitutionnelle du Conseil constitutionnel.	56
1. Préalables terminologiques.	58
2. Les principes de valeur constitutionnelle.	60
A. - les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.	60
B. - Un principe général du droit de valeur constitutionnelle d'origine purement jurisprudentielle.	64
3. Les objectifs de valeur constitutionnelle.	67
A. - Une catégorie fonctionnelle distincte.	68
B. - Un caractère normatif discuté.	74
CHAPITRE III. - Le pouvoir créateur en présence de dispositions écrites	77
1. La diversité des méthodes d'interprétation du tribunal fédéral.	78
A. - L'arrêt <i>Quinche</i> de 1957 : le refus d'une révision de la constitution par voie d'interprétation.	79
B. - l'arrêt <i>Rohner</i> de 1990 : une interprétation "contemporaine" ?	81
2. la liberté du juge constitutionnel français face aux textes.	84
A. - Les vicissitudes du principe de gratuité de la circulation.	84
B. - La notion de "vie familiale normale" : un exemple d'interprétation "souple et constructive" du Préambule de la Constitution de 1946.	88
CHAPITRE IV. - Typologie comparée des normes non écrites.	94
1. les droits non écrits du tribunal fédéral et leur équivalent français.	94
A. - La garantie de la propriété.	95
B. - La liberté d'expression.	95
C. - la liberté personnelle.	95
D. - La liberté de la langue.	99

E. - La liberté de réunion	100
F. - Le droit au minimum vital	102
2. Des principes et objectifs pouvant se présenter comme des éléments indispensables de l'État de droit ou comme des conditions d'exercice d'autres droits constitutionnellement garantis.	103
A. - Continuité du service public et État de droit.	103
B. - Les objectifs de valeur constitutionnelle et les critères du Trib. féd.	104
3. Le rang hiérarchique des normes d'origine jurisprudentielle.	104
SECONDE PARTIE : Le pouvoir créateur du juge constitutionnel et la théorie du droit	
Introduction.	108
CHAPITRE PREMIER. - Interprétation et création.	
1. Intérêt de la distinction.	112
2. Les règles dites nouvelles peuvent être en fait déduites de règles existantes.	116
3. La lecture nouvelle d'une règle existante constitue aussi une création.	118
CHAPITRE II. - Pouvoir créateur et prévisibilité des décisions.	
1. La connaissance des textes et du contexte.	126
A. - L'influence des textes est très fréquente en Suisse.	126
B. - L'influence des textes paraît moins directe en France.	130
2. la connaissance des conditions de fait ou des effets prévisibles de l'application de la règle.	136
3. La connaissance des valeurs dominantes de l'ordre juridique.	139
A. - Les valeurs latentes sont difficilement déterminables.	141
B. - Les valeurs exprimées par le droit.	143
CHAPITRE III. - La création jurisprudentielle et la séparation des pouvoirs.	
1. Contrôle de constitutionnalité et démocratie.	154
A. - Le juge constitutionnel ne se substitue pas au législateur.	154
B. - Le législateur n'incarne qu'imparfaitement la volonté générale.	156
C. - Le juge constitutionnel n'est ni supérieur, ni même égal au constituant.	158
2. Intérêt de la reconnaissance d'un pouvoir créateur au profit du juge constitutionnel.	159
A. - Le constituant ne peut ni tout prévoir, ni intervenir trop fréquemment.	160
B. - Un constituant secondaire "raisonnable et acceptable".	161

3. Les acteurs de la création jurisprudentielle	166
A. - La doctrine et la création jurisprudentielle.	166
B. - L'affirmation de certaines valeurs doit pouvoir s'appuyer sur la volonté exprimée du constituant.	168
CHAPITRE IV. - Synthèses et perspectives	171
1. Interprétation ou création : comment définir le pouvoir créateur ?	172
A. - Les pièges sémantiques	172
B. - Pour une définition fonctionnelle du pouvoir créateur	175
2. L'apport de l'analyse systémale à la légitimation du pouvoir créateur	182
A. - Le pouvoir créateur tient à la structure des normes juridiques	182
B. - Mesure et limites du consensus sur les valeurs	183
3. La légitimation par la logique fonctionnelle	192
A. - La coordination de l'application du droit de fond et de procédure	193
B. - Les possibilités de transposition en droit constitutionnel	195
CONCLUSION GÉNÉRALE	203

INTRODUCTION GÉNÉRALE

À plusieurs reprises, Ch. Perelman¹ a comparé les normes constitutionnelles écrites à des militaires en uniforme, reconnaissables à leur tenue et à leurs insignes, normes à côté desquelles il existerait d'autres normes, comme les principes généraux du droit, dont le statut est beaucoup moins assuré mais qui jouent un certain rôle ; ces dernières règles peuvent être comparées à des combattants sans uniforme, que l'on fusillait il y a peu sous le nom de francs-tireurs, mais qui ont reçu récemment le nom honorifique de partisans.

Cette comparaison ne manque pas de pertinence : historiquement la reconnaissance de règles non écrites en Europe occidentale se manifeste après la Seconde guerre mondiale ; comme celle des partisans elle marque une moins grande confiance dans les critères formels. Les excès du national-socialisme ont montré les limites du positivisme juridique : les lois raciales allemandes ont été adoptées dans le respect de la légalité formelle. Il a donc bien fallu prendre en considération des valeurs qui transcendent le droit positif, de même que l'on admettait la légitimité d'une résistance à un ordre établi dévoyé.

Il est vrai que, comme les partisans dans les opérations militaires, les principes non écrits ne jouent dans la vie juridique qu'un rôle pratique limité, mais dans les deux cas l'importance symbolique l'emporte de beaucoup sur le phénomène réel. Cela tend à dissimuler le fait que dans son activité ordinaire le juge dispose d'une large liberté d'interprétation des normes écrites, surtout quand il s'agit de notions relativement peu déterminées comme le principe d'égalité².

Dans des pays de droit écrit comme la France et la Suisse on s'est habitué, de bon gré ou non, à voir le juge constitutionnel tenir compte de valeurs et de règles n'ayant pas été votées et promulguées en tant que telles. En France pourtant, on persiste à contester, à nier ou à dissimuler que la jurisprudence ait un rôle créateur de droit : les contestataires observent le fait créateur, mais ils le condamnent en disant que le juge sort de son rôle pour empiéter sur le pouvoir constituant ou législatif selon les cas ; les négateurs et les dissimulateurs, quant à eux, paraissent moins redouter les effets d'une jurisprudence créatrice qu'admettre ouvertement un pouvoir créateur, et ils préfèrent ainsi considérer qu'il n'y a pas véritablement création de droit, que le juge, même quand il ne le fait pas, pourrait rattacher sa décision à un article de la constitution ou à un principe de droit écrit :

¹ Chaim PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éd. de l'Université, 1990, p. 493, 760, 761.

² Voir, à ce propos, la thèse d'O. JOUANJAN : *Le principe d'égalité devant la loi dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande*, Economica, 1992, qui expose comment le principe d'égalité a été utilisé par la juridiction allemande, de manière extraordinairement féconde, comme outil de contrôle de la régularité des normes, tant abstraites que concrètes (en droit allemand, l'expression *norme concrète* désigne les actes administratifs).

“lors même qu’il y a une lacune dans la loi, on prétend que le juge ne fait pas autre chose qu’appliquer la loi, car pour combler cette lacune il recourt à des arguments d’analogie ou *a contrario* en s’appuyant sur la loi elle-même ou sur des principes tirés de la loi”³. Cette remarque du Professeur Cappelletti vise les pays de *civil law* en général, mais la France est sans doute le pays dans lequel on a le plus assimilé les notions de loi et de droit, le pays dans lequel le “gouvernement des juges” inspire le plus de frayeur depuis des siècles.

Il paraît donc utile de mettre en évidence le pouvoir créateur du juge constitutionnel : certains pourront à juste titre considérer que c’est une “réalité banale”, une “découverte de faible importance”, mais cette réalité est encore trop souvent niée ou combattue en France. //

Intérêt de cette recherche.

Des auteurs comme Lord Radcliffe estiment qu’à dévoiler ainsi le rôle créateur du juge, on court le risque de détruire l’image profondément enracinée d’un juge impartial qui dit le droit tel qu’il est : “Reconnaître le rôle que joue en vérité le juge comporte en effet un réel danger. Il importe de ne pas s’exposer à voir confondre dans l’esprit des hommes l’archétype du juge et l’image, très différente, du législateur.”⁴ Nous sommes d’avis que la science du droit ne peut adopter une telle position : la fiction d’un juge constitutionnel qui ne créerait pas de droit n’est plus soutenable scientifiquement devant l’évidence des faits ; politiquement elle paraît présenter plus d’inconvénients que d’avantages : lorsque le juge est confronté à des choix, la démocratie a beaucoup à perdre à ce qu’ils soient masqués par des arguments de pseudo-logique juridique et des rattachements acrobatiques à des règles inadéquates. Au contraire, un choix fondé explicitement sur des valeurs non strictement juridiques peut parfaitement être concilié avec la théorie démocratique si le conflit entre les intérêts à protéger est tranché après discussion de tous les arguments présentés : le citoyen est ainsi à même de connaître les motifs réels d’une décision (une décision ainsi motivée ouvre la possibilité d’un débat démocratique, ce qui constitue une sorte de rétro-contrôle indirect sur l’activité du juge : se savoir exposé au débat public représente pour lui une dissuasion efficace face à la tentation de la subjectivité personnelle). Et dès lors qu’il existe la possibilité pour le législateur ou le constituant d’intervenir pour corriger le droit créé par le juge, on conçoit mal que ce dernier puisse mettre en péril la démocratie par une activité créatrice débridée.

Le choix du juge helvétique.

La présente étude s’appuie sur l’exemple offert par le juge constitutionnel suisse, qui présente d’intéressantes explications du pouvoir créateur qu’il se reconnaît, pour montrer que la création occasionnelle de droit par le juge est d’une part inévitable, et d’autre part qu’elle ne se manifeste pas seulement à travers le phénomène remarquable

³ Mauro CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Paris, Economica, 1990, p.105. x

⁴ The Viscount RADCLIFFE, *Not in Feather Beds. Some Collected Papers*, London, Hamish Hamilton, 1968, p.271. (cité par Ch. Perelman).

mais exceptionnel des “règles non écrites”, mais également à l’occasion de l’interprétation ordinaire de dispositions écrites.

Le choix de l’exemple suisse résulte d’abord, bien-sûr, de l’existence, au sommet de la hiérarchie des normes de ce pays, de *règles constitutionnelles non écrites* officiellement consacrées par le Tribunal fédéral, mais également du caractère particulièrement développé et explicite de la motivation qui accompagne chaque décision rendue par la juridiction fédérale, ce qui offre ainsi un matériau solide à l’analyse et à la discussion.

La jurisprudence fédérale suisse relative aux droits non écrits tire une partie de sa richesse d’une particularité procédurale⁵, le *recours de droit public*, qui ouvre la saisine du juge fédéral à tout individu qui estime, après épuisement des voies de recours cantonales, qu’un droit garanti par la Constitution fédérale a été violé. L’accessibilité du juge fédéral lui offre de multiples occasions de se saisir de questions intéressant les droits fondamentaux des individus, et, au gré des espèces, de faire évoluer sa jurisprudence ou de préciser sa position, ce qui facilite beaucoup la tâche de ses commentateurs.

Méthode suivie et délimitation du sujet.

Notre démarche s’est voulue personnelle et concrète : partant du matériau de base, c’est-à-dire des arrêts du Tribunal fédéral, nous avons ensuite abordé les commentaires de la doctrine, lorsqu’ils existaient. Ce n’est que dans un second temps que nous avons tenté de rattacher la problématique qui se dégagait de l’étude de la jurisprudence créatrice à la théorie du droit. Il nous semblait que cette méthode, qui peut paraître très présomptueuse dans la mesure où elle ignore, dans la phase initiale des travaux, le secours que peuvent apporter les auteurs très qualifiés qui ont pu se pencher sur ces questions, pouvait se justifier par deux types de considérations, les unes tenant à la spécificité du sujet (A), les autres correspondant au souci d’éviter de verser dans la compilation, qui n’était pas notre but et dont nous n’avions de toute façon pas les moyens (B).

A. La spécificité du sujet.

La création du droit par le juge est un phénomène particulièrement controversé en France, au point d’être nié par une partie des acteurs de la vie juridique au sens le plus large : un débat politique se réveille même périodiquement à son sujet. Ce n’est pourtant pas dans l’existence de cette controverse que réside, selon nous, une difficulté particulière, mais dans le fait qu’au delà du débat politique que nous évoquons (qui, malheureusement, ne présente pas un grand intérêt juridique) le sujet se trouve rapidement confiné aux sphères élevées de la science et de la philosophie du droit, et qu’en conséquence il a tendance à apparaître comme relativement abstrait et détaché de la réalité pratique du droit. C’est d’abord pour réagir contre cette tendance que nous avons voulu partir des manifestations les plus concrètes et palpables du pouvoir créateur du juge

⁵ Lors de son introduction, dans le dernier tiers du XIX^{ème} siècle, le recours de droit public, recours individuel permettant de contester directement la constitutionnalité de tous les actes administratifs et de la majeure partie de la législation, représentait une innovation majeure en Europe.

constitutionnel, dans l'espoir que cette démarche puisse retenir l'intérêt de ceux qui ne voient dans la création qu'un faux problème, ou du moins une question qui n'intéresse que les théoriciens du droit.

B. L'emprunt aux sources existantes.

De nombreux auteurs se sont déjà penchés sur la question générale de la création du droit par le juge, certains d'entre eux ayant d'ailleurs influencé des générations de juristes. En commençant ce travail (en continuation d'une recherche de DEA) nous avons pris le parti de le mener, autant qu'il était possible, à partir des phénomènes créateurs, c'est-à-dire de la jurisprudence en elle-même, en ne cherchant que secondairement des correspondances entre ce que nous découvrons et ce qu'en pensait la doctrine ; nous pensions ainsi nous ménager, dans la phase initiale, sinon une illusoire neutralité scientifique, du moins une certaine distanciation à l'égard des analyses accessibles qui risquaient d'autant plus de nous influencer que leur étude exhaustive était hors de notre portée comme elle était hors de notre propos.

Une telle attitude trouve rapidement sa limite, car on ne peut ignorer toutes les opinions doctrinales, surtout pas quand le juge lui-même s'y réfère, et parce qu'il serait présomptueux et vain, de la part d'un chercheur isolé, de prétendre construire sa propre théorie de la création jurisprudentielle indépendamment de tous les efforts qui ont déjà été fournis. Cependant notre ouvrage porte la marque de ce choix initial, puisqu'il ne s'appuie que sur un nombre restreint d'opinions doctrinales, choisies parce qu'elles étaient les seules à nous sembler répondre directement aux problèmes révélés par les décisions de justice constitutionnelle retenues dans le cadre de cette étude, qui est donc très éloignée de l'exhaustivité pour ce qui concerne tant les références bibliographiques que l'exposé des diverses théories en présence. Nous espérons seulement, par l'approche que nous avons choisie, apporter quelques matériaux destinés à alimenter la réflexion de ceux qui s'intéressent au pouvoir créateur.

Un problème particulier s'est posé, peu après le début de nos travaux, avec la parution, en 1987, de la thèse d'un chercheur suisse⁶, consacrée aux libertés non écrites, qui couvrait une bonne partie du champ que nous avons choisi d'explorer. Il est cependant apparu assez rapidement qu'une étude menée dans l'optique du droit comparé pouvait, sans redondance excessive, poursuivre l'oeuvre entreprise en droit interne suisse (malgré d'importants développements théoriques sur le pouvoir créateur en général, l'étude de Michel Rossinelli n'analyse le phénomène de la jurisprudence créatrice du Tribunal fédéral qu'en ce qui concerne les droits fondamentaux non écrits reconnus aux citoyens) ; de plus, le temps qui s'est écoulé depuis la publication de la thèse suisse a enrichi la jurisprudence constitutionnelle et a ouvert de nouveaux champs à notre réflexion.

⁶ Michel ROSSINELLI, *Les libertés non écrites. contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Payot, Lausanne, 1987.

La justice constitutionnelle en Suisse.

Le Tribunal fédéral a été institué en même temps que l'État fédéral par la Constitution de 1848, mais ce n'est qu'après la révision totale de la Constitution fédérale de 1874 qu'il est devenu un organe permanent, ayant un siège fixe à Lausanne⁷, et que ses attributions ont été élargies ; c'est ainsi que la publication officielle de ses arrêts n'a commencé qu'en 1876 (le volume 1 du Recueil Officiel concerne donc des arrêts rendus au cours de l'année 1875, la numérotation s'étant poursuivie jusqu'à nos jours à raison d'un volume par année⁸).

Autorité judiciaire suprême de la Confédération helvétique, le Tribunal fédéral est avant tout une autorité de recours dont le rôle est de veiller à la bonne application du droit fédéral, même s'il lui arrive, assez rarement, de statuer en première et dernière instance en matière civile ou pénale. Il est actuellement composé de cinq cours principales : deux Cours de droit public, deux Cours civiles et une cour de cassation pénale (quelques autres formations se partagent les attributions secondaires : Cour pénale fédérale, Cour de cassation extraordinaire, Chambre des poursuites et des faillites, Chambre d'accusation, Chambre criminelle).

Les cantons souverains⁹ ayant été inspirés par des courants juridiques divers, les vingt-six lois sur l'organisation judiciaire et les vingt-six codes de procédure présentent des disparités telles que les voies de droit que le citoyen doit emprunter avant de pouvoir accéder au Tribunal fédéral peuvent différer sensiblement.

Une part importante de l'activité du Tribunal fédéral est consacrée aux recours de droit public, toute mesure prise par une autorité cantonale en violation de la Constitution fédérale pouvant, en dernier lieu, faire l'objet d'un tel recours. On observe également une progression sensible du nombre des recours de droit administratif, recours par lesquels les citoyens peuvent déférer au Tribunal fédéral tous les actes de l'administration fédérale ou des autorités cantonales qui, pris dans une matière régie par le droit fédéral, leur paraissent en contrariété avec ce dernier ; comme la législation fédérale connaît un important développement, les occasions d'exercer des recours de droit administratif se

⁷ La section qui traite des affaires relevant des assurances sociales siège à Lucerne.

⁸ Ainsi le volume 123 concerne-t-il des arrêts rendus en 1997 (tous les arrêts ne sont pas publiés). La publication officielle : Arrêts du Tribunal fédéral-Recueil officiel est généralement désignée par ses initiales, soit "ATF" ou "RO" en langue française (en allemand, *Bundesgerichtentscheidungen* devient "BGE"). Les arrêts sont en principe rédigés dans la langue officielle dans laquelle le procès a été conduit. Aussi la majorité de la jurisprudence du tribunal fédéral paraît-elle en langue allemande, les arrêts en français étant cependant assez fréquents. Les arrêts en italien sont plus rares, ceux en romanche exceptionnels. Des revues privées publient des traductions des décisions qui retiennent l'attention des juristes, sous une forme abrégée ou résumée le plus souvent.

⁹ L'article premier de la Constitution fédérale, *stricto sensu*, n'évoque que les "vingt-trois cantons souverains de la Suisse", trois d'entre eux étant partagés en deux demi-cantons qui jouissent chacun de toutes les prérogatives étatiques, leur statut de demi-canton n'emportant de conséquences qu'en matière de représentation au Conseil des États (un député au lieu de deux) et de calcul de la majorité des cantons lors des votations populaires (le résultat du vote populaire dans un canton donnant la voix du canton, les demi-cantons ne comptent que pour une demi-voix). Les trois cantons partagés sont : Unterwald (le Haut et le Bas), Bâle (Ville et Campagne) et Appenzell (les deux Rhodes).

multiplient, tandis que se réduit le domaine de la législation cantonale susceptible d'être contestée par la voie du recours de droit public.

Plan.

La présente étude encourt, aux yeux de certains positivistes, le risque d'apparaître comme un mélange peu scientifique de descriptions et de jugements de valeur ; aussi, pour limiter, autant que possible, ce risque, sa première partie se veut-elle essentiellement descriptive, prenant la mesure du phénomène créateur dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, dans celle du Conseil constitutionnel français, et montrant son caractère inévitable. Sa seconde partie, consacrée à la légitimation du pouvoir créateur, pourra comporter des jugements prescriptifs. Suivant les préceptes de la *Reine Rechtslehre* ¹⁰, le juriste, examinant une décision s'inspirant d'un jugement de valeur, devrait se contenter d'examiner si l'autorité est restée dans les limites de sa compétence, le reste échappant à la théorie du droit pur. Mais comme le dit Ch.Perelman, "La pratique du droit, quel qu'il soit, exige la prise en considération des interactions entre le texte écrit et les réactions résultant de son application dans un milieu donné. En négligeant cette interaction, on ne comprend rien à la vie du droit, c'est-à-dire à la manière dont son interprétation évolue sous l'effet des techniques juridiques les plus variées."¹¹ Il ajoute qu'une science digne de ce nom ne doit pas déformer son objet sous prétexte de l'étudier de façon scientifique. Et "si l'étude du droit positif, tel qu'il se présente effectivement, montre que sa pratique est indissociable de jugements de valeur, il existe un rôle que quelqu'un doit remplir, quelle que soit la manière dont on le qualifie, et qui est de conseiller ou de guider les législateurs et les juges dans l'exercice de leurs fonctions."¹²

Le plan retenu est donc :

PREMIÈRE PARTIE :

LES RÈGLES NON ÉCRITES ET LE POUVOIR CRÉATEUR : LA MESURE DU PHÉNOMÈNE.

SECONDE PARTIE :

LA LÉGITIMATION DU POUVOIR CRÉATEUR.

¹⁰ Hans Kelsen, Traduction française de la deuxième édition par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, *passim*.

¹¹ *Op.cit.* p.540.

¹² *Ibid.* p.490.

PREMIÈRE PARTIE

LES RÈGLES NON-ÉCRITES ET LE POUVOIR CRÉATEUR : LA MESURE DU PHÉNOMÈNE

Entre 1959 et 1970, puis en 1995, le juge fédéral suisse a consacré, de manière très explicite, des règles de “droit constitutionnel non écrit de la Confédération.” Une telle création jurisprudentielle, pouvant apparaître surprenante et audacieuse à bien des égards, a pourtant reçu un accueil favorable : approuvée presque unanimement par la doctrine, elle l’a été largement aussi par les autorités politiques, les partis, les citoyens au point que l’on a pu parler d’un véritable consensus en Suisse.

Il est vrai que cette création jurisprudentielle s’est principalement faite dans le domaine des libertés réputées fondamentales : propriété, liberté de réunion, d’expression alors que le texte constitutionnel fédéral présentait quelques lacunes à cet égard ; seule la création la plus récente s’écarte des libertés classiquement admises en Suisse, sans toutefois que l’on soit en présence d’un véritable droit social, c’est-à-dire d’un droit à des prestations positives : le droit au minimum vital, tel qu’il a été reconnu en 1995 par le juge fédéral, s’apparente plutôt, selon l’expression d’Andreas Auer¹³, aux droits fondamentaux de type institutionnel qui soumettent l’activité des organes de l’État au respect de règles de forme et de fond, telles que l’égalité de traitement, le droit d’être entendu, l’interdiction de l’arbitraire ou la séparation des pouvoirs. Ainsi ce nouveau droit n’apportait-il pas les bouleversements que l’on aurait pu attendre de la création jurisprudentielle d’un droit *social* dans l’acception ordinaire du terme.

Mais le procédé utilisé et l’approbation suscitée n’en semblent pas moins étonnants aux yeux du juriste français habitué aux polémiques soulevées par les initiatives créatrices du Conseil constitutionnel français, qui pourtant ont été beaucoup plus discrètes dans leur forme, sinon dans leur substance. Ce dernier, en effet, après avoir commencé en 1971 à enrichir le bloc de constitutionnalité par la notion de “principes fondamentaux reconnus par les lois de la République” comme le prévoyait le Préambule de la Constitution de 1946, a poursuivi cet enrichissement à travers les notions de “principes de valeur constitutionnelle” à la fin des années 1970, et “d’objectifs de valeur constitutionnelle” au cours des années 1980. Ce faisant, il s’est éloigné du texte de 1958, puis des textes tout court, sans cependant le revendiquer aussi clairement que le Tribunal fédéral suisse : les décisions qui ont marqué cette extension des normes constitutionnelles

¹³ Andreas AUER, *Le droit à des conditions minimales d’existence : un nouveau droit social ? in Problèmes actuels de droit économiques, Mélanges en l’honneur du Professeur Charles-André Junod, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1997, p. 40.*

françaises ont été rendues dans une forme laconique qui, combinée à une certaine imprécision du vocabulaire, ne facilite pas la tâche des commentateurs.

Il convient donc de mesurer l'importance du phénomène créateur dans les deux ordres juridiques, en s'attachant à distinguer ce qui constitue véritablement une création *ex nihilo*, ce qui pourrait être rattaché à un texte, et ce qui est la condition d'exercice d'un droit reconnu par ailleurs. Le premier chapitre présente quelques manifestations parmi les plus significatives du pouvoir créateur que se reconnaît le juge fédéral suisse, tandis que le deuxième chapitre est consacré à la recherche de manifestations comparables, au moins dans leurs effets, dans la jurisprudence du juge constitutionnel français.

À la lumière de cette étude, il faudra se demander si le pouvoir du juge est plus grand en l'absence de texte que quand il interprète une règle écrite, la jurisprudence offrant, en France comme en Suisse, de nombreux exemples d'interprétation large de règles écrites, notamment en ce qui concerne des règles très générales comme le principe d'égalité, mais aussi s'agissant de dispositions plus spécifiques comme la notion de "Suisse" ou celle de "vie familiale normale" (troisième chapitre).

Dans les deux ordres juridiques on constate que le phénomène créateur concerne surtout les libertés fondamentales, une classification comparée peut donc être proposée, même si en France le phénomène le plus pur concerne le principe de la continuité de l'Etat (quatrième chapitre).

Chapitre premier

LES RÈGLES NON ÉCRITES DU TRIBUNAL FÉDÉRAL

Apparues publiquement en 1960, les règles de droit fédéral non écrit ont d'abord été consacrées sans que le juge fournisse d'explications sur les conditions de leur reconnaissance ; ces explications n'étant apparues que progressivement dans la jurisprudence fédérale, une présentation chronologique des différentes règles non écrites paraît la plus propre à l'appréhension du phénomène. Ainsi seront successivement évoqués : la garantie de la propriété (1), la liberté d'expression (2), la liberté personnelle (3), la liberté d'user de sa langue maternelle (4), la liberté de réunion (5) et le droit à des conditions minimales d'existence (6).

1. La garantie de la propriété : l'arrêt *Keller* et la révision constitutionnelle de 1969.

L'arrêt *Keller*, rendu le 11 mai 1960 par le Tribunal fédéral, est le premier à être fondé sur une norme non écrite : deux arrêts non publiés de 1959 (*Oberhänkli* et *Heinrich*) préparaient en quelque sorte le terrain en y faisant allusion, mais ce n'était qu'à titre d'*obiter dicta*. Pourtant ce n'est pas là sa seule originalité : d'abord, son apport à l'ordonnancement juridique peut paraître discutable (A) ; mais cette consécration au plan fédéral a permis de donner un contenu à la garantie de la propriété, limitant ainsi les prérogatives du législateur cantonal (B) ; la motivation de cet arrêt repose sur une invocation étonnante de la "doctrine dominante" (C) ; enfin, il consacre la seule règle qui ait été confirmée jusqu'à présent par le peuple suisse.

A - Un apport juridique en apparence limité dans ses conséquences pratiques.

Il serait facile d'ironiser sur la nouveauté que pouvait représenter en 1960 la garantie de la propriété privée dans la Confédération helvétique, et il faut reconnaître que ni les faits de l'espèce, ni la solution donnée par le Tribunal fédéral n'auraient attiré l'attention s'il n'avait choisi de motiver sa décision de manière aussi extraordinaire : en effet, dans cette affaire comme dans bien d'autres semblables, la propriété était de toute manière garantie par la Constitution cantonale (seul le Tessin ne la garantissait pas expressément). Surtout, le Tribunal fédéral avait jusque là évité cette difficulté en fondant ses décisions sur l'article 4 de la Constitution fédérale qui dispose : "Tous les Suisses

sont égaux devant la Loi. Il n'y a en Suisse ni sujets, ni privilèges de lieu, de naissance, de personnes ou de familles." Ainsi, en 1956, le juge fédéral déclarait-il encore, dans un arrêt *Matter*¹⁴ que "le reproche de violer la garantie de la propriété se recouvre avec celui de violer l'art.4 Cst., qui proscriit l'arbitraire et l'inégalité de traitement."

Dans cette espèce, le recourant s'était vu refuser l'autorisation de construire un chalet bernois (plus précisément "dans le style de Brienz") dans un village du canton de Bâle-Campagne, au motif que ce style était étranger à la région, qu'un tel chalet enlaidirait le village, et constituerait de surcroît une sorte d'imposture, prétendant être au dehors ce qu'il n'était pas au dedans. Après avoir rappelé que la garantie de la propriété n'assurait pas une protection absolue et illimitée, mais mettait seulement à l'abri "des restrictions sans fondement dans le droit positif", le Tribunal fédéral considéra que la loi bâloise sur les constructions pouvait constituer une base suffisante pour interdire l'édification d'une maison ne s'harmonisant pas avec l'architecture existante. Il ajouta cependant qu'il ne fallait pas s'en tenir à la lettre de cette disposition législative, mais qu'il importait aussi "d'accorder son attention à la manière dont les autorités cantonales ont, en quinze ans d'application de la loi sur les constructions, interprété la disposition et comment elles se proposent de le faire à l'avenir. Varier d'un cas à l'autre serait contrevenir au principe de l'égalité de traitement."

C'est donc à une appréciation *in concreto* que s'est livré le Tribunal fédéral. Une visite des lieux révéla entre autres que la construction projetée serait érigée en bordure de village, au voisinage du dépôt d'ordures communal, d'un transformateur en forme de tour, d'un toit "en pupitre" et d'un garage en tôle ondulée, édifices "à côté desquels le chalet du recourant ne pourrait certainement pas paraître laid."¹⁵ Le Tribunal fédéral considéra que les éléments d'un enlaidissement n'étaient pas réunis dans le cas du chalet projeté par le recourant¹⁶, que du coup la base légale nécessaire faisait défaut, et que l'autorité cantonale devait accorder l'autorisation refusée.

Dans l'arrêt *Keller*¹⁷ quatre années plus tard, la situation était un peu différente : il s'agissait d'urbanisme opérationnel. La commune de Zurzach, en Argovie, souhaitant développer le tourisme thermal, s'était dotée d'un plan d'urbanisation qui découpait son territoire en zones affectées à des utilisations assez précises : habitat individuel, habitat collectif, commerces, accueil touristique, zone verte, etc. Deux propriétaires, MM Keller et Meier, voyant leur droit de construire sévèrement limité sur leurs parcelles, saisirent, après l'échec d'un recours devant le Conseil d'Etat d'Argovie, le Tribunal fédéral d'un recours de droit public, invoquant la violation de la garantie de la propriété et de l'article 4 de la Constitution fédérale.

C'est en répondant à ce premier grief que le Tribunal fédéral utilisa la formule fameuse : "*Nach der heute herrschenden Lehre gehört die Eigentumsgarantie dem ungeschriebenen Verfassungsrecht des Bundes an.*" (Cons.2 : "d'après la doctrine

¹⁴ ATF 82 I 102 ; Journal des Tribunaux 1957 p.83.

¹⁵ *ibid.* p.86.

¹⁶ Il nous a paru préférable de conserver certains mots ou expressions du vocabulaire helvétique, sans observation particulière lorsque leur sens est parfaitement accessible au juriste français.

¹⁷ *Schweizerisches Zentralblatt für Staats-und Gemeindeverwaltung*, vol.62, 1961 p.69 à 80.

aujourd'hui dominante, la garantie de la propriété appartient au droit constitutionnel non écrit de la Confédération.”). Mais c'était pour rappeler aussitôt que les limitations au droit de propriété pouvaient être compatibles avec sa garantie si elles reposaient sur un fondement légal, tenaient à un intérêt public, et étaient suivies d'indemnisations en cas d'expropriation. On constate que le juge fédéral demeurait très positiviste et légaliste après une proclamation aussi audacieuse ; après une discussion détaillée il estimait qu'une interdiction de construire pouvait trouver son fondement dans la nécessité d'assurer aux touristes et curistes la disposition d'un parc, rejetant ainsi le recours de M.Keller et pour partie celui de M. Meier, mais qu'en revanche les dispositions du règlement d'urbanisme n'admettant que des bâtiments en rapport avec l'activité touristique et thermale, et spécialement, le plan directeur, en ce qu'il ne permettait de bâtir qu'un hôtel sur la parcelle de M. Meier, ne trouvaient aucun fondement dans le droit cantonal et devaient être annulés.

Comme on le voit, dans l'affaire *Keller*, le Tribunal fédéral n'aurait pas manqué d'autres fondements écrits pour justifier la garantie de la propriété, la Constitution d'Argovie la garantissant depuis 1885, s'agissant en outre d'une juridiction qui évite habituellement de donner des réponses à des questions qui peuvent être laissées en suspens. Si le juge fédéral a choisi de consacrer la garantie de la propriété comme une règle de droit fédéral non écrit, alors qu'il aurait pu se contenter d'invoquer la garantie cantonale ou se fonder sur l'art. 4 Cst.féd. comme dans l'affaire *Matter*, c'est de manière délibérée et pour des raisons non strictement juridiques dans l'acception positiviste du terme ; M. Rossinelli¹⁸ est d'avis que cette consécration “avait nécessairement une signification et des conséquences politiques” à une époque où la propriété pouvait apparaître particulièrement menacée ; nous aurons l'occasion d'y revenir dans notre seconde partie.

B - La limitation des atteintes à la propriété.

En cessant de se situer uniquement sur le terrain de la prohibition de l'arbitraire, et en invoquant la garantie fédérale non écrite; le Tribunal fédéral s'est donné la possibilité d'étendre son contrôle sur l'activité des instances cantonales, y compris celle du législateur cantonal. Dans un arrêt *Dafflon* de 1962, le juge fédéral souligne que “la garantie de la propriété interdit aux cantons de prendre des mesures qui supprimeraient ou videraient de sa substance la propriété privée envisagée comme institution fondamentale de l'ordre juridique suisse. L'expropriation ordonnée pour des motifs de politique sociale ou économique doit donc comporter en elle-même certaines limites”.¹⁹ Cette espèce a permis au juge fédéral de se prononcer dans le principe, et non pas seulement sur une question de fait comme c'est habituellement le cas ; elle illustre en même temps le fonctionnement d'institutions suisses originales.

En effet, Roger Dafflon et quelques concitoyens genevois obtinrent plus de dix mille signatures en faveur d'une initiative visant à modifier la loi cantonale autorisant l'exécutif (le Conseil d'État) à faire construire des logements à loyer modéré. Cette

¹⁸ Michel ROSSINELLI, *Les libertés non écrites*, Lausanne, Payot, 1987, p.115-116.

¹⁹ ATF 88 I p.255 *Dafflon c. Grand Conseil du canton de Genève*, 14 novembre 1962.

initiative proposait d'ajouter à la loi les dispositions suivantes :

- toute extension des limites de zones d'urbanisme ouvrirait un droit de préemption à l'État sur les terrains déclassés. Faute d'accord amiable, l'État pourrait les acquérir par voie d'expropriation pour cause d'utilité publique aux fins de construction de logements.
- trois mille logements au minimum devraient être commencés dans les deux ans, le Conseil d'État les répartissant entre l'État et les communes de plus de cinq mille habitants en tenant compte des terrains disponibles.

Cette initiative fut déclarée irrecevable par le Grand Conseil du canton de Genève qui décida de ne pas la soumettre au vote du peuple. Au cours des débats, la majorité s'était fondée sur une consultation demandée aux professeurs H. Huber et R. Patry, faisant valoir que l'initiative violait entre autres la garantie de la propriété. C'est contre la décision du Grand Conseil que Roger Dafflon introduisit un recours de droit public, soutenant que son initiative n'était pas inconstitutionnelle et aurait dû être soumise au vote populaire.

Après avoir rappelé que le Grand Conseil avait le pouvoir, s'il estimait l'initiative inconstitutionnelle, de la déclarer irrecevable et de la soustraire à la votation du peuple, le Tribunal fédéral rechercha si c'était avec raison que le Grand Conseil avait en l'espèce fait usage de ce pouvoir. Il observa que la Constitution genevoise permettait déjà l'expropriation dans l'intérêt public, et que le problème du logement était d'intérêt public, car si ces constructions étaient d'abord édifiées dans l'intérêt privé des personnes admises à les occuper, il s'agissait de logements à loyer modéré destinés à des personnes qui autrement se trouveraient à la rue ; la loi genevoise indiquant le revenu au-dessus duquel le locataire ne peut plus garder un appartement à loyer modéré, et les autorités connaissant le revenu de chaque habitant, elles pourraient déterminer assez précisément les besoins pour de tels logements, besoins qui ne sont pas indéfinis mais limités à une partie déterminée de la population (la détermination relevant du législateur cantonal). Les auteurs de l'initiative soulignaient que le droit de préemption ne s'exercerait que si un terrain était déclassé par le Grand Conseil, et si son propriétaire entendait vendre. Le Tribunal fédéral estima que l'expropriation prévue par l'initiative comportait en elle-même des limites suffisantes pour qu'elle ne supprime ni ne vide de sa substance la propriété privée. De surcroît, chaque modification de zone devant faire l'objet d'une loi, celle-ci pourrait être soumise au référendum facultatif, et, dans chaque cas, serait susceptible d'un recours de droit public de la part des propriétaires atteints, qui pourraient demander au Tribunal fédéral d'apprécier l'intérêt public en cause.

Cette décision, plus encore que l'arrêt *Keller*, montre que la consécration de la garantie de la propriété comme règle fédérale non écrite a permis au Tribunal fédéral de développer une argumentation qui n'aurait pu l'être que plus difficilement s'il était resté sur le terrain du principe de l'égalité de traitement et du refus de l'arbitraire : le développement des législations cantonales risquait, en multipliant les situations spécifiques (aménagement du territoire, logement social), de rendre les comparaisons difficiles et le critère de l'égalité de traitement inopérant ; les intérêts en présence étant plus difficilement comparables, l'intérêt public devenait moins évident.

En élevant la propriété privée au rang "d'institution fondamentale de l'ordre juridique suisse", le Tribunal fédéral ne se payait pas seulement de mots, il se donnait les

moyens de développer son contrôle sur les pouvoirs étendus et mal définis des autorités cantonales. Il est vrai qu'un fort courant doctrinal l'y encourageait.

C - Le rôle de la "doctrine dominante".

Le considérant essentiel de l'arrêt *Keller* surprend probablement le lecteur français peu familier du droit public suisse : "Selon la doctrine aujourd'hui dominante, la garantie de la propriété appartient au droit constitutionnel non écrit de la Confédération"²⁰. Le seul représentant de la "doctrine dominante" cité à cette occasion par le Tribunal fédéral est H. Huber. M. Rossinelli, dans son ouvrage précité, montre comment le Tribunal s'appuie sur une construction jurisprudentielle largement fictive, rendue possible par des interprétations doctrinales très libres d'une décision de 1909, "*citoyens d'Autavaux*"²¹ .

Dans cette espèce, il ne s'agissait pas d'une atteinte à la propriété immobilière, mais de la remise en cause, par les autorités cantonales de Fribourg, d'un découpage des paroisses catholiques tel que les communes d'Autavaux et de Forel faisaient partie depuis des siècles de la paroisse d'Estavayer, sans participer à son administration, mais surtout sans avoir à "contribuer aux frais de culte et autres de la paroisse", leurs ancêtres ayant racheté l'affranchissement des charges paroissiales. Le nouveau découpage, avec l'accord des autorités ecclésiastiques, détachait ces communes d'Estavayer pour les incorporer à des paroisses voisines, mettant fin à tout privilège fiscal au profit des habitants concernés. Des citoyens d'Autavaux saisirent donc le Tribunal fédéral d'un recours de droit public contre cette décision du Conseil d'Etat fribourgeois, invoquant l'abus de pouvoir, la violation des droits acquis et, assez étrangement, l'atteinte au principe constitutionnel d'égalité devant la loi (ils alléguaient en effet que les mesures prises à leur égard, favorables à la commune d'Estavayer, leur seraient, au contraire, à eux, très préjudiciables).

Le Tribunal fédéral rejeta leur recours, les renvoyant aux juridictions civiles pour une éventuelle indemnisation de la perte de leurs droits acquis. C'est en répondant au grief d'abus de pouvoir de la part des autorités cantonales qu'il utilisa la formule remarquée par la doctrine : "Si, au reste, il est certain que la garantie constitutionnelle de la propriété, telle qu'elle est inscrite dans la plupart des constitutions cantonales, et telle d'ailleurs qu'elle découle naturellement de l'état de la société, s'étend non pas seulement à la propriété au sens restreint du mot, (...) mais encore à tous les droits privés capables de former le patrimoine de l'individu (...)"²² Cette formulation souleva l'enthousiasme de nombreux commentateurs, certains allant jusqu'à y voir le ralliement du Tribunal fédéral aux thèses du droit naturel ! Pourtant, la fameuse phrase se poursuivait par " Le Tribunal fédéral a (...) reconnu que cette garantie de l'inviolabilité de la propriété ne mettait cependant pas obstacle à l'activité du législateur lui-même lorsque cette dernière se

²⁰ Souligné par nous ; traduction donnée par J.F. AUBERT dans son *Traité de Droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, 1967, p. 125.

²¹ ATF 35 I *Assemblées communales et citoyens d'Autavaux et de Forel c. Conseil d'Etat du canton de Fribourg*, 11 mars 1909, p.559 à 581. Curieusement orthographié "Antavaux" dans certains ouvrages.

²² *Ibid.* p. 571 (souligné par nous).

manifestait sur le terrain du droit objectif”.

La lecture de cette décision montre à l'évidence que dans la conception de l'époque, la garantie de la propriété ne pesait pas lourd devant l'activité du législateur, le Tribunal fédéral se contentant de vérifier l'absence d'arbitraire ; dans le dernier considérant de l'arrêt, il déclare en effet :”... sur la question de savoir s'il n'y aurait pas eu peut-être plus d'*opportunité* et peut-être aussi plus d'*équité* à ne pas démembrer la paroisse d'Estavayer ... les avis pourraient sans doute être partagés ; mais ce n'est point parce que, le cas échéant, les autorités du canton de Fribourg auraient fait erreur sur cette question d'opportunité, qu'on pourrait les tenir pour coupables d'arbitraire”.

Cette décision sera pourtant citée dans l'arrêt non publié *Oberhänkli* du 24 juin 1959, comme fondement de la garantie fédérale non écrite de la propriété, le Tribunal suivant ainsi, selon M.Rossinelli, l'interprétation erronée que la doctrine en avait donnée.²³ C'est un exemple intéressant de l'influence réciproque de la jurisprudence et de la doctrine, qui montre au passage que la référence faite par une juridiction à un précédent peut être fallacieuse, et que la place laissée à l'interprétation du juge est grande.

D - La confirmation par le pouvoir constituant.

Une votation populaire du 14 septembre 1969 a introduit dans la Constitution fédérale un article 22 ter qui énonce, en son alinéa premier : “La propriété est garantie”.

Quelles qu'aient été les motivations du Tribunal fédéral lorsqu'avec dix années d'avance il introduisit cette norme non écrite dans le droit fédéral, lui donnant la même valeur qu'une règle constitutionnelle formelle, et sans évoquer pour l'instant l'accueil “unanime” de la doctrine, des autorités et de l'opinion publique, nous nous bornerons à constater que cette création jurisprudentielle a été acceptée dans les formes constitutionnelles par la majorité des citoyens suisses et dans la majorité des cantons ; de ce fait, elle ne présente plus aujourd'hui qu'un intérêt historique et théorique. On pourra, selon le point de vue adopté, considérer qu'il fallait bien peu d'audace pour proclamer ce qui relevait de l'évidence, ou au contraire saluer une initiative créatrice à laquelle le peuple a donné son approbation *a posteriori*, en pleine connaissance de cause, car un délai suffisant s'était écoulé pour que l'on sache quel contenu était donné à cette garantie par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence (l'arrêt *Dafflon* étant très explicite à cet égard).

2. La liberté d'expression : la proclamation de son principe, la détermination progressive de son contenu, puis l'extension à la liberté d'information : une évolution qui conduit de l'arrêt *Sphinx-Film* aux arrêts *Bürgin* et *Fuchs*.

Seule la liberté de presse étant garantie par la Constitution fédérale (art. 55), c'est en 1961 que le Tribunal fédéral fait de la liberté d'expression un principe de droit fédéral non écrit, mais seulement dans un *obiter dictum* de l'arrêt *Sphinx-Film SA. (A)*. Il faudra attendre deux arrêts de 1970, *Nöthiger* et *Aleinick*, pour que ce principe serve de fondement à des décisions (B). Le contenu de cette liberté d'expression ne sera défini que

²³ Michel ROSSINELLI, *Op. cit.*, p.110-111.

dans la jurisprudence ultérieure (C).

A - L'arrêt *Sphinx-Film S.A.* et la proclamation du principe de la liberté d'expression.

L'arrêt *Sphinx-Film S.A. contre Conseil d'Etat du canton de Neuchâtel* ²⁴ a été rendu le 3 mai 1961. S'il marque historiquement la consécration de la liberté d'expression, il ne renseigne guère sur son contenu ni sur le raisonnement qui a conduit le Tribunal fédéral à prononcer l'*obiter dictum* qui y fait allusion. Il n'est pas pour autant dépourvu d'intérêt.

En matière de représentation cinématographique, la réglementation neuchâteloise prévoyait la censure partielle ou totale de tout film contraire à la morale ou à l'ordre public, notamment ceux de nature à suggérer ou à provoquer des actes criminels ou délictueux ; les exploitants de salles devaient communiquer à l'avance leurs programmes au Département de police, ce dernier pouvant, avant d'arrêter sa décision, prendre l'avis d'une commission de contrôle. La commission ayant constaté que le film "*Pleinsoleil*" était "contraire à la morale, cynique et particulièrement suggestif dans la façon de présenter la préméditation des crimes et leur exécution"²⁵, cette oeuvre fut interdite à la projection sur le territoire neuchâtelois. Après le rejet d'un recours contre cette décision devant le Conseil d'Etat du canton de Neuchâtel, la société exploitante "*Sphinx-Film S.A.*" saisit le Tribunal fédéral d'un recours de droit public fondé sur les articles 4 et 31 de la Constitution fédérale, celui-ci étant relatif à la liberté du commerce et de l'industrie, celui-là, nous l'avons vu, à l'égalité de traitement.

La société *recourante* n'évoquait pas la liberté d'expression, c'est le Tribunal qui y fait allusion dans un *obiter dictum*, pour écarter son application à cette espèce puisqu'à l'époque le concours de libertés n'était pas admis : "Si elle respecte la liberté du commerce et de l'industrie, une disposition ou une décision cantonale visant la protection de l'ordre public et des bonnes moeurs ne saurait violer une autre liberté constitutionnelle (liberté de croyance et de conscience, liberté de la presse et d'association). On ne peut notamment, pour l'attaquer, se fonder sur la liberté d'expression, qui constitue un principe fondamental du droit fédéral et cantonal, écrit ou non²⁶, et une extension de la protection assurée par la liberté de la presse. Il suit de là que l'article 31 Cst. est seul déterminant".

C'est donc uniquement à la liberté du commerce et de l'industrie, garantie par l'art. 31, qu'a été confrontée la décision du Conseil d'Etat neuchâtelois ; le Tribunal fédéral a considéré que si l'art. 31 Cst. prohibait les entraves à la libre concurrence, les interventions d'ordre économique, ou la prise en considération des désirs d'une église particulière, il ne s'opposait pas à des restrictions de la liberté du commerce par des mesures de police destinées à protéger l'ordre et la morale publique. Nous ne pouvons résister au plaisir de citer quelques arguments du Tribunal : "Le film exerce sur le grand

²⁴ ATF 87 I p.114 à 121 (en français).

²⁵ *Ibid.* p. 116.

²⁶ Souligné par nous. L'usage de la formule sibylline *écrit ou non* peut certes être rattaché au fait qu'à l'époque, la liberté d'expression était inscrite dans la constitution de douze cantons ; mais par son caractère péremptoire, il représente également l'affirmation d'une certaine indifférence du juge fédéral aux critères formels.

public une influence considérable, plus forte, plus directe et plus variée qu'aucune autre oeuvre artistique. S'il est un élément de culture et d'expression artistique, s'il satisfait maintes fois d'heureuse façon le besoin d'évasion, il peut aussi, par son effet fascinant, jouer un rôle néfaste, sans que nécessairement chacune de ses images ou séquences soit par elle-même à déconseiller. Ce qui doit fonder l'attitude de l'autorité, c'est la réaction subjective probable du public ordinaire des salles de spectacle. Elle varie suivant des facteurs divers, dont l'âge du spectateur, l'époque et le lieu de la représentation paraissent être les plus importants. C'est ainsi qu'en période de recrudescence du crime (ou de certains crimes), l'autorité se montrera plus exigeante à l'égard de telle catégorie de bandes filmées. Cette situation particulière de la branche cinématographique appelle, évidemment, des mesures spéciales de police du commerce"²⁷ .

Le principe d'une interdiction des spectacles contraires à la morale ou à l'ordre public n'était d'ailleurs pas contesté par la société recourante, qui soutenait simplement que les appréciations de la décision attaquée ne correspondaient pas à la réalité. S'agissant de porter un jugement de valeur sur la moralité d'un film, le Tribunal fédéral ne se reconnaît qu'un pouvoir de contrôle restreint : il n'est pas une commission supérieure de censure. Or le Conseil d'Etat estimait que l'oeuvre "*Plein soleil*" étalait d'une façon particulièrement cynique et suggestive la préparation et l'exécution de deux crimes, qu'elle ne contenait pas de message valable, mais pouvait suggérer le crime, car elle laissait entendre que le meurtre parfait est possible sauf accident, sa révélation n'étant due, en l'espèce, qu'à une petite erreur technique lors du premier forfait et non à une suite de circonstances logique et inexorable. La société recourante s'insurgeait contre ces appréciations, soutenant que le film "*Plein soleil*" n'était pas plus cynique qu'un autre film policier, et qu'il apportait un message valable, le crime étant découvert *in extremis*.

Le Tribunal fédéral rejeta finalement le recours, considérant que "*Pleinsoleil*" n'était pas un film policier dont le propre est, "d'ordinaire, de faire participer le spectateur à la recherche du criminel. En l'espèce, cette recherche, sur l'écran, est quasi inexistante et la découverte n'est qu'un accident final, très bref". Il ajouta que le film n'apportait pas de message valable, le héros criminel n'échouant que par un hasard malheureux et non par l'enchaînement logique des faits, selon un dénouement naturel, telle catégorie de spectateurs pouvait aisément conclure qu'avec un peu plus d'habileté, le héros eût échappé à la justice ; que le Conseil d'Etat pouvait légitimement admettre que la satisfaction morale apportée par la dernière séquence n'était qu'apparente, de pure forme, "et qu'elle ne détournait pas de l'idée que le crime parfait est possible et paie largement" ; qu'enfin le Conseil d'Etat neuchâtelois n'avait pas agi arbitrairement en interdisant ce film.

Ces considérations du Tribunal fédéral, si elles n'ont pas un rapport direct avec la liberté d'expression, qui est écartée ici comme fondement de la décision, nous paraissent très représentatives de la conception que le juge constitutionnel suisse a de son rôle, et de la manière dont il motive ses décisions ; elles dessinent le cadre dans lequel va s'élaborer la jurisprudence ultérieure qui se fondera sur la liberté d'expression, dont seule l'existence de principe apparaît ici.

²⁷ *Ibid.* p. 118.

B - Nöthiger et Aleinick : le principe de la liberté d'expression est confirmé.

Les arrêts *Nöthiger* et *Aleinick* ont été rendus le 24 juin 1970 ; ils ont été l'occasion pour le Tribunal fédéral de s'expliquer sur les conditions de la reconnaissance de libertés garanties par le droit constitutionnel non écrit.

L'arrêt *Nöthiger*²⁸ comporte des développements relatifs à la liberté de réunion et de manifestation qui seront évoqués dans la rubrique correspondante : les faits qui étaient à son origine consistaient en effet essentiellement en une manifestation de protestation contre la situation politique en Espagne. Cependant, les recourants ayant invoqué également la liberté d'expression, le Tribunal fédéral leur a répondu sur ce point que cette liberté, quoiqu'inopérante dans le cas d'une manifestation sur le domaine public, était bel et bien garantie en droit fédéral non écrit comme l'était la liberté de réunion, sa reconnaissance se justifiant par le fait que ces libertés étaient " une condition de l'exercice d'autres libertés ou apparaissaient comme des éléments indispensables du régime démocratique de la Confédération, État fondé sur le droit". Le juge fédéral ajoutait que la liberté d'expression était indispensable à la formation de la volonté démocratique lors d'élections et de votations, ainsi qu'au libre exercice des droits politiques (initiative, référendum) tandis que la liberté de réunion donnait aux citoyens " la possibilité de discuter ensemble et de prendre des décisions sur des questions politiques même en dehors des partis politiques, lesquels bénéficient de la protection de la liberté d'association."²⁹

La prédominance donnée par le juge fédéral au critère démocratique et politique dans cet arrêt s'explique aisément par les circonstances de la cause : Rudolf Nöthiger et d'autres personnes avaient appelé par distribution de tracts à une manifestation sur l'Helvetiaplatz à Zurich, sans avoir sollicité l'autorisation prévue par la réglementation locale ; la manifestation s'était tenue le 11 novembre 1967 malgré les appels à la dispersion lancés par la police ; un cortège s'était formé jusqu'au Consulat espagnol, où il fut finalement dispersé. M. Nöthiger et d'autres manifestants avaient été déclarés coupables de contravention au règlement de police, mais dispensés de peine pour erreur de droit, la police ayant toléré à l'époque d'autres manifestations non autorisées. En rejetant leur recours, le Tribunal fédéral confirmait la validité de la réglementation locale, justifiée par les exigences de l'ordre public.

L'arrêt *Aleinick*³⁰ rendu le même jour apporte des précisions supplémentaires en indiquant notamment que la liberté d'expression est aussi "une condition de l'exercice de la liberté individuelle et un élément indispensable à l'épanouissement de la personne humaine " ainsi que " le fondement de tout État démocratique" (résumé de Pierre Noël). Concernant une affaire de distribution de tracts à Genève, cet arrêt témoigne encore de la liaison qui unit la liberté d'expression à la liberté de presse, laquelle n'est, selon le Tribunal fédéral, qu'une manifestation particulière de la liberté d'expression. Cette liaison

²⁸ *Nöthiger et Pinkus c. Zurich, Juge de police municipal et Tribunal supérieur cantonal*, 24 juin 1970 ; ATF 96 I p. 219 ; JdT 1971 p. 74 à 86.

²⁹ JdT 1971 p. 77.

³⁰ *Aleinick c. Genève, Cour de justice et Procureur général*, 24 juin 1970, ATF 96 I p. 586.

fréquente s'explique par le fait que la liberté de presse est garantie de manière expresse en Suisse, ce qui n'est pas le cas de la liberté d'expression. L'affirmation du juge fédéral est assez remarquable : car si finalement il est assez habituel de voir un juge tirer d'une règle générale une modalité particulière pour répondre à une hypothèse non prévue par le législateur, faisant oeuvre ainsi de "concrétisation" de la règle générale, il est plus rare de rencontrer la démarche inverse qui consiste, partant d'une règle particulière, à généraliser le principe sous-jacent à cette règle pour étendre son domaine d'application au-delà de ce qu'avait prévu son auteur ; c'est exactement ce que fait le Tribunal fédéral qui, constatant que la Constitution fédérale garantit expressément la liberté de presse, déclare qu'elle ne constitue qu'*une des manifestations de la liberté d'expression, principe fondamental du droit fédéral et cantonal*.

Comme le recourant distribuait sur le domaine public des écrits "à caractère idéal à l'exclusion d'un but commercial", le Tribunal fédéral a considéré que le règlement genevois sur "la vente, la distribution et le colportage des journaux, publications et écrits quelconques" était incompatible avec la liberté d'expression et avec la liberté de presse dans la mesure où il exigeait une autorisation préalable à la distribution d'imprimés à caractère idéal ; il a donc cassé la décision qui punissait le recourant ayant violé cette disposition. C'est dans le troisième considérant de cet arrêt que le juge fédéral indique que la liberté d'expression, quoiqu'apparaissant surtout dans ces affaires sous son aspect politique, est également "comme d'autres libertés expresses ou implicites du droit constitutionnel fédéral, une condition d'exercice de la liberté individuelle et un élément indispensable à l'épanouissement de la personne humaine" ; la liberté d'expression satisfait ainsi, aux termes de cet arrêt, à l'une et à l'autre des conditions posées par l'arrêt *Nöthiger* pour la reconnaissance d'une liberté non écrite : elle constitue soit la condition d'exercice d'autres libertés, soit un élément indispensable du régime démocratique³¹. Dans l'arrêt *Aleinick*, le critère démocratique demeure le plus important : le juge fédéral souligne que la liberté d'expression, permettant la formation de l'opinion politique, est indispensable au plein exercice de la démocratie, et "mérite, dès lors, une place à part dans le catalogue des droits individuels garantis par la Constitution et un traitement privilégié de la part des autorités"³². Ces dernières, pourtant, n'en furent pas immédiatement convaincues, puisque l'année suivante, le Tribunal fédéral se trouvait à nouveau saisi d'une affaire genevoise.

C - L'arrêt *Küpfer* et le contenu de la liberté d'expression.

Il s'agissait cette fois d'une collecte de signatures sur la voie publique à l'appui d'une initiative populaire fédérale visant à "décriminaliser l'avortement". Anne-Marie Küpfer avait demandé, au nom d'un comité de soutien à cette initiative, l'autorisation de récolter des signatures sur la voie publique à Onex, "notamment dans l'agglomération et dans le centre commercial". Le Département cantonal de justice et police et le Conseil d'Etat genevois refusèrent tous deux l'autorisation sollicitée, au motif que la collecte de

³¹ L'énoncé de ces conditions est apparu trois mois plus tôt dans un arrêt relatif à la liberté d'aménagement d'un monument funéraire dans un cimetière. Voir *infra* p. 35.

³² Résumé de Pierre Noël, greffier au Tribunal fédéral, JdT 1971, p. 319.

signatures sur la voie publique était de nature à gêner la circulation, provoquer des attroupements, voire des affrontements et des incidents, suivant l'objet de cette collecte. Selon le Conseil d'Etat, il était exclu d'accorder ou de refuser l'autorisation en fonction de l'objet de la collecte des signatures, et par conséquent, la seule solution était de la refuser dans tous les cas, le droit d'initiative pouvant facilement s'exercer par d'autres moyens. Le Conseil d'Etat genevois ajoutait que la récolte sur la voie publique n'était pas souhaitable parce qu'elle ne respectait pas suffisamment la liberté de l'électeur : sous la pression de la rue, certaines personnes pourraient se voir entraînées à donner une signature qu'elles auraient refusée dans d'autres conditions. Anne-Marie Küpfer forma un recours de droit public contre le refus des autorités cantonales, en demandant au Tribunal fédéral de dire qu'aucune autorisation préalable n'était en l'espèce nécessaire ; la recourante invoquait la liberté d'expression, le droit d'initiative populaire, et le précédent de l'arrêt *Aleinick*.

Le Tribunal lui répondit sur ces différents points :

- sur la question de savoir si la collecte des signatures relevait de la liberté d'expression, il considéra que cette activité sortait du cadre de la simple liberté d'expression : bien que son contenu "n'ait guère été défini jusqu'ici, il faut admettre que cette liberté comprend la faculté de faire connaître librement ses opinions et de les répandre en usant de moyens légaux, sans plus. Elle n'implique pas la faculté de faire pression sur autrui pour le convaincre de certaines idées, ni en particulier celle d'arrêter des personnes dans la rue ou de pénétrer chez elles contre leur gré pour chercher à les convaincre et à obtenir leur adhésion. Une telle liberté ne peut, en effet, s'exercer que dans le respect de celle d'autrui"³³.

- cependant la collecte de signatures pouvait entrer dans le cadre du droit d'initiative, constitutionnellement garanti, qui, selon le Tribunal, va plus loin que la liberté d'expression en ce qu'il comprend, outre la faculté pour chaque citoyen de lancer une initiative populaire, celle d'agir de façon efficace pour la faire aboutir, dans le respect de l'ordre public et de la liberté d'autrui. Il convenait donc de rechercher, en l'absence de disposition applicable à l'espèce, si une autorisation préalable à la collecte était nécessaire.

- répondant à l'invocation de l'arrêt *Aleinick*, dans lequel, rappelons-le, l'exigence d'une autorisation préalable avait été déclarée inapplicable à la distribution de tracts par une seule personne sur un trottoir, le Tribunal précisa qu'il ne fallait tirer de ce cas d'espèce aucune conséquence générale sur l'utilisation privative du domaine public mettant en jeu les libertés fondamentales du citoyen ; qu'en particulier, la récolte de signatures pouvait gêner la circulation des piétons et même provoquer des incidents, qu'elle ne pouvait donc se faire n'importe où et n'importe quand. Le régime de l'autorisation préalable ne violait donc ni la liberté d'expression, ni le droit d'initiative qui appartient à chaque citoyen. Cela dit, le refus opposé par les autorités genevoises était-il fondé dans ce cas précis?

- le Tribunal fédéral répondit clairement que l'autorité n'était pas libre d'accorder ou de refuser l'utilisation du domaine public, "surtout pas lorsqu'il s'agit de l'exercice des libertés fondamentales. Elle doit apprécier objectivement les intérêts qui s'affrontent. Elle doit en outre respecter le principe de la proportionnalité et ne pas opposer un refus là où une autorisation assortie de certaines conditions et charges restrictives peut suffire. Alors

³³ ATF 97 I p.896 1er décembre 1971, *Küpfer c. Conseil d'Etat du canton de Genève*.

même qu'il faut laisser à l'autorité cantonale une certaine marge d'appréciation, le Tribunal fédéral jouit d'un pouvoir de libre examen, s'agissant de l'exercice d'un droit constitutionnel ; tout au plus s'impose-t-il une certaine retenue en raison des circonstances locales, que les autorités cantonales, plus proches, sont mieux à même de saisir et d'apprécier"³⁴ .

- l'autorité cantonale ayant en l'espèce opposé un refus de principe, conformément à une pratique constante depuis 1952, on ne pouvait lui reprocher d'avoir agi selon son bon plaisir. Il fallait confronter les raisons qu'elle invoquait aux droits constitutionnels en cause. Le Tribunal fédéral estima que les inconvénients résultant de la collecte de signatures pouvaient être limités si l'autorisation était assortie de conditions restrictives : exclusion de certains endroits à trafic particulièrement dense, limitation à des endroits ou à des moments déterminés. Il releva que des collectes semblables, organisées dans d'autres villes, n'avaient pas causé de difficultés spéciales aux autorités de police. Il estima enfin que si, en effet, sous la pression de la rue, certaines personnes pouvaient être entraînées à donner leur signature, cette pression n'était en réalité pas très forte, et que l'on pouvait attendre des citoyens qu'ils sachent résister à des opinions qu'ils ne partagent pas.

Au total donc, après avoir comparé d'une part l'intérêt de l'Etat à éviter les causes de désordre, et d'autre part l'intérêt des citoyens à ce que soit facilité l'exercice d'un droit constitutionnel important pour le bon fonctionnement de la démocratie, le Tribunal fédéral déclara que le second devait l'emporter sur le premier, les troubles éventuels pour la circulation des piétons, pour l'ordre public et pour la liberté du citoyen pouvant être atténués, voire évités, par des mesures moins incisives qu'une interdiction pure et simple ; le refus des autorités genevoises fut donc annulé.

La motivation de cet arrêt *Küpfer* repose sur le droit d'initiative bien plus que sur la liberté d'expression, mais c'était l'occasion pour le juge fédéral de donner un contenu à la liberté d'expression d'une manière indépendante de la liberté de la presse, comme cela avait été le cas jusqu'alors. Dans des décisions ultérieures, la liberté d'expression allait voir son contenu considérablement élargi, non plus seulement aux diverses formes d'expression de l'opinion, mais encore à la liberté de recevoir et de communiquer des nouvelles et des opinions, y compris la liberté de s'informer aux sources accessibles de manière générale.

D - L'extension de la liberté d'expression à la liberté d'information.

Cette extension se manifesta pour la première fois dans un arrêt *Bürgin*³⁵ rendu le 8 mars 1978 ; la liberté d'expression se trouvait, là encore, liée à la liberté de presse. Le Tribunal fédéral, après avoir déclaré que la liberté d'expression et la liberté de presse garantissaient la liberté de s'informer aux sources généralement accessibles, ajouta que cette liberté, comprise dans les deux précédentes, n'obligeait cependant pas les autorités à des prestations positives. Le canton des Grisons avait édicté en 1976 des directives sur l'information du public par le gouvernement et l'administration, directives contestées par

³⁴ *Ibid.* p. 898-899.

³⁵ ATF 104 Ia p. 88 à 104 ; *Schweizerische Journalisten - Union und Hanspeter Bürgin sowie Gasser AG und Kons. gegen Regierung des Kantons Graubünden.*

les recourants comme contraires à divers droits fondamentaux, dont la liberté d'expression et la liberté d'information.

A la lecture de cet arrêt, on apprenait donc que la liberté d'information n'existait pas en temps que droit autonome, mais seulement comme droit dérivé de la liberté d'expression et de la liberté de la presse. Le Tribunal fédéral n'ayant pas jugé les directives du canton des Grisons incompatibles avec les droits fondamentaux, cet arrêt souleva d'assez fortes critiques doctrinales, critiques qui l'amènèrent à préciser sa position sans pour autant reconnaître un droit général à l'information.

Dans une affaire *Wyss*, jugée le 27 novembre 1981³⁶, le Tribunal avait à statuer sur le recours d'une contribuable d'Altdorf, Regula Wyss, qui, ayant demandé à consulter au registre des impôts les chapitres de deux autres contribuables, s'était vu autoriser la consultation du chapitre d'un salarié, mais refuser la consultation de celui d'un médecin, au motif qu'étant travailleuse, elle n'avait accès qu'aux chapitres des travailleurs et non à ceux des professions indépendantes. Le Tribunal fédéral, ayant confirmé que la liberté d'expression comprenait bien le droit de s'informer aux sources accessibles de façon générale, considéra que c'était le droit cantonal qui devait déterminer si les registres d'impôts devaient être considérés comme des sources d'information généralement accessibles. Le législateur cantonal d'Uri n'ayant, en l'espèce, pas modifié la loi fiscale ménageant un droit de consultation des registres, le Conseil d'Etat d'Uri ne pouvait, par voie d'interprétation "selon les conceptions actuelles", limiter le droit de regard des citoyens, fût-ce dans le souci de la protection de la vie privée des contribuables ; le Tribunal fédéral signalait d'ailleurs que, "du point de vue suisse en général", le droit de consulter le registre des impôts sans avoir à prouver un intérêt n'était ni contraire à l'opinion actuelle, ni dépassé, les registres des impôts étant ouverts au public et même publiés dans dix cantons, consultables sans prouver un intérêt dans huit autres cantons, consultables en prouvant (plus ou moins strictement) un intérêt dans quatre cantons, et secrets dans trois cantons seulement (Bâle-Ville, Genève et Glaris).

Cet arrêt, s'il apportait quelques précisions sur les limites du droit à l'information dans un domaine distinct de celui de la liberté de presse, ne répondait guère aux critiques doctrinales ; c'est dans un arrêt *Fuchs* du 8 décembre 1981³⁷ que le Tribunal fédéral va, de manière assez surprenante, reprendre toute l'argumentation de l'arrêt *Bürgin*, rendu trois ans auparavant, en répondant successivement aux principales critiques doctrinales.

Les autorités du canton de Nidwald lui en offrirent l'occasion, en publiant le 10 mars 1980 un "règlement sur l'information du public", règlement très proche de celui des Grisons de 1976 qui fut logiquement aussitôt attaqué par l'Union des journalistes suisses, avec, cette fois, un puissant appui doctrinal.

Le Tribunal fédéral reconnaissait que le texte attaqué n'était pas totalement satisfaisant dans la mesure où il pouvait donner l'impression que des journalistes ne s'intéressant qu'"occasionnellement" aux affaires nidwaldiennes pourraient se voir refuser l'accès à des informations accordées à ceux qui les suivaient "régulièrement" ; il

³⁶ ATF 107 Ia p. 234 ; JdT 1983 p. 60 à 64, *Wyss c. Altdorf, Conseil communal et Uri, Conseil d'Etat*.

³⁷ ATF 107 Ia p. 304 à 317, *Fuchs und Schweizerische Journalisten - Union gegen Regierungsrat und Obergericht des Kantons Nidwalden*.

indiqua qu'une telle interprétation serait évidemment contraire à la liberté de la presse et au principe d'égalité, et pourrait à ce titre être contestée devant la juridiction fédérale ; cela constituait une avancée par rapport à l'arrêt *Bürgin*, puisque l'arrêt consacrait en quelque sorte une garantie minimale du droit à l'information en assurant, en cette matière, la protection contre l'arbitraire. Mais le juge fédéral refusa d'aller plus loin, considérant, comme il l'avait fait dans l'arrêt *Bürgin*, que consacrer un droit général à l'information relevait du législateur ou même du constituant, mais certainement pas du juge, en raison de l'absence de consensus à ce sujet et surtout en raison des difficultés concrètes de mise en oeuvre d'un tel droit, lequel exigeait des dispositions précises pour préserver la confidentialité de certains aspects de l'activité administrative ; cette évocation des difficultés concrètes illustre le recours à un nouveau critère de reconnaissance d'un droit non écrit, critère dit "de la justiciabilité", cette formule étant utilisée par la doctrine pour exprimer la capacité d'un droit fondamental à être converti en prestation positive par le juge, sans intervention du législateur.

Le Tribunal fédéral précisait toutefois qu'il ne fallait pas se méprendre sur le sens de certaines formules de l'arrêt *Bürgin*, qu'en particulier il n'avait jamais été affirmé que les autorités pouvaient à leur gré retenir totalement des informations dans chaque secteur de leur activité, et qu'on ne pouvait plus, d'après les conceptions actuelles, soutenir en toutes circonstances le principe selon lequel les droits fondamentaux ne procurent aucun droit à des prestations positives de la part de l'Etat. C'était, là encore, une modeste avancée sur l'arrêt *Bürgin* ; l'arrêt fut loin de désarmer les critiques doctrinales, comme nous le verrons ultérieurement.

Ainsi le Tribunal fédéral, après avoir créé de toutes pièces une liberté d'expression non écrite de niveau fédéral, l'étendit jusqu'à un droit limité à l'information, mais il ne consacra pas ce dernier de manière autonome. La liberté de l'information restait un élément de la liberté d'expression et de la liberté de la presse, au lieu d'être considérée comme une condition de leur exercice et comme un élément indispensable du régime démocratique suisse. Même si le juge fédéral ne s'estimait pas en mesure de proclamer lui-même un droit ayant de telles conséquences, il aurait pu, selon de nombreux auteurs, attirer l'attention du législateur et du constituant en posant le problème ; mais les justifications quelque peu embrouillées de l'arrêt *Fuchs* laissaient presque entier le problème de l'accès des citoyens aux informations sur l'activité administrative, et obscurcissaient la question délicate des conditions de reconnaissance d'un droit fédéral non écrit.

3. La liberté individuelle (liberté personnelle)

La liberté individuelle est souvent appelée "liberté personnelle" dans la littérature juridique suisse, par rapprochement avec l'expression allemande *persönliche Freiheit*. Le Tribunal fédéral semble utiliser la première dans les arrêts rendus en français, tandis que les traducteurs au Journal des Tribunaux donnent la faveur à la seconde ; elles seront considérées comme strictement équivalentes en l'absence d'indications contraires.

Cette liberté fut intégrée au droit constitutionnel non écrit de la Confédération par

un arrêt *Kind X*. (*Enfant X*.) du 20 mars 1963 (A) ; une décision de 1964, anonyme elle aussi, l'étendit au domaine psychique (B) ; enfin plusieurs décisions ultérieures élargirent encore son domaine, le Tribunal fédéral posant cependant des bornes au gré des cas qui lui étaient soumis (C).

A - L'arrêt *Kind X*. : la consécration de la liberté individuelle sous son aspect physique.

A l'occasion d'une action en désaveu de paternité, un magistrat ordonna en 1962 un examen des groupes sanguins ; le curateur de l'enfant en cause s'opposa à cette mesure, qui fut pourtant confirmée par le tribunal civil de Bâle-Ville le 10 juillet 1962. Le curateur intenta deux recours, l'un devant la juridiction d'appel cantonale, l'autre devant la chambre de droit public du Tribunal fédéral pour atteinte à la liberté individuelle et pour arbitraire : il estimait en effet que l'enfant avait des intérêts propres, qui ne correspondaient pas nécessairement à ceux de ses père et mère divorcés, et qu'en l'espèce l'enfant avait intérêt à conserver son statut d'enfant légitime (il convient de préciser que le Code civil bâlois prévoit la nomination d'un curateur pour remplacer son représentant légal et défendre les intérêts et droits de l'enfant faisant l'objet d'une action en désaveu de sa filiation légitime). Le Tribunal fédéral admit le recours de droit public pour violation de la liberté individuelle.

Il releva d'abord que la Constitution cantonale de Bâle-Ville, contrairement à la plupart des autres, ne mentionnait pas la liberté individuelle, contenant seulement quelques dispositions relatives aux arrestations et visites domiciliaires ; il considéra que cela ne signifiait pas que la liberté individuelle n'était garantie, à Bâle-Ville, que dans cette mesure limitée : " La liberté individuelle, au sens de liberté physique, c'est-à-dire la libre disposition de son corps, est la condition d'exercice de toutes les libertés ; elle constitue dès lors un élément indispensable du système de l'Etat de droit sur lequel repose la Confédération. C'est pourquoi, selon l'opinion actuellement dominante, la garantie de la liberté individuelle fait partie, comme celle de la propriété, du droit constitutionnel non écrit de la Confédération (...). Il y a d'autant moins de raisons d'hésiter à suivre cette opinion, que le Tribunal fédéral l'a faite sienne depuis longtemps pour la garantie de la propriété et s'y est tenu".³⁸

La liberté individuelle protégeant contre toute atteinte à l'intégrité corporelle, une prise de sang constituait une telle atteinte, et le juge civil ne pouvait pas l'ordonner en comblant une lacune de la loi, mais uniquement en se fondant sur une base légale. Or le Code de procédure civile de Bâle-Ville ne contenait aucune disposition obligeant une partie à se prêter à une prise de sang. Même inspiré par la recherche de la vérité, le juge ne pouvait se substituer au législateur pour ordonner une mesure portant atteinte à la liberté individuelle.

Ainsi qu'on le constate, le Tribunal fédéral, en créant une nouvelle norme constitutionnelle non écrite, demeurait légaliste : il n'avait pas à s'opposer au législateur cantonal, il l'invitait seulement à créer une base légale "en vue de l'administration d'une

³⁸ ATF 89 I p.92 à 103 ; JdT 1964 I p.111 à 118, *Kind X. g. X. und Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt*, 20 mars 1963.

preuve aussi déterminante”. Sur la question de savoir si la liberté individuelle pouvait être invoquée contre une prise de sang prévue par la loi, l’arrêt *Kind X.* fournit quelques indications : des sanctions pour insoumission à l’autorité, ou une prise de sang exécutée de force constitueraient, selon le juge fédéral, des peines et devraient, elles aussi être fondées sur une base légale (JdT p. 116). L’arrêt cite un auteur, M. Grossen³⁹, qui propose, en cas de refus d’une prise de sang, d’appliquer autant que possible des sanctions de droit civil (perte de procès, dommages-intérêts) ce qui semble indiquer une préférence pour les solutions qui permettent d’éviter la contrainte physique directe : une législation cantonale prévoyant une telle coercition aurait-elle été incompatible avec le droit fondamental à l’intégrité physique ? La question est, semble-t-il, demeurée ouverte.

Un an après l’arrêt *Kind X.*, le Tribunal fédéral étendait la liberté individuelle à ses aspects psychiques.

B - L’arrêt X. c. Chambre d’accusation du canton de Genève du 25 mars 1964 et la garantie de la liberté psychique.

Les faits à l’origine de cet arrêt méritent quelques explications, par égard pour les autorités genevoises qui autrement pourraient s’en trouver quelque peu discréditées.

Un automobiliste, après un accident fatal à six personnes (lui-même étant pratiquement indemne), affirmait ne garder aucun souvenir de l’événement et des circonstances l’ayant entouré. Son alcoolémie n’était pas négligeable (env. 1,8 g. pour 1000). Au cours de l’enquête pénale, il fut soumis à une expertise en vue d’apprécier le rôle de l’alcool et la perte de mémoire alléguée ; on lui fit ingérer, sans opposition de sa part, outre un “repas substantiel”, les quantités d’alcool qu’il était supposé avoir absorbées le jour de l’accident, afin d’étudier son comportement. Les experts conclurent à une ivresse pathologique pouvant être due à une lésion de nature épileptique, sans cependant l’établir catégoriquement. Un tel diagnostic était de nature à entraîner une irresponsabilité partielle ou même totale. Les hésitations des experts amenèrent le Ministère public genevois à demander une seconde expertise, mais X. refusa toute nouvelle “ivresse expérimentale”, et saisit la Chambre d’accusation de Genève. Celle-ci confirma la demande d’expertise, invoquant la nécessité de se prononcer de manière certaine sur l’éventuelle épilepsie de X., sur son caractère simulateur et sur sa responsabilité. Selon la Chambre d’accusation, une telle expérience ne constituait pas une atteinte à la liberté physique, ni à la liberté individuelle ; elle ne présentait pas non plus, vu la qualité des experts, de danger pour la santé de X., qui l’avait acceptée une première fois. Pourtant X. saisit le Tribunal fédéral d’un recours de droit public. A l’énoncé de ces faits, on peut certes penser que X. était beaucoup plus inspiré par le souci d’entretenir un doute sur sa responsabilité, doute qui risquait de ne pas résister à une seconde expertise, que par celui de ménager son intégrité corporelle qui, semble-t-il, était fortement entamée à l’égard de l’alcool.

Le Tribunal fédéral admit pourtant le recours⁴⁰ et annula la décision attaquée en ce qu’elle contraignait le recourant à consommer des boissons alcooliques et à se mettre en

³⁹ JdT 1957 I p. 290 et ss.

⁴⁰ ATF 90 I p. 29 à 41, X. c. *Chambre d’accusation du canton de Genève*, 25 mars 1964.

état d'ivresse.

Le juge fédéral considéra d'abord qu'il devait confirmer sa tendance à ne pas s'en tenir à une conception étroite de la liberté individuelle : "Si la liberté individuelle ne s'identifie avec aucune des autres libertés garanties par la Constitution, elle est cependant la condition de leur exercice. En d'autres termes, elle vise à garantir l'existence des conditions de fait indispensables pour que l'homme puisse effectivement exercer ces autres libertés. Or celles-ci protègent non seulement le corps humain (interdiction des peines corporelles ou liberté d'établissement, par exemple), mais aussi des intérêts idéaux (liberté d'opinion ou libertés religieuses, par exemple). Il ne suffit donc pas que la liberté individuelle garantisse le droit d'aller et venir et l'intégrité corporelle. Il faut aussi qu'elle protège l'homme contre les atteintes qui tendraient, par un moyen quelconque, à restreindre ou supprimer la faculté, qui lui est propre, d'apprécier une situation donnée et de se déterminer d'après cette appréciation. En effet l'existence de cette faculté constitue la condition d'exercice de nombreux droits constitutionnels. Il est inutile de rechercher aujourd'hui si sa liberté individuelle s'étend au domaine des valeurs purement affectives".

Il admit ensuite que la liberté individuelle n'était pas illimitée, qu'elle pouvait être restreinte par le législateur cantonal, mais sans aller jusqu'à la supprimer ou la vider de sa substance : "ce qui est vrai pour la garantie de la propriété l'est à plus forte raison pour la liberté individuelle. Non seulement celle-ci est une institution fondamentale de l'ordre juridique suisse, mais elle est la liberté première, dont découlent tous les autres droits constitutionnels" (ATF 90 I p. 37). "Quant à dire quelles limitations sont possibles et quelles autres sont inadmissibles, c'est une question qu'il appartient aux autorités cantonales, le cas échéant au juge constitutionnel fédéral, de trancher de cas en cas".

Il rappela que la liberté individuelle était un droit constitutionnel inaliénable et imprescriptible, destiné à garantir la dignité humaine. La mise en état d'ivresse du recourant aurait porté atteinte à sa capacité de discernement, et n'était nullement prévue par la législation genevoise, ce qui suffisait à l'écartier ; il ajouta : "Point n'est besoin de rechercher si, dans l'hypothèse où une base légale aurait existé, la mesure n'en aurait pas moins été par elle-même inconstitutionnelle" (*ibid.* p. 40). Compte-tenu de la fermeté avec laquelle la liberté individuelle a été définie dans cet arrêt, on peut raisonnablement supposer qu'une atteinte dans sa substance de la part du législateur cantonal n'aurait pas été moins sanctionnée qu'en matière de propriété.

C - L'étendue du domaine de la liberté individuelle : les arrêts *Dubois*, *Müller-Gilliers* et *Vest*.

Une nouvelle extension du domaine de la liberté individuelle fut opérée par l'arrêt *Dubois*,⁴¹ au point que son potentiel puisse paraître illimité : la liberté individuelle, garantit toutes les libertés correspondant à une manifestation élémentaire de l'épanouissement de la personnalité humaine et elle assure ainsi une protection générale des droits fondamentaux. Elle est donc la condition nécessaire à l'exercice des autres libertés, et elle agit en outre, "en tant que droit constitutionnel directement applicable, de

⁴¹ ATF 97 I p. 45 ; JdT 1972 I p. 4 à 13, *Demoiselle Dubois c. Ministère public du district de Zurich et Direction de la justice du canton*, 17 février 1971.

façon complémentaire en ce sens que le citoyen peut l'invoquer pour la protection de sa personnalité et de sa dignité humaine, lorsqu'aucun autre droit constitutionnel écrit ou non écrit n'entre en considération"⁴².

Les faits de l'espèce n'étaient pas d'une gravité exceptionnelle, mais ils posaient une question de principe à laquelle le Tribunal fédéral répondit sur le même terrain.

La requérante, Demoiselle Dubois, se trouvant en détention provisoire depuis le 31 août 1970, était soumise au règlement zurichois sur les établissements pénitentiaires, qui disposait, entre autres : "les détenus qui ont le droit de se procurer eux-mêmes du travail ne peuvent le faire que dans les limites compatibles avec l'ordre de l'établissement..." et "si le détenu n'exerce pas une activité de son choix comme il en aurait le droit, il doit alors accomplir le travail qu'on lui impose". La requérante ayant demandé que du matériel de peinture, apporté par son avocat, lui soit remis, cela lui fut refusé pour la raison qu'elle avait elle-même refusé le travail de collage qui lui avait été imposé, et qu'elle ne pouvait dès lors exercer une activité de loisir. Un recours auprès de la Direction cantonale fut rejeté ; parmi d'autres arguments, la Direction affirmait que l'obligation faite aux inculpés en détention préventive de travailler avait pour but de leur assurer un mode de vie aussi proche que possible de la vie à l'extérieur ; étant donné que la majorité des gens accomplissent un travail à des fins lucratives, il convenait aussi que les détenus à titre préventif soit astreints à travailler, d'autant plus que, suivant les conceptions éthiques en vigueur, un homme sain, en âge de travailler, devait exercer une activité régulière, sans quoi il vivrait en marge de la société. En outre, le travail produisait des effets bénéfiques en matière de réadaptation, surtout dans le cas "des personnes de nature nonchalante". Or, pour la requérante, estimait la Direction de la justice, la peinture n'était qu'un passe-temps qui ne correspondait pas à son obligation de travailler. N'exécutant pas son obligation, elle devait subir une sanction disciplinaire, le refus de la laisser se livrer à son passe-temps représentant une sanction appropriée.

Le Tribunal fédéral, après avoir exposé sa conception de la liberté individuelle comme nous l'avons vu en abordant l'étude de cet arrêt, précisa que le juge constitutionnel, lorsqu'il délimitait la sphère de liberté protégée, devait respecter le principe de la proportionnalité et procéder à une évaluation des biens juridiques et des intérêts en présence ; qu'il lui incombait aussi de se livrer à des considérations de droit comparé, et, le cas échéant, de tenir compte des principes inhérents aux règles établies par les organisations supranationales.

Selon le Tribunal, si, en effet, la majorité des citoyens sains et capables de travailler se consacrent à une activité lucrative pour subvenir à leurs besoins, ils n'ont, en principe, pas d'obligation juridique de le faire, comme l'indique la Convention internationale de Genève de 1930 sur le travail forcé ; il est conforme à la conception juridique libérale de l'Occident qu'un citoyen libre, ayant des revenus suffisants, ne soit en principe pas astreint à travailler. Les seules exceptions prévues par les conventions internationales concernent les détenus condamnés à des peines définitives et exécutoires, et la doctrine, qu'elle soit suisse, française ou allemande, est unanime pour admettre que l'inculpé en détention préventive ne peut être astreint à travailler. Le Tribunal jugea donc que l'interdiction de peindre faite à la requérante était anticonstitutionnelle dans la mesure

⁴²JdT 1972 I, p. 8.

où elle s'appuyait sur son refus de travailler ; qu'une telle interdiction aurait pu être fondée sur les nécessités de l'instruction ou sur une atteinte au bon ordre de l'établissement, mais aucun de ces motifs n'étant invoqués, la direction de l'établissement devait accéder à la demande de la recourante dans la mesure compatible avec l'ordre dudit établissement.

L'arrêt du Tribunal fédéral a été rendu le 17 février 1971 contre la décision de refus de la Direction de la justice du 2 décembre 1970 ; nous ignorons si Demoiselle Dubois a pu se livrer à son passe-temps avant la fin de sa détention préventive, mais son recours n'aura pas été vain : le droit constitutionnel comparé lui est redevable d'un arrêt à la motivation remarquable, et la liberté individuelle s'en trouve mieux assurée en Suisse.

En 1971, peut-être encouragé par l'arrêt *Dubois*, un autre détenu à titre préventif de la prison du district de Zurich, Fernand Müller-Gilliers, exprima le désir de s'abonner directement au journal de son choix, de disposer d'un appareil de radio à transistors, et de garder la lumière allumée dans sa cellule jusqu'à 22H30 au lieu de 20H30 selon le règlement. Contre le refus du Procureur général, il forma un recours de droit public devant le Tribunal fédéral ; il fut relâché avant que la décision ne soit rendue, mais le juge fédéral estima que cette situation pouvait se reproduire, et qu'elle posait, elle aussi, une question de principe : il accueillit donc le recours⁴³ .

Après avoir rappelé les principes de l'arrêt *Dubois*, et notamment que la personne en détention préventive peut invoquer la garantie de la liberté personnelle, le juge fédéral précisa que des restrictions proportionnées au but à atteindre pouvaient être apportées par l'autorité en vertu de son pouvoir général de police ; la personne en détention préventive se trouvant dans un rapport de sujétion spécial envers l'Etat, elle devait subir des restrictions à sa liberté, même sans base légale particulière, tant que ces restrictions respectaient le principe de la proportionnalité ; mais les restrictions à caractère pénal étaient inacceptables en détention préventive, à moins qu'il ne s'agisse de mesures disciplinaires. En ce qui concernait l'extinction des lumières, le Tribunal jugea que la disposition réglementaire n'était pas contraire au principe de la proportionnalité ; quant aux abonnements personnels, ils pouvaient, en se multipliant, créer un danger de communications secrètes favorisant l'évasion, mais il était suggéré à l'autorité compétente de mettre un plus grand nombre de journaux à la disposition des détenus ; enfin, la restriction de l'usage des postes à transistors se justifiait techniquement par le fait que certains appareils permettaient de recevoir des messages privés émis par des postes clandestins, et pouvaient même, moyennant quelques transformations faciles, servir de petit poste émetteur. La position du Tribunal fédéral pourra paraître sévère au lecteur d'aujourd'hui, mais il traçait ainsi des limites à l'invocation d'un principe constitutionnel à l'encontre de l'administration pénitentiaire, et donnait des indications permettant de répondre aux cas comparables pouvant se présenter.

Dans d'autres domaines, des recourants n'hésitèrent pas à invoquer une atteinte à la liberté individuelle, en tant que manifestation élémentaire de la personnalité humaine, alors qu'il s'agissait seulement d'une prétention à naviguer sans restriction sur tous les lacs suisses, ou à installer n'importe où des appareils automatiques de jeu ; le Tribunal

⁴³ ATF 97 I p. 839 ; JdT 1973 I p. 515 à 518, *Müller-Gilliers c. Administration de la prison du district de Zurich et Procureur général du district de Zurich*, 22 septembre 1971.

refusa évidemment de les suivre sur ce terrain. En 1983, un arrêt *Vest*⁴⁴, rendu à propos de la réglementation de la surveillance des télécommunications, illustra l'application du principe de proportionnalité : les recourants ayant comparé l'usage de certains appareils de surveillance à celui du "détecteur de mensonges", le Tribunal fédéral indiqua que si l'Etat de droit devait pouvoir employer, pour se défendre contre ses ennemis, les moyens optiques et acoustiques utilisés par eux contre lui en matière d'espionnage, de terrorisme ou de criminalité, il était exact que des méthodes telles que le "détecteur de mensonges", la narco-analyse ou le "sérum de vérité" seraient inadmissibles selon la Constitution parce qu'elles ouvriraient une brèche dans le psychisme propre de l'être humain (*in den seelischen Eigenraum des Menschen*).

L'étude de ces arrêts permet d'appréhender la conception que le juge fédéral se fait de la liberté individuelle en distinguant plusieurs degrés de protection :

- une protection absolue pour ce qui constitue le noyau dur, intangible : l'intégrité corporelle et l'intégrité psychique (encore que l'on puisse s'interroger sur ce que serait la position du juge face à des atteintes se justifiant par un traitement médical ou psychiatrique⁴⁵). Cette protection exclut non seulement les atteintes à la faculté de discernement, au moyen de substances comme l'alcool ou des drogues quelconques, mais encore les moyens qui ne modifient pas le psychisme, mais qui, à les supposer efficaces, surprendraient des aspects intimes de la pensée ou de la volonté comme les fameux "détecteurs de mensonges".

On peut inclure dans ce noyau la protection de la dignité humaine, à laquelle a droit tout individu ; cette protection sera plus limitée pour les personnes se trouvant dans un rapport de sujétion spécial envers l'Etat (comme peuvent l'être les personnes incarcérées), mais sans être vidée de sa substance.

- la protection de la dignité marque la transition avec un niveau de protection moins rapproché, celui de la "sphère personnelle" ou "sphère privée", qui comprend toutes les

44 ATF 109 la p.273 à 303, *Hans Vest und Demokratische Juristen der Schweiz, Regionalgruppe Basel, gegen Kanton Basel-Stadt*, 9 novembre 1983.

45 Le juge fédéral suisse admet assez largement la qualification d'atteinte à l'intégrité physique, même lorsque l'on ne décèle ni préjudice, ni perception d'une douleur quelconque, comme c'est le cas avec la fluoration de l'eau potable (ZBI 92/1991 p. 26). Il admet également que de telles atteintes soient justifiées par des impératifs de santé publique, mais il se montre alors sourcilieux face à d'éventuelles mesures de contrainte : il semble exclure toute contrainte physique, et recherche de manière approfondie si les sanctions civiles ou pénales prévues ne sont pas disproportionnées à l'intérêt public en cause. C'est ainsi qu'en 1992, saisi à propos d'une loi fribourgeoise sur la prophylaxie et les soins dentaires scolaires (ATF 118 la, p. 427), il s'est livré à une pesée d'intérêts remarquable par son caractère concret (elle est analysée, en tant que telle, dans notre seconde partie, chapitre 4) au terme de laquelle il a admis la constitutionnalité de la loi fribourgeoise en précisant qu'elle ne pouvait être interprétée et appliquée, s'agissant des sanctions, que conformément au principe de la proportionnalité : seuls des traitements conservateurs peuvent être imposés (l'obligation ne s'étend pas aux traitements orthodontiques) aux enfants, les parents disposent d'une voie de recours et *le médecin dentiste scolaire ne doit pas interpréter de façon extensive la clause* mentionnant l'obligation, les parents conservent le libre choix du médecin dentiste traitant ; en l'absence de traitement, les seules sanctions envisageables sont celles du droit civil commun ; quant à l'amende prévue par la loi sur les soins dentaires scolaires, elle n'a pas paru critiquable dans son principe, ni disproportionnée compte tenu des limites fixées (de 20 à 1000 FS), l'autorité d'exécution étant cependant invitée par le juge fédéral à *agir avec retenue ... une amende d'un montant correspondant au minimum, voire un blâme, pourront être prononcés.*

manifestations élémentaires de la personne humaine ; ces manifestations dépendent des circonstances et ne peuvent être déterminées une fois pour toutes. Elles ne peuvent être restreintes que proportionnellement à un but d'intérêt public, sans jamais être supprimées complètement. Suivant la formulation du Tribunal fédéral, la liberté peut souffrir des restrictions, mais son principe même jouit d'une protection absolue : "*L'idée directrice doit être le maintien d'une forme d'Etat qui permette à chaque citoyen de conserver dans tous les cas un certain minimum de possibilités d'épanouir sa personnalité*"⁴⁶

- enfin, un troisième niveau de protection concerne par exemple la liberté d'aller et venir, qui est certes fondamentale, mais doit être conciliée avec de nombreux autres droits, surtout quand cette liberté de déplacement s'exerce avec des engins motorisés susceptibles de provoquer des nuisances.

Une limite à la liberté individuelle a été marquée par un arrêt N.⁴⁷ de 1970, dans lequel le Tribunal fédéral avait à se prononcer sur la liberté d'aménagement d'un monument funéraire au cimetière du Hörnli, à Bâle-Ville : les recourants, ayant perdu un enfant, souhaitaient ériger sur la sépulture familiale, une statue de chevreuil en bronze, mais cela leur fut refusé par l'administration du cimetière, qui estimait qu'une telle *banale Gartenplastik* (la traduction la plus adéquate nous paraît être "plate figurine de jardin") serait déplacée en ce lieu. Ayant à connaître du recours, le Tribunal fédéral ne reconnut pas une liberté particulière d'aménagement des sépultures, envisagée comme droit non écrit autonome, pas plus qu'il ne considéra que c'était un élément de la liberté personnelle ou de liberté d'expression.

Il n'en reste pas moins qu'en adoptant une conception aussi large de la liberté individuelle, le Tribunal fédéral courait le risque d'empiéter sur le domaine d'autres droits fondamentaux, comme la liberté d'opinion et de conscience. Il a toujours écarté cette objection, s'estimant maître des concepts développés par lui-même, et soulignant que la liberté individuelle n'était dans ces hypothèses invoquée qu'à titre complémentaire, lorsqu'aucun autre droit fondamental ne pouvait recevoir application.

4. La liberté de la langue.

Cette liberté présente plusieurs particularités : elle s'articule avec une disposition écrite de la Constitution fédérale (A), elle a été proclamée en même temps qu'un principe antagonique : le principe de territorialité de la langue (B) et la jurisprudence a longtemps privilégié ce dernier principe au détriment de la protection de l'usage de la langue maternelle (C) ; la jurisprudence récente a apporté quelques nuances et favorise la protection des langues *nationales* minoritaires (D).

⁴⁶ Arrêt *Dubois*, JdT 1972 I, p.9.

⁴⁷ ATF 96 I p. 104, N. *gegen Sanitätdepartement und Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt*, 18 mars 1970.

A - L'articulation de la liberté de la langue et de l'art. 116 de la Constitution fédérale.

Le contexte constitutionnel de la reconnaissance de la liberté de la langue constitue en lui-même une originalité, liée bien sûr à la situation linguistique de la Suisse. En 1938, en réponse aux appels lancés par Mussolini aux minorités de langue rhétoromane à rejoindre la communauté italienne, le romanche fut déclaré quatrième langue nationale de la Suisse, et l'article 116 modifié dans ce sens. Il se présente actuellement⁴⁸ comme suit :

Art. 116

- 1- L'allemand, le français, l'italien et le romanche sont les langues nationales de la Suisse.
- 2- Sont déclarées langues officielles de la Confédération : l'allemand, le français et l'italien.

On constate que cet article opère une distinction entre "langue nationale" et "langue officielle", ainsi qu'entre "la Suisse" et "la Confédération" respectivement. Il ne comporte pas de référence à la liberté de la langue, et ce n'est pas un oubli du constituant : dans son message⁴⁹ précédant l'adoption de cette disposition, le Conseil fédéral avait clairement indiqué que le nouvel article 116 instituait l'égalité entre toutes les langues nationales, mais qu'il ignorait la notion de protection des minorités linguistiques (cette attitude était inspirée, selon le Conseil fédéral, par le respect de la liberté individuelle et donc par le respect du droit à la langue maternelle).

En effet, selon le Conseil fédéral, une loi non écrite commandait de respecter la langue maternelle, car sans elle, il n'existe pas de liberté de l'esprit. Après cette forte déclaration, le Conseil indiquait toutefois que l'article 116 ne concernait que les autorités fédérales, chaque canton prenant les mesures qu'il jugerait utiles en matière de langue. S'il existait bien au plan du droit fédéral une liberté de la langue maternelle, c'était naturellement aux cantons de la traduire dans les faits ; l'art. 116 ne devait pas être compris comme consacrant cette liberté au plan fédéral, mais tout au plus comme présupposant son existence.

Ainsi, le sens de ce message était ambigu : d'une part, le Conseil fédéral faisait allusion à la liberté de la langue, "loi non écrite", ce qui semblait une invitation à une consécration future, par voie jurisprudentielle, d'un principe de droit fédéral ; d'autre part, il invitait à respecter l'autonomie des cantons et à ignorer en droit fédéral la notion de protection des minorités linguistiques. L'ambivalence du message de 1937 du Conseil fédéral préfigure celle de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

⁴⁸ Le projet 1996 de nouvelle constitution fédérale, prenant acte de la décision du Conseil national du 1er février 1995 concernant l'art. 116, al. 4, comporte un article 136 nouveau qui, sans aller jusqu'à ajouter le romanche à la liste des langues officielles de la Confédération, dispose : "Le romanche est langue officielle pour les rapports que la confédération entretient avec les personnes de langue romanche".

⁴⁹ Feuille fédérale 1937, p.1 et suivantes.

B - La liberté de la langue, droit constitutionnel fédéral non écrit : l'arrêt Association de l'école française.⁵⁰

L'Association de l'école française de Zurich (et des parents d'élèves) avait formé en 1964 un recours de droit public contre une décision de l'exécutif cantonal qui encadrait étroitement l'activité de l'établissement : admission soumise à l'autorisation de l'administration scolaire, réservée aux enfants de langue maternelle française pour lesquels un séjour permanent dans le canton de Zurich était exclu ou invraisemblable, durée de fréquentation limitée à deux années avec enseignement poussé de la langue allemande. Le Tribunal fédéral rejeta le recours, justifiant de manière éclairante la position de l'autorité zurichoise.

Il considéra d'abord que la liberté de la langue, c'est-à-dire le droit d'employer sa langue maternelle, était au nombre des libertés non écrites du droit constitutionnel fédéral : "de même que la liberté individuelle, elle est fondamentale et, jusqu'à un certain point, nécessaire à l'exercice d'autres droits constitutionnels, comme la liberté d'opinion". C'était certes une avancée par rapport à la position officielle de 1937, mais dont la portée se trouvait aussitôt limitée : "dans la mesure où la langue maternelle est en même temps une des langues nationales de la Suisse, la liberté de la langue sert en même temps à fonder le maintien de la répartition territoriale des langues en Suisse, objet de l'art. 116 Cst. Car la garantie accordée par l'alinéa premier de cette disposition au maintien des quatre langues nationales serait inutile si l'usage de ces langues, dans le domaine qui est le leur, n'était pas également garanti. L'art. 116 Cst. ne donne pas lui-même cette garantie ; il la présuppose et lui assigne certaines limites dans l'intérêt public" (JdT 1965 I p. 113).

Ainsi apparaissait la première formulation de ce qui sera appelé ultérieurement "principe de territorialité" : l'art. 116 al. 1er garantit le maintien de la répartition territoriale des langues dans le pays. Ce n'est pas un principe non écrit, mais c'est une lecture tout de même assez libre du texte constitutionnel. Cette lecture semble certes proche de celle du Conseil fédéral en 1937, mais on pourrait tout aussi bien soutenir que si le constituant avait entendu protéger à ce point la répartition territoriale des langues, il aurait rédigé le nouvel art. 116 de manière plus explicite à cet égard⁵¹. Nous nous trouvons ici en présence de deux règles antagoniques, dont le fondement est entremêlé : l'une se présente comme non écrite, l'autre n'est pas proclamée par l'art. 116, mais elle est, nous dit le Tribunal fédéral, "présupposée" par cet article. On conviendra que, du point de vue du pouvoir créateur du juge, la différence est ténue entre une règle "présupposée" et une

⁵⁰ ATF 91 I p. 480 ; JdT 1965 I p. 112 à 116.

⁵¹ Il n'aurait pas été déraisonnable de soutenir que le caractère national d'une langue impliquait sa reconnaissance sur l'ensemble du territoire national, mais cela obligeait alors à accepter, à terme, des modifications plus ou moins importantes de la répartition territoriale des différentes langues, en fonction des mouvements de population et des exigences des nouveaux habitants (par exemple, des familles alémaniques s'installant dans des communes romandes auraient pu obliger ces dernières à recruter du personnel administratif ou enseignant de langue maternelle alémanique, provoquant ainsi un déséquilibre progressif si le personnel recruté donnait, lui aussi, la faveur à l'allemand comme langue de l'enseignement pour ses enfants scolarisés sur place). Il est probable que cela aurait fini par jouer en défaveur des langues minoritaires que sont le romanche, l'italien et, dans une certaine mesure, le français.

règle “non écrite”.

Une fois ces règles posées, encore fallait-il les combiner ; or, la liberté de la langue, comme du reste les autres libertés, n'étant pas garantie sans restriction, la limitation la plus importante tenait à la reconnaissance des quatre langues nationales par l'art. 116 al. 1er de la Constitution fédérale, les cantons devant veiller à ce que l'étendue et l'homogénéité de la répartition territoriale subsiste comme par le passé. Le Tribunal fédéral s'interrogea quant à l'influence de l'école sur la répartition des langues, spécialement lorsque l'immigration de personnes de langue maternelle étrangère atteignait un niveau suffisant pour se faire sentir dans la vie culturelle, sociale et économique. Ce danger peut être contenu si les immigrants s'assimilent par la langue, l'école jouant un rôle important à cet égard. Le pouvoir de chaque canton de désigner sa langue officielle⁵² emporte donc celui de l'imposer pour l'enseignement, tant public que privé, y compris dans les cantons qui reconnaissaient la liberté d'enseignement, car “comme les autres droits constitutionnels qui touchent à la liberté d'expression, la liberté d'enseignement est soumise à la réserve de l'art. 116 al. 1er Cst. et des pouvoirs qui en découlent pour le législateur cantonal” (JdT 1965 I p. 114).

Les recourants ayant invoqué la violation du principe d'égalité, certains cantons autorisant des écoles à enseigner dans une langue n'ayant pas le caractère de langue nationale, le Tribunal fédéral répondit que la souveraineté des cantons l'emportait sur les exigences de l'égalité et rendait inévitables des différences entre les systèmes adoptés. S'agissant de la situation particulière de l'Ecole française de Zurich, le Tribunal admit qu'elle n'aurait pas, en elle-même, constitué une menace pour l'unité de la langue dans le canton ; mais elle aurait créé un précédent qui risquait de servir d'exemple à des groupes plus étendus d'élèves d'autres langues maternelles, ce qui, à terme, aurait menacé l'unité linguistique⁵³.

La mesure prise par l'autorité zurichoise imposait certes des inconvénients non négligeables aux élèves de langue maternelle française, mais, mise en balance avec l'intérêt public au maintien d'une population homogène par la langue, elle n'apparut pas excessive : pour le Tribunal fédéral, l'autorité cantonale avait adopté un ordre de valeurs qui était bien celui de l'art. 116 Cst. lui-même.

⁵² Ainsi certains cantons sont-ils officiellement bilingues, l'un d'eux est même trilingue : Berne, Fribourg et le Valais sont bilingues (français-allemand), tandis que les langues officielles du canton des Grisons sont l'allemand, l'italien et le romanche. La désignation des langues *nationales* relève évidemment de la Confédération (les quatre langues précitées bénéficient de ce statut). En revanche, le caractère de *langue officielle de la Confédération* n'est pas accordé au romanche (le projet de réforme prévoit cependant d'imposer aux autorités fédérales l'emploi du romanche *comme langue officielle dans leurs rapports avec les personnes de langue romanche*).

⁵³ Dans cette perspective, on peut penser que la revendication, devant le juge fédéral, d'un enseignement dans une langue qui ne serait pas une des langues nationales de la Suisse, aurait d'autant moins de chances d'aboutir : si on l'acceptait, l'assimilation des immigrants par la langue serait sérieusement compromise.

C - La jurisprudence ultérieure : confirmation de la prééminence du principe de territorialité sur celui de la liberté de la langue maternelle.

Un arrêt *Derungs*⁵⁴ de 1974 confirma parfaitement la position adoptée par le juge constitutionnel fédéral en 1965 ; l'affaire en question se distinguait pourtant sensiblement de la précédente, dans la mesure où la langue maternelle en cause était le romanche, langue qui, tous dialectes confondus, n'est plus guère parlée en Suisse par plus d' 1% de la population. La famille requérante habitait un village des Grisons, St Martin (dans le Valsertal), qui comptait 60 habitants, dont 20% seulement de langue romanche, et 80% de langue allemande. L'enseignement étant donné en allemand à l'école communale, la famille Derungs envoya ses enfants dans la commune voisine pour qu'ils puissent y recevoir un enseignement dans leur langue maternelle romanche. La commune de St Martin ayant cessé de prendre en charge les frais de scolarité et de restauration, la famille intenta des recours successifs sans obtenir satisfaction, y compris devant le juge fédéral ; celui-ci estima que l'atteinte au droit fondamental de la liberté de la langue n'était pas d'une gravité telle qu'elle justifiât d'aller au delà du contrôle sous l'angle de l'arbitraire : en effet, l'instituteur de l'école communale de St Martin étant lui-même de langue maternelle romanche, il pouvait, selon le Tribunal fédéral, aider les enfants Derungs à comprendre jusqu'à ce qu'ils puissent suivre l'enseignement en allemand sans difficulté.

Ainsi, pour le juge fédéral, l'essentiel n'était pas que les enfants reçoivent un enseignement dans leur langue maternelle, mais qu'ils le reçoivent dans une langue qu'ils puissent comprendre ; en l'occurrence, le fait que l'instituteur soit bilingue romanche-allemand devait lui permettre de jouer un rôle d'interprète à l'égard des enfants Derungs et de les guider efficacement dans l'apprentissage de la langue allemande jusqu'au moment où ils pourraient suivre normalement l'enseignement dans cette langue (ce qui, naturellement, ne correspondait pas à l'attente de la famille). Le juge fédéral estima donc que la réglementation cantonale en matière de frais de scolarité avait été appliquée de manière correcte par les autorités.

Dans la motivation de l'arrêt, le juge fédéral proclame d'abord, comme dans l'arrêt *Ecole française de Zurich*, que la liberté de la langue est une liberté non écrite de la Constitution fédérale, cependant il ne s'appuie plus seulement sur la doctrine, mais également sur son arrêt précédent : "Selon la doctrine et la jurisprudence, la liberté de la langue, entendue comme le droit à l'usage de la langue maternelle, appartient aux libertés non écrites de la Constitution fédérale"⁵⁵. Il reprend ensuite pratiquement la même formule qu'en 1965 : "la garantie du maintien des quatre langues nationales, contenue par l'art. 116 al. 1er, serait inconcevable si l'usage de ces langues dans leur domaine d'application n'était pas garanti. L'art. 116 ne garantit certes pas la liberté de la langue, mais il la présuppose plutôt et en indique certaines limites dans l'intérêt public".

En 1974, la liberté de la langue est donc toujours une liberté non écrite, mais elle

⁵⁴ ATF 100 la p. 462 et suivantes, *Derungs gegen Gemeinde St. Martin und Regierung des Kantons Graubünden*, 30 octobre 1974.

⁵⁵ *Nach Lehre und Rechtsprechung gehört die Sprachenfreiheit, d.h. die Befugnis zum Gebrauch der Muttersprache, zu den ungeschriebenen Freiheitsrechten des Bundesverfassung* (ATF 100 la p. 465).

est “présupposée”, “présumée” (traduction approchée du verbe *voraussetzen*) par l’art. 116 de la Constitution fédérale.

D - Une interprétation plus nuancée du principe de territorialité et une nouvelle justification de la liberté de la langue.

Au début de la décennie suivante, le Tribunal fédéral eut à se prononcer sur un autre aspect de la liberté de la langue, peut-être moins primordial que celui de l’enseignement : celui de la langue du procès. Deux affaires significatives avaient pour cadre des cantons dans lesquels il existait plusieurs langues officielles : le canton de Fribourg, bilingue, et le canton des Grisons, trilingue (dans un canton unilingue, la question ne se serait pas posée, du moins pas dans les mêmes termes).

La première de ces affaires donna lieu à un arrêt du 25 avril 1980 *Brunner gegen Tiefnig und Gerichtspräsident des Saanebezirks*⁵⁶ ou, devrait-on dire, “Brunner contre Tiefnig et le Président du Tribunal de district de la Sarine”, ce district ayant pour langue judiciaire le français, ainsi qu’en décide le code de procédure civile fribourgeois. En effet, le district de la Sarine, qui comptait à l’époque 43 610 habitants francophones contre 15 325 germanophones, avait pour langue officielle le français, tandis que dans le seul district du canton reconnu mixte, le “district du Lac” (*Seebezirk*), les chiffres étant respectivement de 5 308 et 12 856, la langue du procès était celle du défendeur, à moins que les parties n’en conviennent autrement.

Le 4 janvier 1980, Waltraud Brunner, habitant à Meyriez (district de la Sarine) et de langue maternelle allemande, intenta une action en dommages-intérêts contre un fribourgeois, Aloïs Tiefnig. La demande fut présentée au Tribunal de district rédigée en langue allemande. Le 7 janvier, la demande fut retournée à l’avocat de la demanderesse, un délai de 10 jours étant accordé pour la présenter à nouveau, rédigée dans la langue officielle du district de la Sarine cette fois, c’est-à-dire en français. Waltraud Brunner introduisit aussitôt un recours de droit public contre le refus d’admettre sa demande en allemand, faisant valoir devant le Tribunal fédéral qu’il était arbitraire, de la part des autorités cantonales, de considérer le district de la Sarine comme étant de langue française, alors qu’il aurait dû, selon elle, être considéré comme mixte (*gemischt*) au sens du code de procédure civile fribourgeois, comme l’était le “district du Lac” (*Seebezirk*). La recourante n’invoquant pas la liberté de la langue, le Tribunal fédéral n’avait à examiner le recours que du point de vue de l’art. 4 de la Constitution fédérale, ce qu’il fit pour conclure rapidement à son irrecevabilité : la décision attaquée était une décision incidente et ne produisait aucun effet qui ne puisse lui-même être contesté à l’occasion d’un recours de droit public formé contre le jugement final du procès à venir, car pour l’instant il suffisait à la recourante qu’elle introduise une demande en langue française.

Ayant réglé la question en moins d’une page du recueil officiel, le juge fédéral consacra la suite de l’arrêt, soit quatre pages, à l’argumentation qu’il aurait développée si la recourante avait invoqué une atteinte à la liberté de la langue.

Son argumentation comporte d’emblée une affirmation surprenante : “Pour autant que la langue maternelle soit une langue nationale de la Confédération, son usage se

⁵⁶ ATF 106 Ia p. 299 à 306.

trouve sous la protection de l'art. 116 al. 1er Cst. fédérale, qui reconnaît quatre langues nationales. Cette disposition interdit spécialement aux cantons d'opprimer et de menacer dans leur pérennité les groupes qui parlent une langue nationale dans un canton où ils représentent une minorité"⁵⁷

Ainsi l'art. 116 Cst. féd. qui, en 1965 et en 1974, ne garantissait "certes pas" la liberté de la langue, était-il en 1980 susceptible d'une autre lecture, puisqu'il protégeait désormais les langues maternelles nationales, cette protection étant opposable aux cantons comportant des minorités linguistiques. Pour autant, la liberté de la langue ne perdait pas son caractère de liberté constitutionnelle non écrite, le Tribunal utilisant toujours la formule : "D'après la doctrine et la jurisprudence, la liberté de la langue appartient ...aux libertés non écrites de la Constitution fédérale". Fallait-il comprendre qu'il existait un principe général, non écrit, de liberté pour toute langue, et un principe spécial, posé par l'art. 116, protégeant les langues nationales ? On est en droit de le penser, car sinon, à quoi bon maintenir la liberté non écrite quand il existe une source écrite produisant le même effet juridique ? C'était en tout cas un changement d'attitude radical de la part du juge fédéral, car jusqu'alors il avait toujours semblé évident depuis 1937 que l'art. 116 ne concernait que les autorités fédérales ; cet article confirmait ou renforçait éventuellement les prérogatives des cantons en matière linguistique, mais il n'était pas conçu pour leur imposer un quelconque devoir ni pour créer un droit qui puisse être invoqué par les citoyens contre les cantons. Or, de par la nouvelle lecture qu'en faisait le juge fédéral, l'art. 116 semblait désormais leur imposer un certain devoir de protection des minorités linguistiques.

Cependant le principe de territorialité demeurait, affirmé dans les mêmes termes qu'en 1974 : l'art. 116 al. 1er garantissant aussi la composition linguistique du pays, les cantons étaient fondés à prendre des mesures pour maintenir les frontières traditionnelles et l'homogénéité des régions linguistiques, même si cela devait limiter l'usage, par l'individu, de sa langue maternelle (le devoir de protection ne pouvant être invoqué qu'à l'intérieur des frontières géographiques reconnues à la langue en cause, puisqu'à l'extérieur le principe d'homogénéité devait l'emporter). Bien sûr, ces mesures devaient demeurer proportionnées à leur but, et ménager autant que possible, disait le Tribunal fédéral, la dignité et la liberté de l'individu. Il indiquait d'ailleurs qu'une réglementation belge semblable au principe suisse de territorialité avait été jugée conforme à la Convention européenne des droits de l'Homme par un arrêt de la Cour européenne du 23 juillet 1968.

Après ces considérations de principe, le Tribunal rechercha si le code de procédure civile fribourgeois avait arbitrairement compté le district de la Sarine parmi les districts francophones plutôt que le considérer comme un district bilingue : relevant que la minorité linguistique allemande n'y représentait que 26% de la population, alors que dans le "district du Lac" (*Seebezirk*) reconnu bilingue, la minorité francophone atteignait 29%, il estima que la minorité n'était pas suffisamment importante dans la Sarine pour qu'on puisse considérer le district comme mixte, le seuil retenu par l'Office de législation fribourgeois étant de l'ordre de 30 à 33%. De plus, il n'existait dans la Sarine aucune commune à majorité de langue allemande, alors que dans le "district du Lac" quelques

⁵⁷ *Ibid.* p.302.

communes étaient à majorité francophone. La distinction faite par le code de procédure civile fribourgeois entre les deux districts n'était donc pas arbitraire.

Le Tribunal fédéral rechercha ensuite si le droit cantonal ne violait pas la liberté fondamentale non écrite de la langue : la question se posait de savoir si les cantons pouvaient établir une langue du procès dans leurs districts judiciaires, et quelle langue devait être utilisée par la minorité linguistique. Selon lui, quand la minorité était faible, le principe de la territorialité pouvait jouer pleinement, les cantons pouvaient donc prendre des mesures pour maintenir l'étendue d'une aire linguistique, et pour préserver son homogénéité ; mais quand la minorité linguistique se rapprochait de 50% de la population totale, il n'y avait certainement plus d'homogénéité à protéger. En pareil cas, il ne serait plus conforme au principe de territorialité d'imposer la langue de la majorité comme unique langue du procès, et de limiter ainsi l'usage de la langue maternelle de la minorité. Il s'agirait bien plutôt d'une violation de la liberté de la langue et, pour autant qu'il s'agisse d'une langue nationale, cela constituerait également une atteinte à la garantie constitutionnelle de l'usage de cette langue nationale.

En l'espèce, comme dans le district de la Sarine la minorité linguistique représentait 26% de la population, et n'était dominante dans aucune commune, la déclaration de la langue majoritaire comme seule langue du procès n'était pas contraire à la liberté de la langue. Mais c'était, pour le Tribunal fédéral, un cas limite, et en outre, cela ne signifiait pas que la désignation d'une unique langue d'enseignement dans les écoles publiques eût été compatible avec la liberté fondamentale de la langue. De plus, si dans un district judiciaire la langue majoritaire était la seule officielle, il serait inadmissible qu'une requête rédigée dans la langue minoritaire soit déclarée irrecevable sans que soit accordé un délai pour la traduire. Une telle manière d'agir constituerait, selon l'expression du juge fédéral, *une violation de la liberté de la langue*, et témoignerait *d'un formalisme excessif*. Mais comme, dans ce cas précis, la recourante avait eu la possibilité de traduire sa demande, la décision attaquée n'aurait pas été jugée irrégulière, quand bien même elle aurait été autre chose qu'une décision incidente (rappelons que nous sommes ici en présence d'*obiter dicta*, la décision attaquée par la recourante n'étant qu'une décision incidente insusceptible de recours du point de vue de l'article 4 puisqu'elle ne peut, à elle seule, entraîner aucune rupture d'égalité).

L'arrêt *Brunner* marque donc, au moins théoriquement, un renforcement de la liberté de la langue, dont la protection trouve désormais un appui direct sur l'art. 116 al. 1er Cst. féd., et un assouplissement du principe de la territorialité : les cantons, malgré leur autonomie, ne peuvent plus, suivant les principes exposés dans cet arrêt, imposer la langue majoritaire à des minorités d'une certaine importance, spécialement dans le domaine de l'enseignement public.

La seconde affaire, *Epoux G. contre Conseil du Tribunal de district d'Albula*⁵⁸, posait le même type de problème, compliqué toutefois par le fait qu'elle avait pour cadre le canton des Grisons, officiellement trilingue (c'est le seul canton trilingue de la Confédération). Les époux G., habitant Bivio (*Beiva*), commune de 190 habitants, officiellement bilingue allemand-italien, étaient entrés en litige avec la société locale de remontées mécaniques (ils étaient gênés par l'une des installations de remonte-pentes). Ils

⁵⁸ non publié au recueil officiel ; Zentralblatt 1982 p. 356 à 364, *Eheleute G.* du 7 mai 1982.

introduisirent une requête auprès du Tribunal de district d'Albula, requête rédigée en rhétoromanche, leur langue maternelle. L'avocat de la société défenderesse, installé à St-Gall, éleva une protestation contre l'usage du rhétoromanche et exigea que la requête soit traduite par l'avocat adverse en allemand, ou du moins en italien ; le président du Tribunal de district rendit une ordonnance dans ce sens, contre laquelle les époux G. formèrent un recours, évidemment rédigé en romanche ; ils invoquaient la liberté de la langue et faisaient valoir que les langues officielles du district d'Albula étant le rhétoromanche et l'allemand, on ne pouvait leur interdire de rédiger une requête en langue romanche. Le Tribunal de district rejeta leur recours, prétextant que les langues officielles de la commune de Bivio étaient l'italien et l'allemand, et que, les deux parties étant domiciliées à Bivio, commune située hors de l'aire linguistique rhétoromanche, il n'était pas soutenable de prétendre introduire des actions en justice en langue romanche à partir de cette commune. D'autres voies de recours n'ayant pas davantage abouti, car le "jugement" du Tribunal de district était considéré comme une décision incidente insusceptible de recours, il ne restait aux époux G. qu'à saisir le Tribunal fédéral d'un recours de droit public.

Le recours devant le Tribunal fédéral fut déclaré irrecevable pour des raisons procédurales complexes, dont nous retiendrons seulement que l'atteinte au droit fondamental, à savoir l'obligation de rédiger une requête dans une autre langue, n'était pas suffisamment grave pour justifier qu'il soit passé outre à l'épuisement du délai de recours contre l'acte primitif qualifié "jugement" ; le juge fédéral laissait ainsi ouverte la question de savoir si la liberté de la langue devait se voir reconnaître un caractère inaliénable et imprescriptible comme la liberté personnelle (ce caractère aurait levé tout obstacle procédural à un recours de droit public, en cas d'atteinte grave au droit fondamental en cause). Cependant cette déclaration d'irrecevabilité n'empêcha pas, là encore, le Tribunal fédéral de se prononcer sur le fond, pour le cas, dit-il, où la même question viendrait à se poser, dans le délai de recours cette fois, devant lui.

Selon le Tribunal, le mari, Antonio G., parlait rhétoromanche et italien ; à Bivio, depuis au moins quatre siècles, deux dialectes italiens et deux idiomes rhétoromanches étaient usités, ainsi que, depuis une génération, le suisse-allemand, de telle sorte que les habitants établis depuis longtemps à Bivio étaient typiquement polyglottes. Mais la protection de la liberté de la langue ne doit pas être accordée seulement dans les cas où les habitants sont menacés dans l'usage d'une langue que seul un examen approfondi permet de reconnaître comme leur langue maternelle. Bien plus, la notion de langue maternelle, telle qu'elle a été utilisée jusque-là par le Tribunal fédéral dans le contexte de la liberté de la langue, englobe aussi la seconde et la troisième langue familière à une personne, et dont elle a raisonnablement l'habitude de se servir. N'accorder la protection de la liberté de la langue aux habitants pratiquant les dialectes italiens (*bergellisch* et *lombardisch*) que pour l'usage de l'italien, ce serait non seulement méconnaître la distance qui sépare l'italien officiel des dialectes italiens qui sont parlés à Bivio, mais aussi priver de leur liberté de langue tous ceux qui sont bi- ou multilingues⁵⁹.

Ayant admis que la notion de langue maternelle devait être nuancée, le Tribunal fédéral devait encore confronter le principe de la liberté de la langue à son corollaire, le

⁵⁹ ZBI 1982 p. 361.

principe de territorialité, c'est-à-dire le maintien de la composition linguistique originelle du pays, dans l'hypothèse de l'utilisation de la langue rhéto-romanche comme langue du procès dans le district d'Albula.

La Constitution cantonale reconnaissait trois langues officielles : l'allemand, le rhéto-romanche et l'italien ; devant les tribunaux inférieurs, et notamment les tribunaux de districts, la langue du procès se décidait d'après celle de la population locale, il ne restait plus au Tribunal fédéral qu'à appliquer les règles posées par l'arrêt *Brunner* : dans le district d'Albula, la langue romanche était celle de 50% de la population et, qui plus est, représentait la langue traditionnelle de la région ; on ne pouvait donc soutenir que tolérer son usage judiciaire aurait menacé l'homogénéité linguistique. Pour autant qu'il était l'une des langues officielles du canton des Grisons, le rhéto-romanche avait valeur de langue du procès dans le district multilingue d'Albula, sans que l'on puisse opposer aux habitants de Bivio l'absence de reconnaissance du romanche comme langue de l'administration communale.

Cet arrêt, s'il ne donnait pas directement satisfaction aux recourants, confirmait la pertinence de leurs arguments, et apportait d'importantes précisions sur la manière dont les cantons bi- ou multilingues pouvaient limiter l'usage des langues nationales : le principe de la territorialité, utilisé jusque-là pour justifier les mesures prises par les autorités cantonales⁶⁰, se révélait pouvoir protéger également les minorités linguistiques, mais il fallait pour cela confronter subtilement leur représentativité réelle à leur degré de reconnaissance juridique au niveau local (district, commune).

Toujours est-il qu'un chemin considérable avait été parcouru depuis les conceptions linguistiques de 1938, jusqu'à reconnaître la possibilité de faire valoir devant les autorités cantonales le droit des citoyens à leur langue maternelle, ou à l'une de leurs langues maternelles, et cela à partir d'un article de la Constitution fédérale qui ne comportait même pas le mot liberté, pas plus qu'il ne faisait allusion à la notion de langue maternelle, grâce à l'utilisation par le juge fédéral, au cours de cette construction

⁶⁰ Un arrêt plus récent (1990) confirme l'interprétation jurisprudentielle de l'art. 116 al.1 : "cette disposition tend à perpétuer la composition linguistique traditionnelle du pays" (ATF 116 la *Bar Amici c. Disentis / Mustér, commune et Grisons, Tribunal administratif*, 31 octobre 1990, p. 345). La commune de Disentis/Mustér, située dans le canton des Grisons et dans laquelle la langue romanche est encore parlée par la majorité de la population, avait refusé l'autorisation d'apposer une enseigne lumineuse en italien sur une maison traditionnelle (cette enseigne devait porter l'inscription "Bar Amici"). La société exploitante avait recouru contre ce refus d'autorisation en invoquant la liberté du commerce et de l'industrie (art. 31 Cst), soutenant que le refus d'autoriser une enseigne en italien la défavorisait par rapport à d'autres entreprises ayant été autorisées à placer des enseignes en allemand. Le Tribunal fédéral a développé à ce propos une argumentation intéressante, qui sera exposée d'un point de vue méthodologique dans notre seconde partie. Comme la société exploitant le bar n'invoquait pas la liberté de la langue, le Tribunal fédéral s'est contenté de relever que l'interdiction d'apposer une réclame en italien, ou l'obligation de traduire cette réclame en romanche, pouvaient éventuellement entraver les exploitants dans l'usage de leur langue maternelle. Toutefois, la suite du raisonnement suivi par le juge fédéral ne laisse guère de doute quant à la réponse qui aurait été donnée si la liberté de la langue avait été invoquée par les recourants : "Pour que l'objectif de l'art. 116 al. 1er Cst. ne reste pas lettre morte, il faut admettre que les mesures destinées à préserver ce qui reste du romanche, quant à l'étendue et l'homogénéité de son territoire, répondent à un intérêt public très important. De par la Constitution, cet intérêt justifie la mesure contestée en l'espèce, tendant à renforcer le romanche dans une commune où cette langue est encore parlée par la majorité de la population" (cons. 5c).

jurisprudentielle, de la notion de droit fondamental non écrit.

5. La liberté de réunion.

Consacrée en 1970 dans l'arrêt *Nöthiger*⁶¹ déjà évoqué à propos de la liberté d'expression, la liberté de réunion fut la dernière à rejoindre la catégorie très restreinte des libertés fondamentales non écrites du droit constitutionnel fédéral. Elle fut confirmée dans son principe par la jurisprudence ultérieure, mais sans recevoir d'application concrète, car à chaque fois il s'agissait de manifestations et non de simples réunions ; le juge fédéral laissa ouverte le plus longtemps possible la question de la reconnaissance d'une liberté non écrite de manifestation, avant de répondre par la négative dans un arrêt *Kaufmann*⁶² de 1974.

L'élévation de la liberté de réunion à la dignité de droit constitutionnel non écrit n'a donc guère amélioré sa protection, puisqu'elle n'était pas menacée en tant que telle (A). Ces arrêts sont, sur un autre plan, ceux qui ont présenté l'exposé le plus achevé des conditions que le Tribunal fédéral s'imposait pour reconnaître des droits constitutionnels non écrits (B).

A - Une reconnaissance sans grande portée pratique.

Ainsi que nous l'avons déjà indiqué (p. 12), la liberté de réunion a été reconnue dans son principe comme droit fédéral non écrit dans l'arrêt *Nöthiger* du 24 juin 1970 ; à l'époque, cette liberté était reconnue par treize constitutions cantonales, dont celle de Zurich ; le Tribunal fédéral accepta cependant de porter le débat sur le terrain du droit constitutionnel non écrit, comme l'y invitaient les recourants, alors que cela n'était pas indispensable à la solution de l'arrêt. La liberté de réunion y fut définie comme la "possibilité pour les citoyens de discuter ensemble et de prendre des décisions (*Beschlüsse zu fassen*) sur des questions politiques même en dehors des partis politiques"⁶³. Or, rappelons-le, les faits à l'origine de cet arrêt consistaient en une manifestation sans autorisation en ville de Zurich. Le juge fédéral n'estima pas utile de se prononcer sur l'existence d'une éventuelle liberté de manifestation : selon lui, si un rassemblement se tenait en un lieu privé, la protection de la liberté d'expression et de réunion suffisait ; si en revanche le domaine public était mis à contribution, une liberté de manifester ne serait de toute manière garantie que "sous réserve de la clause générale de police et ne pourrait s'exercer que dans les limites imposées par l'ordre public", ce que, dit le Tribunal, "les recourants reconnaissent avec raison". Le juge fédéral se borna à constater que la réglementation zurichoise des manifestations n'était pas "incompatible avec l'essence de la liberté de réunion et d'une éventuelle liberté de manifestation, car ces libertés ne comportent de toute façon aucun droit inconditionnel à l'utilisation du domaine

⁶¹ ATF 96 I p. 219 à 233 ; trad. au JdT 1971 I p. 74 à 86.

⁶² ATF 100 I a p. 392 à 406.

⁶³ JdT 1971 I p. 77. Il s'agit bien, pour les citoyens, de prendre des *décisions* et des *résolutions*, comme l'indique, dans le texte en langue allemande, l'emploi du terme *Beschluss* ; il n'est pas question de se limiter à de simples *prises de position* sans conséquence juridique. La vigueur de la démocratie directe se manifeste également dans le vocabulaire.

public”⁶⁴. Comme la manifestation en cause était prévue plusieurs jours à l’avance, et qu’aucune autorisation n’avait pourtant été demandée par les recourants, le Tribunal estima que les autorités zurichoises n’avaient pas porté atteinte aux droits constitutionnels invoqués, et laissa ouverte la question des manifestations spontanées.

Trois années plus tard, un refus d’autorisation de manifester de la part des autorités genevoises permettait au Tribunal fédéral de confirmer et de préciser sa position, dans un arrêt rendu en français, *Praz contre Conseil d’Etat du canton de Genève* du 11 juillet 1973⁶⁵. Le règlement genevois sur la tranquillité publique, édicté en 1956, soumettait à autorisation préalable les “sérénades et aubades, répétitions marchantes, roulements de tambour, cortèges, rassemblements, assemblées, meetings, réunions ou autres manifestations analogues qui ont lieu sur la voie publique” ; l’éditeur et rédacteur du journal “la Pilule”, Narcisse René Praz, demanda l’autorisation d’organiser “une manifestation de rue pacifique, dans le but d’attirer l’attention des gens sur la nécessité urgente d’obtenir que soient désarmés tous les policiers suisses, tous les douaniers suisses, tous les gardes-chasse suisses”. La manifestation devait se dérouler de l’Hôtel de police jusqu’au Bourg-de-Four, siège des autorités politiques et judiciaires, ce qui lui conférait, selon les autorités genevoises, “un caractère provocateur évident”, à une période (juin 1972) où des manifestations interdites (notamment contre le Shah d’Iran) avaient causé de violents affrontements avec la police et des dégâts matériels. Le refus des autorités ayant fait l’objet d’un recours de droit public devant le Tribunal fédéral, celles-ci justifiaient leur position en disant que dans une période sensible, la manifestation envisagée risquait de créer chez des esprits sensibilisés un climat franchement hostile aux corps constitués visés et de nouveaux affrontements, et que la satisfaction donnée à quelques esprits animés d’une obsession anti-policière ne justifiait pas de créer un climat d’insécurité et de paralyser des voies de circulation.

Le Tribunal fédéral rappela d’abord l’existence des droits constitutionnels non écrits, “notamment la liberté de réunion et la liberté d’expression, qu’il considère comme la condition de l’exercice d’autres libertés et le fondement indispensable de l’ordre juridique suisse et de la démocratie” (p. 693). Il ajoutait immédiatement : “Mais le Tribunal fédéral admet lui-même qu’il ne faut user qu’avec prudence du procédé consistant à reconnaître l’existence de droits constitutionnels non écrits. Au sujet de la liberté de manifestation (...) le Tribunal fédéral a examiné, dans l’arrêt *Nöthiger et Pinkus* (RO 96 I 224), s’il y avait lieu de lui reconnaître le caractère de droit constitutionnel non écrit, à côté de la liberté d’expression et de la liberté de réunion. Aussi longtemps, a-t-il relevé, que la manifestation prend la forme d’une réunion et se déroule sur propriété privée, la protection découlant de la liberté d’expression et de la liberté de réunion apparaît pleinement suffisante ; en revanche, le problème se pose de façon différente lorsqu’il s’agit de manifestations sur le domaine public, notamment de cortèges sur une voie publique : dans ce cas, il y a usage accru du domaine public, de sorte que les autorités ont la faculté d’exercer, en vue de sauvegarder l’intérêt public, un contrôle plus étendu que s’il s’agit d’une réunion sur propriété privée. Aussi a-t-il pu se dispenser de trancher la question dans l’arrêt *Nöthiger*. On peut également se dispenser de la trancher ici”.

⁶⁴ *Ibid.* p. 83.

⁶⁵ ATF 99 la p. 689 à 696.

Suivant en cela sa jurisprudence précédente, le Tribunal se contenta de vérifier si la mesure d'interdiction était proportionnée au but d'ordre public visé et si elle n'était pas entachée d'arbitraire ; il jugea que tel n'était pas le cas en l'espèce, les recourants n'ayant pas allégué l'existence d'une quelconque structure d'encadrement pour maintenir une certaine discipline parmi les manifestants, structure telle qu'il peut en exister au sein d'un parti politique. Or il était indéniable que la requête faisait suite à des affrontements violents à Genève. Le Tribunal rappelait d'ailleurs qu'il n'était pas une autorité supérieure qui puisse substituer son appréciation à celle du Conseil d'Etat genevois, et qu'il s'imposait une certaine retenue à l'égard des constatations de fait de la décision attaquée.

Dans cette affaire comme dans l'arrêt *Nöthiger*, les autorités cantonales ne contestaient pas aux citoyens le droit de manifester dans la rue, elles voulaient seulement pouvoir apprécier l'opportunité d'une manifestation, et en fixer certaines modalités concernant l'usage de la voie publique. En l'absence de contestation du droit de manifestation, on comprend que le Tribunal fédéral n'ait pas jugé utile de distinguer réunion et manifestation, puisque l'une comme l'autre de ces libertés, dans la mesure où elles mettent à contribution le domaine public, ne peuvent s'exercer sans contrôle de la part des autorités. Ce n'est que dans un arrêt de 1974, *Kaufmann*, que le Tribunal fédéral va distinguer clairement ces deux libertés, pour nier à la seconde le caractère de droit constitutionnel non écrit autonome.

B - Les limites à la reconnaissance jurisprudentielle des droits constitutionnels non écrits et l'arrêt Kaufmann.

Les premières indications quant aux conditions que s'impose le juge fédéral furent données dans l'arrêt *N.* précité (p. 23) du 18 mars 1970. Refusant de reconnaître un droit constitutionnel non écrit à ériger le monument funéraire de son choix dans un cimetière public, le Tribunal fédéral déclara qu'une telle reconnaissance ne se justifiait que pour les droits qui représentent "une condition de l'exercice d'autres libertés, ou qui sinon apparaissent comme des éléments indispensables de l'ordre démocratique ou de l'Etat de droit de la Confédération" (*Diese Annahme rechtfertigt sich nur bei Befugnissen, die eine Voraussetzung für die Ausübung anderer Freiheitsrechte bilden oder die sonst als unentbehrliche Bestandteile der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes erscheinen*).

Ces critères reçurent pour la première fois une application positive dans l'arrêt *Nöthiger* du 24 juin 1970 pour reconnaître l'existence des deux libertés d'expression et de réunion (ce fut le cas également dans l'arrêt *Aleinick*, rendu le même jour, pour la liberté d'expression). La formule utilisée dans l'arrêt *Nöthiger* est très proche de celle de l'arrêt *N.* : "cette reconnaissance ne se justifie que pour les droits et libertés qui sont une condition de l'exercice d'autres libertés ou qui apparaissent comme des éléments indispensables du régime démocratique de la Confédération, Etat fondé sur le droit"⁶⁶. Ces conditions sont généralement désignées par la doctrine sous l'appellation de "critères alternatifs" ou "conditions alternatives".

⁶⁶ Trad. JdT 1971 p. 77.

C'est dans l'arrêt *Kaufmann* du 27 novembre 1974 ⁶⁷ que les critères alternatifs de 1970 vont vraiment se trouver à l'épreuve pour la reconnaissance d'une liberté autonome de manifestation.

Alors que les rassemblements de rue en vue de défilier avaient été jugés jusqu'alors sous l'angle de la liberté de réunion, c'est, dans l'arrêt *Kaufmann*, une demande de représentation théâtrale sur une place publique qui a amené le Tribunal fédéral à se prononcer quant à la reconnaissance d'une liberté de manifestation distincte de la liberté de réunion. Il faut cependant préciser qu'il s'agissait d'une pièce de "théâtre de rue" avec mégaphones, qu'Alfred Kaufmann et un "comité pour l'Indochine" demandaient à jouer un samedi du printemps 1973, à Zoug (capitale du canton homonyme), sur la place de la Landsgemeinde ; ayant essuyé un refus des autorités municipales, puis cantonales de Zoug, Alfred Kaufmann et son comité saisirent le Tribunal fédéral, faisant valoir, entre autres arguments, que la liberté de manifestation devait être reconnue comme droit constitutionnel non écrit, et qu'à défaut, il fallait en tout cas prendre en considération le but politique d'une manifestation si l'on examinait son autorisation sous l'angle de la liberté de réunion et d'expression. Selon les recourants, seuls des motifs de police pouvaient justifier un refus, l'invocation d'autres critères par les autorités municipales n'étant pas admissible. Il est exact que dans cette affaire, le refus des autorités n'était pas fondé sur des risques (de perturbation du trafic ou autres), mais simplement sur la volonté de conserver à la place de la Landsgemeinde son caractère habituel, calme et reposant.

Le juge fédéral se trouvait dans l'obligation de se prononcer sur l'existence d'une liberté de manifestation, puisqu'il s'en était jusque là abstenu et avait justifié ses décisions au regard du seul ordre public ; un tel fondement faisait défaut, s'agissant d'une représentation théâtrale à caractère politique certes, mais dont nul n'alléguait qu'elle puisse donner lieu à des affrontements ou faire courir des risques aux usagers de la voie publique, la représentation devant être donnée sur une place publique servant occasionnellement à de grandes fêtes ou cérémonies patriotiques. Le Tribunal fédéral reconnut qu'il ne s'agissait plus, comme dans les affaires précédentes, d'un "usage accru" du domaine public au sens habituel du terme, appelant des mesures générales de police, sans que ce soit pour autant un usage normal, conforme à l'affectation de la place publique en cause ; il s'agissait d'une sorte "d'usage privatif" de cette place (notion empruntée au droit administratif français), qui, sans être en contradiction flagrante avec son affectation (comme les manifestations de rue sont en contradiction avec les nécessités de la circulation), pouvait cependant nuire à d'autres intérêts comme le calme et la détente des riverains et des piétons, et appelait à ce titre les mêmes mesures d'encadrement que les marchés, ventes foraines, courses sportives ou processions. Or la reconnaissance d'une liberté de manifestation autonome aurait, selon le Tribunal fédéral, conduit à ne limiter l'usage accru du domaine public que pour des raisons de stricte police, c'est-à-dire des raisons de sécurité (la notion de police est plus étroite en droit public suisse qu'en droit français).

Le Tribunal fédéral estima qu'il serait sorti du cadre de ses compétences en

⁶⁷ ATF 100 Ia p. 392 à 406, *Komitee für Indochina und Kaufmann gegen Stadtrat von Zug und Regierungsrat des Kantons Zug*.

reconnaissant une telle liberté, car, si légitime que puisse être, jusqu'à un certain point, le besoin de faire connaître ses idées au public, spécialement pour les minorités n'ayant pas d'autres moyens d'expression, une liberté particulière de manifester était une notion étrangère tant aux constitutions cantonales qu'à la Convention européenne des Droits de l'Homme ; la doctrine était divisée, et le groupe de travail pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale avait expressément écarté la reconnaissance d'un tel droit. On ne pouvait donc considérer la liberté de manifestation comme un élément indispensable de l'ordre démocratique suisse ; le Tribunal ne s'était autorisé jusqu'alors à reconnaître que des droits qui, hors le cas spécial de la liberté de la langue, constituaient des libertés classiques reconnues par la doctrine et en partie par les constitutions cantonales ; un tel fondement faisait évidemment défaut pour reconnaître la liberté de manifestation. L'affaire devait donc être examinée au regard de la liberté d'expression et de réunion, ce qui permettait à l'autorité locale la prise en considération d'autres intérêts que la seule sécurité publique pour réglementer les représentations théâtrales. En l'espèce, les autorités de Zoug pouvaient estimer qu'une pièce de théâtre avec mégaphones était contraire à l'affectation de la Landsgemeindeplatz : le fait que cette place soit le cadre de quelques grandes fêtes annuelles s'adressant à une très grande partie de la population n'obligeait pas les autorités à laisser s'y dérouler n'importe quelle manifestation. En revanche, si les recourants avaient demandé à pouvoir présenter leur spectacle sur une autre place, il eût été contraire à la constitution de leur refuser toute place convenable : une position relativement centrale est en effet nécessaire lorsque l'on veut s'adresser à un large public.

Cette argumentation marquait l'apparition d'un nouveau critère de reconnaissance des droits non écrits, celui du "consensus" (l'expression ne sera employée que dans l'arrêt *Bürgin* du 8 mars 1978)⁶⁸, alors que jusque là le Tribunal fédéral n'avait évoqué que "l'opinion dominante" ou la "doctrine dominante". L'introduction de ce critère dans l'arrêt *Kaufmann* a été beaucoup critiquée, de nombreux auteurs reprochant au Tribunal de n'avoir pas respecté antérieurement la condition de reconnaissance partielle par les constitutions cantonales. Il est exact que la liberté de langue, "cas spécial", était inconnue des constitutions cantonales, et que les libertés d'expression et de réunion n'étaient protégées, à l'époque de leur reconnaissance au plan fédéral, que dans la moitié des cantons ; mais il ne semble pas, à y regarder de près, que le juge fédéral ait voulu dire que le consensus nécessaire à la reconnaissance d'un droit non écrit dépendait obligatoirement d'une reconnaissance majoritaire dans les constitutions cantonales. L'expression utilisée dans l'arrêt *Kaufmann* pour caractériser les libertés reconnues par lui est : "(...) klassische Freiheitsrechte, die in der Lehre anerkannt waren und teilweise auch in den Kantonsverfassungen Ausdruck gefunden hatten"⁶⁹, ce que l'on peut traduire par : "libertés classiques reconnues en doctrine et ayant aussi trouvé en partie une expression dans les constitutions cantonales". Cela ne signifiait pas forcément que la doctrine devait être unanime, ni les cantons majoritaires. Ultérieurement (arrêt *Bürgin*) le juge fédéral parlera d'une "réalité constitutionnelle largement répandue dans les cantons", mais là encore, que l'on traduise "(...) weitverbreiteten Verfassungswirklichkeit in den

⁶⁸ ATF 104 la p. 88.

⁶⁹ ATF 100 la p. 400.

Kantonen (...)” par réalité *courante*, *largement répandue* ou *commune*, cela ne signifie pas *majoritaire*. Bien plus, la référence aux constitutions cantonales n’est qu’un élément parmi d’autres, et l’on pourrait, empruntant au vocabulaire du droit administratif français, parler d’un “faisceau d’indices”, sans qu’aucun d’eux ne soit, à lui seul, déterminant : par exemple, un faible degré de reconnaissance cantonale pourrait être compensé par un caractère coutumier affirmé, ou par une reconnaissance en droit comparé ou en droit international.

Dans l’arrêt *Kaufmann*, le défaut de reconnaissance de la liberté de manifestation par les constitutions cantonales n’est pas présenté comme l’argument décisif, il apparaît plutôt comme une étape dans le raisonnement du juge fédéral qui évoque ensuite l’absence de reconnaissance par la CEDH et surtout l’opposition du groupe de travail pour la préparation d’une révision totale de la Constitution fédérale, arguments qui sont loin d’être négligeables.

Plus surprenante en revanche est l’affirmation incidente selon laquelle le Tribunal fédéral n’aurait jusque-là admis comme droit fédéral non écrit, en application du premier des critères alternatifs, “que des droits qui sont la condition de l’exercice d’autres droits (mentionnés dans la Constitution)”. L’expression originale étant, dans l’arrêt, placée entre parenthèses : “(...) *anderer (in der Verfassung genannter) Freiheitsrechte (...)*”⁷⁰, on ne sait s’il s’agit d’une nouvelle condition restrictive pour la reconnaissance de droits non écrits, ou simplement d’une constatation faite à partir de la jurisprudence antérieure. La liberté d’expression, dans l’arrêt *Aleinick* (p. 13), était présentée comme “une condition de l’exercice de la liberté individuelle”, donc d’un droit non mentionné dans la Constitution, mais constituait également “le fondement de tout Etat démocratique”, satisfaisant ainsi au second critère alternatif. La jurisprudence ultérieure n’a pas permis, jusqu’à ce jour, de savoir si le Tribunal fédéral accepterait de reconnaître un droit non écrit qui ne serait que la condition de l’exercice d’un autre droit non écrit, non mentionné dans la Constitution.

6 - Le droit à des conditions minimales d’existence.

La liste des droits constitutionnels non écrits étant demeurée inchangée pendant vingt-cinq ans, on pouvait penser, suivant la formule d’Andreas Auer⁷¹, que la jurisprudence correspondante avait *quitté le terrain mouvant du droit positif pour devenir un chapitre, intéressant mais révolu, de l’histoire constitutionnelle suisse*. En effet, le Tribunal fédéral avait, pendant toute cette période, préféré rattacher quelques droits nouveaux à ceux qui existaient déjà⁷², tandis que les “libertés non écrites” originelles se trouvaient progressivement confirmées par des sources écrites, qu’il s’agisse de la

⁷⁰ ATF 100 la p. 400.

⁷¹ Andreas AUER, Le droit à des conditions minimales d’existence : un nouveau droit social ?, in Problèmes actuels de droit économique, Mélanges en l’honneur du Professeur Charles-André Junod, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1997.

⁷² Il s’agissait effectivement de droits pouvant sans difficulté être considérés comme des droits accessoires : par exemple, la liberté de la science et de la recherche a été déduite de la liberté personnelle et de la liberté d’expression.

Constitution fédérale ou d'instruments internationaux entrés en vigueur en Suisse entre-temps, comme la Convention européenne des droits de l'homme et les Pactes des Nations-Unies ; de plus, l'ouverture du chantier de la révision totale de la Constitution paraissait offrir amplement au constituant l'occasion d'introduire tous les droits nouveaux qu'il aurait jugés souhaitables. La consécration, par le Tribunal fédéral, d'un nouveau droit constitutionnel non écrit, en 1995, pouvait donc surprendre à bien des égards, d'autant plus que, s'agissant d'un *droit à des conditions d'existence minimales*, le juge fédéral semblait décidé à s'engager sur le chemin de la reconnaissance de "droits sociaux", entendus dans le sens de "droits à des prestations de la part de l'État", ce qui aurait constitué une innovation radicale, car les droits et libertés qui avaient été reconnus jusque-là relevaient du domaine des droits individuels classiques (leur effectivité dépendant essentiellement d'une abstention des organes étatiques et n'impliquant pas de créance individuelle directe du bénéficiaire sur la société⁷³). Pourtant, au-delà de l'indiscutable innovation apportée par cette décision (A), il se pourrait que la portée de ce nouveau droit "social" soit surtout symbolique, et qu'en définitive son contenu soit moins éloigné des droits classiques que son appellation ne le suggère (B).

A - Un droit fondamental nouveau.

Le droit à des conditions minimales d'existence⁷⁴ a été reconnu par le Tribunal fédéral dans un arrêt *V.* du 27 octobre 1995⁷⁵, accordant satisfaction à trois frères, anciens réfugiés devenus apatrides, qui avaient sollicité une aide sociale de la commune d'Ostermundigen, mais auxquels cette dernière avait opposé un refus, suivie en cela par les autorités cantonales de Berne.

La reconnaissance de ce nouveau droit constitutionnel s'inscrit bien dans la continuité de la politique jurisprudentielle de la juridiction fédérale en matière de droits non écrits, dans la mesure où celle-ci prend soin de la justifier au regard des critères de reconnaissance qu'elle avait jusque-là précisés ; simplement, elle ajoute fort logiquement l'exigence de justiciabilité, qui s'impose à l'esprit dès que l'on se trouve en présence d'un

⁷³ Le fait que certains droits et libertés classiques induisent des dépenses collectives ne suffit pas à leur donner un caractère "social" : ainsi, par exemple, la mise en oeuvre de la liberté de la langue peut certes conduire à des frais de traduction d'actes administratifs, ou à des recrutements de personnel supplémentaire afin d'assurer un enseignement scolaire dans une langue maternelle minoritaire, mais la dépense collective ainsi occasionnée n'apporte pas d'avantage économique à ceux qui en bénéficient, et elle ne constitue pas une prestation à la personne : il se peut qu'un instituteur de langue romanche soit recruté à la demande d'une seule famille, mais cela n'empêche nullement d'autres enfants de la commune de bénéficier de la même prestation ; en France, il arrive qu'un instituteur public soit nommé dans une île du Morbihan pour enseigner à deux élèves seulement sans que cela ne donne un caractère plus "social" à sa mission de service public.

⁷⁴ ou "droit au minimum vital" (l'expression originale est *Grundrecht auf Existenzsicherung*).

⁷⁵ ATF 121 I 367 P.V., P.V. und M.V. gegen Einwohnergemeinde Ostermundigen und Regierungsrat des Kantons Bern, 27 octobre 1995. Cet arrêt est parfois cité sous le nom de la commune contre laquelle il a été rendu, Ostermundigen. Est-il permis de regretter cette tendance à un anonymat croissant des décisions, qui peuple la vie juridique d'arrêts *N.*, *B.* ou simplement *X.*, au point que l'on a parfois du mal à s'y retrouver ? La version de l'arrêt ci-dessus qui est accessible par le serveur Internet du Tribunal fédéral va jusqu'à occulter le nom de la commune : *V. gegen Einwohnergemeinde X.* !

droit individuel à des prestations. Le rôle de la doctrine dans l'émergence de ce nouveau droit a manifestement été déterminant, à tel point que l'on puisse être tenté, après coup, de n'y voir qu'une nouveauté relative, une demi-surprise. Ce serait oublier un peu vite que la publication des nombreux écrits doctrinaux s'est étalée sur plus de vingt ans, et que si les auteurs s'accordaient généralement sur le principe de la reconnaissance d'un droit fondamental "au minimum vital" ou "à l'assistance", une grande incertitude continuait de régner quant à la nature exacte de ce droit et à l'étendue qu'il convenait de lui accorder, de sorte que sa consécration par le juge fédéral demeurait hypothétique.

Dans l'arrêt V., le Tribunal fédéral a d'abord indiqué, comme on pouvait s'y attendre, que la garantie des besoins humains élémentaires comme la nourriture, l'habillement et le logement, constituait la condition de l'existence de l'homme et aussi de son épanouissement, et qu'elle apparaissait en outre comme un élément indispensable dans une communauté démocratique fondée sur le droit ⁷⁶ ; le minimum vital remplissait ainsi les exigences nécessaires pour être garanti en tant que droit constitutionnel non écrit.

Le juge fédéral a ensuite examiné la question du consensus, en précisant qu'il ne devait "pas être seulement évalué en fonction des droits mentionnés expressément dans les constitutions cantonales, qui se révèlent lacunaires".

En effet, comme le Tribunal le relevait lui-même, seules trois constitutions cantonales garantissaient expressément un droit fondamental au minimum vital (celles de Bâle-Campagne, de Berne et d'Appenzell Rhodes-externes), deux d'entre elles n'étant pas encore en vigueur au moment où l'arrêt était rendu, tandis que plusieurs constitutions récentes avaient explicitement écarté l'inscription de ce droit (Argovie, Uri, Soleure, Thurgovie et Glaris). Loin de voir là l'indice d'une absence de consensus, d'une *réticence de principe vis-à-vis de la matière*, le Tribunal fédéral a plutôt compris cette renonciation comme *la manifestation d'une réflexion, selon laquelle l'aide sociale dispensée par l'État ayant un caractère essentiellement subsidiaire, (...) l'action conjointe de la Confédération, des cantons et des communes dans le domaine de la sécurité sociale (devait) avant tout être réalisée par le biais de lois*. Comme l'observe Andreas Auer⁷⁷, la prise en considération de ce renvoi, par les constitutions cantonales évoquées, au législateur ordinaire, permet au juge fédéral de constater que tous les cantons, dans leur législation, reconnaissent qu'il faut procurer de l'aide aux nécessiteux lorsque les conditions en sont réunies, et d'en déduire qu'il existe bel et bien un consensus normatif à cet égard. Le Tribunal ajoute, citant Fritz Fleiner⁷⁸, que *le principe selon lequel les citoyens qui sont tombés dans le dénuement économique doivent être soutenus (par leur commune d'origine) est reconnu depuis longtemps par le droit suisse et remonte au XVI^e siècle*. Tout cela manifeste certainement l'existence d'un accord quasi-général sur la nécessité d'une assistance minimale, mais aurait pu faire douter de son caractère constitutionnel face à la réticence d'une majorité de cantons, bien plus expressive qu'une simple "lacune"

⁷⁶ Le juge fédéral cite ici Jörg Paul MÜLLER, *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, 2^e édition, Berne, 1991, p. 40. La traduction est celle de la Semaine judiciaire 1996, p. 389.

⁷⁷ Andreas AUER, *Le droit à des conditions minimales d'existence : un nouveau droit social ?* in Problèmes actuels de droit économique, Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1997.

⁷⁸ Fritz FLEINER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tübingen, 1923, p. 526.

: jusque-là, la recherche du consensus dans les constitutions cantonales avait été menée d'une manière plus rigoureuse.

La recherche d'un consensus doctrinal est, en revanche, beaucoup plus convaincante, le Tribunal fédéral n'exagère nullement quand il évoque la reconnaissance *quasi unanime*, par la doctrine, de l'existence d'un droit fondamental au minimum vital. Ce droit n'est pas toujours conçu comme un droit autonome, mais il n'est guère contestable que *la conception qui prévaut est qu'il s'agit d'un droit constitutionnel non écrit* (l'arrêt cite *principalement* J. P. Müller⁷⁹, A. Grisel⁸⁰, P. Saladin⁸¹, J.F. Aubert⁸², M. Rossinelli⁸³, F. Wolffers⁸⁴, P. Coullery⁸⁵ et U. Kieser⁸⁶). Au yeux de la doctrine, la justiciabilité d'un tel droit ne devait pas soulever de difficultés insurmontables, les différentes législations cantonales offrant au juge des références suffisantes⁸⁷.

Il n'est donc pas surprenant que le juge fédéral se soit posé pour la première fois la question de la justiciabilité d'un droit constitutionnel non écrit, et y ait répondu par l'affirmative comme l'y invitait la doctrine. N'ayant pas, selon ses propres termes, le pouvoir de fixer des priorités lors de la répartition des fonds étatiques, le juge ne peut imposer comme un droit issu directement de la Constitution qu'une prestation minimale. Or le droit fondamental au minimum vital ne se conçoit, selon lui, que comme une prestation minimale, une aide en cas de détresse, garantie par la Constitution, et *les dépenses étatiques qui en découlent sont reconnues, sur le plan cantonal, par la législation sur l'aide sociale, de sorte qu'elles n'impliquent plus de décision de principe au sujet de la politique financière*.⁸⁸ En affirmant, de façon un peu péremptoire, que *les conditions indissociables d'une existence décente sont facilement reconnaissables et peuvent être établies dans le cadre d'une procédure judiciaire*, le Tribunal fédéral n'a probablement pas voulu affirmer autre chose que la possibilité, pour le juge, de s'en remettre à l'appréciation du législateur cantonal quant à la détermination concrète du minimum vital, et, partant, la justiciabilité de ce nouveau droit. Les circonstances de l'espèce s'y prêtaient

79 J.P. MÜLLER, *Soziale Grundrechte in der Verfassung ?* in ZSR (RDS) 92/1973 II p. 896.

80 André GRISEL, Les droits constitutionnels non écrits, in *Mélanges Ulrich Häfelin*, Zurich, 1989, p. 76.

81 Peter SALADIN, *Persönliche Freiheit als soziales Grundrecht ?*, in *Mélanges Berenstein*, Lausanne, 1989, p.104.

82 Jean-François AUBERT, Un droit social encadré, ZSR (RDS) 110/1991 I, p. 165.

83 *Op. cit.* p. 218.

84 Felix WOLFFERS, *Grundriss des Sozialhilferechts*, Berne/Stuttgart/ Vienne 1993, p.90.

85 Pascal COULLERY, *Das Recht auf Sozialhilfe*, Berne 1993, p. 109 et suiv.

86 Ueli KIESER, *Gewährleistet die Bundesverfassung ein ungeschriebenes Recht auf Sozialhilfe ?*, in Zbl 92/1991, p. 189 et suiv.

87 Comme exemple de protection qu'un droit au minimum vital pourrait offrir au justiciable, Michel ROSSINELLI songeait aux lois fiscales qui, parfois, prévoient des minimums imposables inférieurs au minimum vital fixé par les Offices de poursuites et faillites (*Op. cit.* p. 221) La note 1280 donne l'exemple suivant :

"En pays vaudois, la rapacité des autorités est telle que le minimum imposable est inférieur au plancher fixé par les Offices de poursuites et de faillites. Ce qui signifie qu'il existe parmi les Vaudois des gens que l'on considère comme insolubles mais qui sont néanmoins tenus de payer leurs impôts." (L'Hebdo, le magazine suisse d'information, n° 46, 14 novembre 1985, p. 13).

88 Arrêt V., cons. 2c, §2.

d'ailleurs, puisque les frères V. ne demandaient rien d'autre que bénéficier de l'aide sociale existant dans leur commune de résidence. Le Tribunal a pris garde de préciser qu'il était *hors de question d'assurer un revenu minimal* par le biais de ce droit fondamental, que la Constitution ne garantissait que ce qui était indispensable au maintien d'une existence décente, *prévenant ainsi un état de mendicité indigne de la condition humaine*, l'assistance pouvant prendre la forme de prestations en argent ou en nature. Ces restrictions ont certainement permis de satisfaire plus aisément au critère de justiciabilité, mais en même temps elles réduisent sérieusement la portée pratique de ce nouveau droit constitutionnel, puisque son contenu n'est déterminé que par les lois ordinaires.

B - Un droit constitutionnel "minimaliste".

Le Tribunal fédéral n'a donné aucun contenu concret au droit au conditions minimales d'existence, se contentant de faire allusion aux *besoins humains élémentaires comme la nourriture, l'habillement ou le logement*. Ce droit ne consiste finalement qu'en l'obligation, pour l'État, d'accorder une aide sociale aux personnes qui se trouvent dans le besoin, le contenu de l'aide et ses modalités pratiques étant déterminés par le législateur. L'aide sociale peut être modulée par les autorités locales, mais elle ne peut être totalement supprimée sans porter atteinte au droit au minimum vital, c'est-à-dire sans exposer les personnes auxquelles on la refuse à la déchéance physique ou à la mendicité, ou encore à la tentation de la criminalité.

Si le droit constitutionnel au minimum vital n'implique que le principe d'une aide sociale minimale, et que sa violation ne peut résider que dans la suppression complète de toute assistance, il est permis de se demander si l'on a vraiment affaire à un droit "social", à un droit à des prestations, qui exigeait que l'on se pose la question de la justiciabilité : après tout, les adversaires les plus résolus de l'État-Providence, ceux qui se déclarent allergiques à la formule "justice sociale"⁸⁹, n'admettent-ils pas, eux-aussi, la nécessité d'un "filet de protection" social pour les plus démunis, sans que cela ne mette en cause, dans leur esprit, l'ordre économique de marché ?

Il est peu de sociétés qui n'accordent pas, d'une manière ou d'une autre, la nourriture, le vêtement et l'abri à ceux qui en sont démunis, et savoir si cela s'accomplit toujours conformément à ce qu'exigent le *maintien d'une existence décente et la dignité de la condition humaine* est une question bien délicate : un vêtement, même adapté aux mensurations de celui qui le porte et aux conditions climatiques, peut facilement être jugé démodé ou de mauvais goût ; à partir de quelle surface considère-t-on qu'un logement décent est assuré ? Un simple asile de nuit est-il compatible avec une existence décente ? Ne dit-on pas qu'il est difficile, voire impossible de retrouver un emploi quand on ne

⁸⁹ Par exemple F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté, Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique, Volume 2, Le mirage de la justice sociale*, P.U.F., Paris, 1986. Page 116 : "dans une société d'hommes libres (...) le terme *justice sociale* est un vocable vide de sens ou de contenu". Page 96 : "(...) le mot *social* peut être employé pour dire de presque n'importe quelle action qu'elle est publiquement désirable, et du même coup tous les termes avec lesquels ce mot est combiné se trouvent privés de leur sens précis". Mais, page 172 : "il est assurément possible de retirer entièrement du processus de marché ceux qui ne peuvent s'y maintenir par eux-mêmes, et de les assister par des ressources assemblées à cette fin".

dispose pas d'un domicile fixe ? Une notion apparentée à celle de minimum vital, celle de "seuil de pauvreté", qui est fréquemment utilisée dans le discours politique et économique, nous fournit l'exemple d'une relativité telle que quoi que l'on fasse, une fraction de la population se trouve toujours au-dessous de ce seuil, car c'est un seuil variable qui s'élève à mesure que les besoins considérés comme élémentaires sont satisfaits.

On comprend que le juge fédéral ait réduit les garanties découlant du nouveau droit qu'il entendait proclamer à un minimum, sans quoi il se serait rapidement heurté à de sérieuses difficultés. Était-il nécessaire de reconnaître un nouveau droit pour lui faire produire si peu d'effets, alors que le droit existant, en particulier l'interdiction de l'arbitraire, aurait permis d'aboutir au même résultat juridique ? Il est possible que l'effet symbolique de la reconnaissance constitutionnelle du droit au minimum vital l'emporte sur ses effets juridiques immédiats⁹⁰, et incite le législateur à concrétiser ce droit, à lui donner un caractère social qui n'est que virtuel sur le plan constitutionnel.

⁹⁰ C'est l'avis d'Andreas AUER (*Op. cit.*, p. 47).

Chapitre II

LES PRINCIPES ET OBJECTIFS DE VALEUR CONSTITUTIONNELLE

DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

En raison des particularités de l'histoire constitutionnelle française (notamment son caractère mouvementé), le texte adopté en 1958 a un contenu presque exclusivement institutionnel et normatif : les articles de la Constitution décrivent les institutions de la Vème République et indiquent comment les différentes normes, nationales et internationales, s'articulent entre elles. En revanche, le droit constitutionnel substantiel⁹¹, c'est-à-dire les libertés et droits fondamentaux, n'est évoqué que de manière incidente, dans quelques articles dont l'objet principal est institutionnel. Pour l'essentiel, la Constitution de 1958 renvoie, par son Préambule, à deux textes antérieurs : la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946 ; ce dernier texte renvoie lui-même à la Déclaration de 1789 et aux "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", formule au contenu assez incertain pour convenir à la majorité des membres de l'Assemblée nationale constituante de 1946.

La valeur juridique du Préambule de 1958 fut d'abord controversée, certains n'y voyant qu'une référence symbolique à l'oeuvre de la Grande Révolution et à celle de la Libération, et soutenant que seuls les articles numérotés de la Constitution de 1958 posaient des règles opposables au législateur. Pourtant, sous la IVème République, le Conseil d'Etat n'avait pas hésité à se référer aux "principes fondamentaux" du Préambule de 1946 pour censurer un exécutif quelque peu oublieux des conceptions libérales exprimées par les constituants : en 1956, dans l'arrêt *Amicale des Annamites de Paris*, il avait à la fois affirmé, d'une manière générale, la pleine valeur constitutionnelle et l'effet immédiat des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, et opposé, dans cette espèce⁹², la liberté d'association, découlant de la loi de 1901, à un arrêté du Ministre de l'Intérieur du 30 avril 1953 qui constatait la nullité de l'association requérante. Les commentateurs avaient, à l'époque, salué cette décision (tout en regrettant son

⁹¹ suivant la terminologie proposée par Louis FAVOREU, "Droit de la Constitution et constitution du droit", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1990, p. 75 - 76.

⁹² CE Ass. 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris et sieur Nguyen-Duc-Frang*, Rec. p. 317. "Considérant...que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et réaffirmés par le préambule de ladite Constitution sont applicables sur le territoire français aux ressortissants de l'Union française ; qu'au nombre de ces principes figure la liberté d'association".

caractère tardif : plus de trois années s'étaient écoulées, et les accords de Genève étaient intervenus entre-temps, mettant fin à l'administration française de l'Indochine) et ils estimaient probable la reconnaissance, par le juge administratif, de la valeur constitutionnelle d'autres libertés reconnues par d'autres grandes lois contemporaines de celle de 1901, comme la liberté de la presse ou la liberté de réunion⁹³.

Le Conseil constitutionnel, par sa décision du 16 juillet 1971 *liberté d'association*⁹⁴, balaya toute incertitude en déclarant : "Vu la Constitution et notamment son Préambule" ; dans la même décision, il eut recours, pour la première fois, à un principe fondamental reconnu par les lois de la République pour censurer une loi, principe qui était exprimé, selon lui, par la loi du 1er juillet 1901 sur les associations. Cette décision consacrait l'existence d'un "bloc de constitutionnalité" (expression utilisée par la doctrine), formé par la juxtaposition du texte de 1958, de la Déclaration de 1789, du Préambule de la Constitution de 1946 et d'un certain nombre, encore indéterminé, de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Depuis lors, la controverse doctrinale s'est déplacée sur la détermination de l'étendue du gisement de principes constitutionnels qui se trouve à la disposition du Conseil. Ce gisement n'est pas sans limites : il faut une base textuelle, une "loi de la République" au moins, même si sa jurisprudence a montré que le Conseil choisissait très librement parmi les diverses lois des divers régimes, républicains ou non (quelques exemples significatifs seront discutés dans notre 3ème chapitre).

La nécessité d'un texte de nature législative, et le fait que le Conseil soit expressément habilité à lui conférer valeur constitutionnelle par la Constitution elle-même, empêchent de considérer les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" comme des normes non écrites au sens littéral du terme ; ils ne seront donc pas, à ce titre, étudiés dans ce chapitre. Nous pensons cependant que fonctionnellement, ils sont tout à fait comparables à des règles non écrites : personne, pas même ceux qui auraient une connaissance parfaite de l'ensemble des "lois de la République", ne peut dire aujourd'hui si de nouveaux principes fondamentaux seront consacrés demain, ni lesquels ; aucun texte n'en donne la liste. L'incertitude qui règne à cet égard est aussi grande que celle qui existe vis-à-vis des droits fédéraux non écrits en Suisse (ces droits sont, pour la plupart, consacrés sous une forme voisine par certaines constitutions cantonales).

Cependant, le bloc de constitutionnalité n'a pas seulement été augmenté par des emprunts aux "lois de la République" : le Conseil constitutionnel a eu recours à de nombreuses reprises à des "règles", "principes" ou "objectifs de valeur constitutionnelle", sans toujours donner la même signification à ces expressions ; il convient donc d'abord d'examiner ce qu'elles recouvrent (1) ; nous rechercherons ensuite si les "principes" (2) et les "objectifs" (3) peuvent en fait correspondre, dans certaines décisions, à des règles non écrites dégagées par le juge constitutionnel.

⁹³ MM. FOURNIER et BRAIBANT, *Jurisprudence*, AJDA 1956 II, p. 400.

⁹⁴ décision 71- 44 DC.

1. Préalables terminologiques.

Le vocabulaire utilisé par le Conseil constitutionnel dans ses décisions pour désigner les normes auxquelles il se réfère représente parfois un véritable défi sémantique et cause une certaine confusion parmi les commentateurs. La consultation de la table analytique officielle⁹⁵, éditée par ses soins, n'est guère éclairante : l'index des textes et principes visés distingue bien la Constitution de 1958, la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946 (p. 521 à 526) mais il regroupe ensuite sous la dénomination de "principes fondamentaux ayant valeur constitutionnelle" (p. 527) aussi bien les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République que les "principes fondamentaux mentionnés dans des décisions sans référence expresse à un texte constitutionnel", tandis qu'il distingue encore des "principes généraux du droit" (p. 528). Le Doyen Vedel, quant à lui, met en garde contre la croyance en la création de normes de valeur constitutionnelle par le Conseil sous le nom de "principes" : cette croyance repose, dit-il, sur une confusion avec les principes généraux du droit du Conseil d'Etat⁹⁶ ; il ajoute que cette confusion est favorisée par "un certain laxisme dans la rédaction des décisions du Conseil constitutionnel". Ce dernier, en effet, a rendu à la fin des années 70 plusieurs décisions fondées sur des "principes" de valeur constitutionnelle, sans référence expresse à une norme écrite, alors qu'il était assez facile d'y voir l'application d'un texte constitutionnel : ainsi la décision 79-104 DC du 23 mai 1979 *Territoire de Nouvelle-Calédonie* évoque le principe de la séparation des pouvoirs, sans s'appuyer sur l'article 16 de la Déclaration de 1789 ; la décision 79-107 DC du 12 juillet 1979 *ponts à péage* confirme la valeur constitutionnelle de la liberté d'aller et venir sans citer aucune source ; le juge constitutionnel a sans doute considéré que cette liberté découlait avec suffisamment d'évidence de la Déclaration.

L'expression "principe de valeur constitutionnelle" peut donc prendre, dans certaines décisions, une signification générale englobant un ensemble assez vaste de sources de droit constitutionnel ; pour MM. Favoreu et Philip⁹⁷, cette notion désignerait, de manière générique, toutes les normes qui ne sont pas contenues dans le corps même de la Constitution : Déclaration des Droits de l'homme, Préambule de 1946, principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, et "certains principes généraux du droit qui ne peuvent être rattachés à aucun texte, ou bien une émanation ou synthèse de ces diverses dispositions et principes lorsqu'il y a lieu à actualisation ou conciliation". Pour M. Vedel, cette expression n'aurait, en certaines occasions, qu'une "valeur littéraire" sans signification particulière. M. Genevois, dans son ouvrage consacré aux principes directeurs de la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁹⁸, publié alors qu'il en était le Secrétaire général, donne un sens très large à l'expression "principes de valeur constitutionnelle" puisque pour lui, elle recouvre non seulement les articles de la Constitution et son Préambule, lui-même enrichi du contenu des textes auxquels il

⁹⁵ *Contrôle de constitutionnalité et délimitation des compétences. Table analytique des décisions de 1959 à 1980*, publiée sous le haut patronage du Conseil constitutionnel.

⁹⁶ G. VEDEL, P. DEVOLVÉ, *Droit administratif*, tome 1, Thémis, PUF, Paris 1990, p. 474.

⁹⁷ *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 4ème édition, Sirey, Paris 1986, p. 385.

⁹⁸ *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, éditions S.T.H, Paris 1988, p. 203.

renvoie, mais encore des “principes généraux du droit de valeur constitutionnelle” et des “objectifs de valeur constitutionnelle”.

Il n'est donc pas étonnant que sous la dénomination de “principes de valeur constitutionnelle” on rencontre des règles posées par des articles de la Constitution de 1958, par son Préambule, par celui de 1946, par la Déclaration de 1789 ou encore par des “lois de la République”. L'expression “principes fondamentaux reconnus par les lois de la République” (P.F.R.L.R.) a d'ailleurs été employée, elle aussi, dans un sens bien plus large que son sens technique habituel, sans que l'on puisse trouver de justification littéraire : par exemple dans la décision 76-75 DC du 12 janvier 1977 *visite des véhicules*, le juge constitutionnel déclare (1er considérant) que la liberté individuelle constitue l'un des “principes fondamentaux garantis par les lois de la République, et proclamés par le Préambule de la Constitution de 1946, confirmés par le Préambule de la Constitution de 1958” ; dans la décision 77-87 DC du 23 novembre 1977 *liberté d'enseignement et de conscience*, le Conseil considère (5ème cons.) qu' “aux termes de l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ; que le Préambule de la Constitution de 1946 rappelle que *Nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* ; que la liberté de conscience doit donc être regardée comme l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République” ; celui qui ne lirait que ces décisions comprendrait difficilement ce que sont les P.F.R.L.R. : dans ces deux exemples, la rédaction de la décision suggère que cette notion recouvre n'importe quelle source constitutionnelle. Pour les commentateurs des Grandes Décisions⁹⁹, une telle fluidité dans la définition pourrait s'expliquer par le fait qu'il s'agirait de “principes à tout faire”, intervenant pour corriger certains principes contenus dans les textes et parfois pour en opérer la synthèse. Mais ils disent pratiquement la même chose des “principes ou dispositions à valeur constitutionnelle”, ce qui, d'un point de vue sémantique, paraît alors beaucoup plus justifié ; nous inclinons, pour notre part, à voir dans les cas d'utilisation atypique de la notion de P.F.R.L.R. une inattention des rédacteurs de la décision plutôt que la volonté d'en faire une autre “catégorie à tout faire”, qui n'offrirait aucun avantage par rapport à la catégorie générique des “principes de valeur constitutionnelle”, et qui apporterait un supplément d'indétermination à un genre qui n'en manque pourtant pas par sa nature.

Pour ce qui est de l'expression “principes de valeur constitutionnelle”, il nous semble que le Conseil l'utilise de manière indifférenciée, pour désigner toute norme constitutionnelle, y compris certains principes généraux du droit qui ne se rattachent pas à un texte déterminé, l'expression prenant alors, dans ce dernier cas, une signification plus précise pour désigner une catégorie particulière de normes constitutionnelles pouvant être comparée à celle des règles non écrites du Tribunal fédéral suisse. Ces variations dans la signification d'une expression juridique n'ont rien d'extraordinaire : d'autres expressions ont un sens plus ou moins restrictif selon le contexte ; ainsi le mot “loi” représente une norme qui occupe une place déterminée dans la hiérarchie des règles de droit ; à l'article

⁹⁹ *Op. cit.* p. 384.

61¹⁰⁰ de la Constitution de 1958, le mot “loi” désigne un texte qui n’est pas encore une loi au sens technique du terme ; et dans l’expression “violation de la loi”, le droit administratif français comprend par “loi” n’importe quelle règle de droit dont le respect s’impose à l’administration (Constitution, traités, lois, principes généraux du droit, etc.).

2. Les principes de valeur constitutionnelle.

Pour former une catégorie particulière de normes de référence, les principes en cause doivent évidemment se distinguer des principes exprimés par des sources écrites, que ces dernières soient citées ou non par le juge constitutionnel. Il n’est pourtant pas toujours facile de savoir, en l’absence d’indication donnée par le juge, si l’on a affaire à un principe non écrit, ou à un principe posé par un texte constitutionnel ou par une loi de la République ; même si certains commentateurs, par un prodige d’imagination, parviennent à trouver un lien avec une disposition écrite, et soutiennent donc qu’il n’existe pas de principes de valeur constitutionnelle de nature purement jurisprudentielle, cette position ne paraît pas pouvoir être soutenue sans restriction (B) ; l’analyse est par ailleurs compliquée par le fait que le Conseil constitutionnel, après avoir consacré des “principes généraux du droit” de valeur législative, a par la suite conféré une valeur constitutionnelle à certains d’entre eux (A).

A - Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Dans sa jurisprudence relative à la délimitation des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire, en application de l’article 37 alinéa 2 de la Constitution, le Conseil s’est appuyé successivement sur trois principes généraux du droit, catégorie de principes ayant déjà été utilisée par le Conseil d’Etat sous la même appellation. Les trois principes généraux du droit invoqués par le Conseil constitutionnel ont été :

- le 26 juin 1969, celui selon lequel le silence de l’Administration vaut décision implicite de rejet (décision 69-55 L *protection des sites*).

- le 24 octobre 1969, celui de la non rétroactivité des actes administratifs (décision 69-57 L).

- le 21 décembre 1972, celui du respect des droits de la défense (décision 72-75 L).

Ces principes rappellent, par leur dénomination et le contenu de certains d’entre eux, ceux qui relèvent d’une catégorie générique utilisée par le Conseil d’Etat depuis 1945¹⁰¹, mais ils ne s’identifient pas parfaitement à ces derniers ; de fait, seul le premier d’entre eux,

¹⁰⁰ Art. 61 al. 1er : Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Al. 2 : Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l’Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

¹⁰¹ CE 26 octobre 1945, *Aramu*, Rec. p. 213.

celui du rejet implicite résultant du silence de l'Administration, est présenté comme un "principe général du droit" dans la décision *protection des sites*, et c'est justement le seul auquel le Conseil d'Etat ne reconnaît pas une valeur législative: alors que le Conseil constitutionnel déclare, dans sa décision *protection des sites* du 26 juin 1969, qu' "en l'espèce il ne peut y être dérogé que par une décision législative", ce qui indique assez clairement la valeur de ce principe dans la hiérarchie des normes, le Conseil d'Etat, dans un arrêt d'assemblée rendu le 27 février 1970 à propos de la délivrance tacite d'un permis de construire dans le cas où l'Administration garde le silence, n'y voit qu'une règle de procédure à laquelle il peut être dérogé par décret. Quant aux deux autres principes invoqués par le Conseil au titre de l'art. 37 al.2, ils correspondent effectivement à ceux du Conseil d'Etat, mais les circonstances de leur utilisation font que leur valeur n'apparaît alors que législative (et non, comme on le dit parfois, infra-législative : ils peuvent certes être écartés par une loi, mais il en va de même de n'importe quelle loi ordinaire, qui peut être modifiée ou abrogée par une loi ultérieure).

Les décisions rendues en matière de délimitation des compétences ne peuvent donc être considérées comme créant des normes constitutionnelles non écrites, directement du moins ; plusieurs auteurs, en effet, constatant que le Conseil, par cet appel aux principes généraux du droit, limite le pouvoir réglementaire et étend en conséquence le domaine de la loi au-delà de ce que le constituant de 1958 avait prévu à l'art. 34, "en dehors de tout texte constitutionnel ou organique" comme le souligne M. Luchaire¹⁰², estiment qu'il s'agit là d'une création constitutionnelle indirecte. Mais on peut aussi bien voir une interprétation, ou même une pratique constitutionnelle, une application de la Constitution qui est faite par l'un de ses lecteurs autorisés dans le domaine qui est le sien ; laisser quelqu'un édicter une norme, ce n'est pas la même chose que l'édicter soi-même ; en étendant la compétence du législateur aux dérogations aux principes généraux du droit, il n'est pas évident que le Conseil constitutionnel ajoute davantage à la Constitution que, par exemple, le Président de la République déclarant, le 20 septembre 1962 : "Suivant la Constitution, le Président est, en effet, garant - vous entendez bien ? garant - de l'indépendance et de l'intégrité du pays... Bref, il répond de la France"¹⁰³.

L'un des principes généraux du droit apparaissant au niveau législatif dans l'une des décisions de la série L évoquées précédemment (rendues sur examen de textes de forme législative), le principe du respect des droits de la défense et du caractère contradictoire de la procédure, qui constituait déjà pour le Conseil d'Etat un principe général du droit applicable même sans texte, s'est vu élever au niveau constitutionnel par plusieurs décisions de la série DC (concernant la conformité à la Constitution) rendues en application de l'art. 61 de la Constitution.

Dans certaines d'entre elles, le juge constitutionnel rattache les droits de la défense aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (*accidents du travail* en 1976, *loi de mensualisation* en 1978, *sécurité et liberté* en 1981), tandis que dans d'autres il ne se prononce pas sur leur origine (*service fait* en 1977, *protection et contrôle des matières nucléaires* en 1980). A la lecture de ces décisions, il n'apparaît pas qu'il existe deux origines distinctes aux droits de la défense, les uns étant des P.F.R.L.R., les

¹⁰² cité aux *Grandes décisions* p. 230.

¹⁰³ cité par Pierre AVRIL, *les "conventions de la Constitution"*, RFDC, 1993, p. 328.

autres une création jurisprudentielle ; en effet, le Conseil rattache aux P.F.R.L.R. aussi bien les droits de la défense en matière pénale (76-70 DC *accidents du travail* du 2 décembre 1976, 80-127 DC *sécurité et liberté* des 19 et 20 janvier 1981) que le caractère contradictoire de la procédure en matière extra-pénale, dans le cas des contre-visites médicales visant les salariés (77-92 DC *loi de mensualisation* du 18 janvier 1978).

Dans la décision 77-83 DC *service fait*, le Conseil invoque simplement le “principe à valeur constitutionnelle du respect des droits de la défense”, mais il ne faut certainement voir là qu’une formule littéraire sans signification particulière, d’autant que les deux saisines parlementaires se référaient expressément au “principe des droits de la défense, principe fondamental reconnu par les lois de la République”.

La décision 80-117 DC du 22 juillet 1980 *protection et contrôle des matières nucléaires* pourrait, considérée isolément, paraître équivoque : dans une matière non pénale (la loi déferée prévoyait des retraits d’autorisations administratives ou des ruptures de conventions pour sanctionner des personnes morales) le Conseil a considéré que le régime des sanctions applicables aux personnes morales ne faisait pas obstacle à ce que ces dernières puissent se prévaloir des “droits de la défense qui leur sont éventuellement reconnus par les lois, les règlements ou les principes généraux du droit”. L’éventail des sources possibles est large, mais là encore, il ne faut sans doute voir qu’une expression littéraire, le rédacteur entendant peut-être conforter l’assise des droits de la défense en insistant sur la multiplicité de leurs origines, tant en droit écrit que dans la jurisprudence et dans la théorie du droit : ainsi, parler de “principes généraux du droit” ne serait pas un abus de langage, une confusion ni une facilité littéraire, mais l’affirmation de l’enracinement de ces principes dans notre droit¹⁰⁴, cette qualification s’ajoutant à celle de

¹⁰⁴ Louis Favoreu, quant à lui, demeure persuadé que les principes généraux du droit et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République représentent deux concepts bien distincts, et que les principes généraux du droit n’ont qu’une valeur infralégislative (sa position se trouve notamment réaffirmée dans son commentaire de l’arrêt du Conseil d’État du 3 juillet 1996, *Moussa Koné*, publié à la *Revue française de droit administratif*, 12 (5) sept.-oct. 1996, p. 882 à 885).

Un principe général du droit dégagé par le juge administratif a-t-il nécessairement une valeur inférieure à celle de la loi parce que son inventeur se trouve subordonné au législateur, parce que son oeuvre jurisprudentielle peut - théoriquement - se trouver anéantie par une réaction de ce dernier ? Nous ne le pensons pas, pour deux ordres de raisons :

- d’abord, la possibilité, pour le législateur, de contredire le juge administratif n’est pas caractéristique des principes généraux du droit : la loi peut aussi bien intervenir pour corriger l’interprétation jurisprudentielle d’une norme législative en bonne et due forme. C’est donc l’ensemble de l’interprétation jurisprudentielle, et pas seulement celle qui s’appuie sur des principes généraux, qui se trouve exposée au risque d’être contredite par le législateur.

- ensuite, tout juge, quel que soit son rang dans la hiérarchie des juridictions, doit normalement pouvoir extraire, des différentes normes qu’il a à appliquer, les principes généraux susceptibles, en l’absence d’un texte précis, de répondre au problème qui se pose à lui (au risque, bien entendu, d’être contredit par les juridictions supérieures). Nous ne voyons aucun obstacle théorique à ce qu’une juridiction inférieure puisse, le cas échéant, dégager des principes généraux à partir du droit international ou du droit constitutionnel ; et dans ce cas, la valeur du principe ne dépendra évidemment pas de la place du juge inventeur dans l’organisation judiciaire, mais, d’une manière générale, du rang des textes sur lesquels le juge s’appuie. D’une manière générale seulement, car il peut se trouver qu’un principe ne soit exprimé que dans des textes de valeur législative, alors qu’il a manifestement une portée bien plus large que les quelques textes de circonstance qui y font allusion : c’est là l’essence même des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ; mais il est alors évident qu’une juridiction inférieure ne peut se hasarder sur ce terrain qu’avec des arguments convaincants, propres à emporter l’adhésion des juridictions supérieures.

P.F.R.L.R. pour la renforcer sans pour autant s'y substituer. Le caractère très général de la formule utilisée par le Conseil constitutionnel peut se comprendre : ne serait-il pas mesquin et attentatoire à leur prestige d'être obligé de justifier l'existence des droits de la défense par la citation des références d'une ou de plusieurs lois ? C'est peut-être la raison qui pousse certains auteurs à rattacher le principe du respect des droits de la défense à l'art. 8 de la Déclaration des droits de l'homme qui, pris à la lettre, n'en dit pas tant¹⁰⁵, mais qui peut être considéré, dans son esprit, comme l'un des piliers de l'Etat de droit. La justification est alors plus évasive encore que celle opérée par le biais des P.F.R.L.R. mais le prestige de la Déclaration la rend plus incontestable.

Ainsi, malgré quelques fluctuations dans le vocabulaire utilisé, aucun principe général du droit ne s'est vu conférer valeur constitutionnelle sous cette seule appellation, par le Conseil constitutionnel du moins : en effet, en 1996, le Conseil d'État a consacré, sous la forme d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, le principe connu en droit de l'extradition sous l'appellation de "clause française", selon lequel l'État doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique. Il est à remarquer que c'est la première fois, sous la Cinquième République (donc depuis qu'il existe un juge constitutionnel), que le Conseil d'État s'autorise une telle création.

La qualification retenue, celle de PFRLR, est très discutable, car, en droit interne, ce principe ne constituait qu'une règle de *valeur supplétive par rapport aux conventions d'extradition*, selon les propres termes des avis du Conseil d'État du 24 novembre 1994 et du 9 novembre 1995, règle posée par une loi de 1927. Il eût été plus convaincant de déduire un principe général des nombreuses conventions internationales qui offrent des garanties équivalentes, voire meilleures, comme c'est le cas de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (son art. 3 stipule que *l'extradition ne sera pas accordée (...) si la Partie requise a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition (...) a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir un individu pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques ou que la situation de cet individu risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons*).

Contrairement aux conclusions du commissaire du gouvernement, qui proposait d'élever la "clause française" au rang de principe général du droit, l'Assemblée du contentieux s'est appuyée sur l'avis rendu par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 9 novembre 1995, avis selon lequel, "*sous réserve de l'appréciation du Conseil constitutionnel*", "*eu égard à la constance et à l'ancienneté de la règle exprimée par la loi du 10 mars 1927 et par les conventions signées par la France, le principe selon lequel l'État doit se réserver le droit de refuser l'extradition pour les infractions qu'il considère comme des infractions à caractère politique constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République, ayant à ce titre valeur constitutionnelle en vertu du Préambule de*

105 ART. 8. - La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.

la Constitution de 1946".¹⁰⁶

Le respect des droits de la défense s'est d'abord élevé au rang constitutionnel comme P.F.R.L.R. dans la décision du 2 décembre 1976 *accidents du travail*, même s'il s'est vu par la suite ajouter d'autres qualifications ; cependant un autre principe général du droit du Conseil d'Etat a été promu au rang constitutionnel sous l'appellation sibylline de "principe de valeur constitutionnelle" sans qu'il ait jamais été qualifié auparavant de "principe général du droit" par le Conseil constitutionnel : celui de la continuité du service public.

B - Un principe général du droit de valeur constitutionnelle d'origine purement jurisprudentielle.

Depuis l'arrêt du Conseil d'Etat *Dehaene* du 7 juillet 1950, le principe de la continuité du service public était considéré, suivant la formule du Commissaire du Gouvernement Gazier, comme un principe fondamental du droit aussi respectable que celui du droit de grève. L'arrêt lui-même ne se référait pas précisément à la notion de "principe fondamental du droit", mais il faisait seulement allusion à la nécessaire conciliation à opérer entre la défense des intérêts professionnels et la sauvegarde de l'intérêt général, aux nécessités de l'ordre public, à la responsabilité qui était celle du gouvernement d'assurer "le bon fonctionnement des services publics" (la responsabilité du gouvernement était d'autant plus grande en la matière que le législateur n'avait, jusque-là, pas jugé utile de réglementer le droit de grève, comme l'y invitait pourtant le Préambule de la Constitution de 1946 en même temps qu'il consacrait le droit de grève comme "principe particulièrement nécessaire à notre temps" : "Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent").

L'adoption d'une nouvelle constitution en 1958 ne modifia guère la situation, le Préambule de 1946 étant conservé, et aucune disposition nouvelle ne concernant le droit

¹⁰⁶ On ne peut que regretter que l'attitude des autorités françaises n'ait pas précisément été caractérisée jusque-là par la même *constance* : dans un avis du 24 novembre 1994, l'Assemblée du Conseil d'Etat, saisie par le Premier ministre de la question de savoir si la règle selon laquelle un ressortissant français ne peut être extradé constituait un principe à valeur constitutionnelle, déclarait encore : "*dans tous les cas, la jurisprudence dégagée par le Conseil d'Etat à propos d'autres règles de droit de l'extradition fait aujourd'hui prévaloir les stipulations des conventions internationales sur les dispositions de la loi du 10 mars 1927*" et "*aucun des droits et libertés du citoyen, tels qu'ils ont été proclamés par la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et par le Préambule de la Constitution de 1946, n'implique que les nationaux ne puissent être extradés*".

En ce qui concerne l'allusion aux "conventions signées par la France", force est de reconnaître que cette dernière n'a pas toujours montré beaucoup d'empressement à l'égard de certaines d'entre elles : ainsi, par exemple, la Convention européenne d'extradition, signée le 13 décembre 1957, n'a été ratifiée que vingt-huit ans plus tard, le 31 décembre 1985 ; la Convention européenne pour la répression du terrorisme, signée le 27 janvier 1977, a été ratifiée le 16 juillet 1987, après que les autorités françaises aient, pendant dix ans, répété qu'elles ne ratifieraient pas un texte *difficilement compatible*, disaient-elles, avec notre droit interne en matière d'extradition.

Et il est tout de même assez frappant de voir le juge administratif interpréter une convention de manière neutralisante en s'appuyant sur un principe de valeur constitutionnelle qui est censé être exprimé dans des "conventions signées par la France", et dont on ignorait jusque-là qu'il devait prévaloir sur les conventions internationales en raison de sa valeur constitutionnelle.

de grève ni les limites à y apporter. Ce n'est que le 25 juillet 1979, par une décision 79-105 DC *droit de grève à la radio et à la télévision*, que le Conseil constitutionnel fut amené à se prononcer sur ces questions, l'occasion en étant offerte par une loi qui visait à mettre fin à des pratiques syndicales tournant les dispositions législatives relatives au service minimum à la télévision (il suffisait en effet d'annoncer une grève touchant les seuls agents nécessaires à l'accomplissement du service minimum pour provoquer la mise en place dudit service minimum et la réquisition du personnel indispensable ; les autres catégories d'agents se trouvaient déchargées *de facto* de tout travail sans avoir à se déclarer grévistes, les agents requis étaient normalement payés, de telle sorte qu'une perturbation maximale était obtenue avec un nombre très réduit d'agents réellement grévistes - 0,1% selon un rapport parlementaire).

La saisine des députés d'opposition exposait que le principe de la continuité du service public ne pouvait être rattaché à aucune disposition de valeur constitutionnelle ni à aucune loi de la République, et qu'il ne pouvait donc pas l'emporter sur le droit de grève, expressément reconnu, lui, par le Préambule de 1946. L'argumentation des députés fut partiellement suivie, puisque le Conseil constitutionnel ne se référa effectivement à aucun texte... pour affirmer la valeur constitutionnelle du principe de continuité du service public et le confronter au droit de grève : "... la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle" (1^{er} considérant de la décision précitée, *Grandes décisions* 4^{ème} édition, p. 423). Les commentateurs des *Grandes décisions* évoquent la possibilité (p. 433) d'un rattachement à l'article 5 de la Constitution de 1958, suivant lequel :

Art.5 - Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat.

Il est garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire, du respect des accords de Communauté et des traités.

Pourtant MM. Favoreu et Philip considèrent la continuité du service public comme un "principe général du droit à valeur constitutionnelle", parce que le juge constitutionnel ne s'est pas appuyé sur l'article 5. Un autre commentateur particulièrement qualifié, M. Genevois, qui pense que le principe de la séparation des pouvoirs découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789, et que la liberté d'aller et venir peut se déduire directement de la Déclaration, ne cite aucune origine textuelle possible au principe de la continuité du service public, ce qui en fait, selon lui la seule consécration constitutionnelle significative d'un principe jurisprudentiel du droit administratif.

L'art. 5 de la Constitution de 1958 pourrait-il constituer l'origine du principe de la continuité du service public ? Cet article tient certes pour acquis le fonctionnement régulier des pouvoirs publics et la continuité de l'Etat, mais il ne fait nullement allusion au service public : son objet est de situer le Président parmi les institutions de la Vème République, il met l'accent sur son rôle d'arbitre, mais il n'a certainement pas, quant aux principes, une portée aussi vaste que la Déclaration de 1789. On peut certes soutenir qu'il suffit d'un léger effort d'interprétation pour faire découler la continuité du service public de la continuité de l'Etat à laquelle l'art. 5 fait allusion, mais un effort à peine plus poussé ne

permet-il pas de déduire la continuité du service public de la notion d'Etat en elle-même ? Les commentateurs de la décision 79-105 DC *grève à la radio et à la télévision* citent presque tous les conclusions du Commissaire du Gouvernement Gazier sur l'arrêt Dehaene, conclusions selon lesquelles "admettre sans restrictions la grève des fonctionnaires, ce serait ouvrir des parenthèses dans la vie constitutionnelle, et, comme on l'a dit, consacrer officiellement la notion d'un État à éclipses. Une telle conception est radicalement contraire aux principes les plus fondamentaux de notre droit public"¹⁰⁷. Il est assez remarquable que, bien que le Commissaire du Gouvernement Gazier invoque les principes les plus fondamentaux du droit public, il n'en cite aucun, lui non plus, ce qui autorise à considérer, comme le font certains auteurs, que le principe de la continuité du service public tient "à la nature des choses"¹⁰⁸. Pour G. Timsit¹⁰⁹, la notion de service public relève plus d'une représentation mythique de l'Etat que d'un principe général du droit : tandis que les principes constituent des sources du droit, les concepts idéalisés comme le service public ont au contraire un caractère finaliste ; la solution retenue par le juge ne s'appuie pas alors sur le contenu d'un principe, mais sur l'énoncé des fins poursuivies par le système juridique.

L'absence de toute référence textuelle dans la décision *grève à la radio...* et l'utilisation de l'expression "principe de valeur constitutionnelle" peuvent revêtir plusieurs significations :

- il peut s'agir d'abord d'une omission fortuite du rédacteur, ce qui laisse un vaste champ ouvert à ceux qui y voient l'application de l'art. 5 de la Constitution, ou, comme M. Hamon¹¹⁰, un P.F.R.L.R. Le pouvoir créateur du juge serait alors inexistant dans cette décision.

- le juge a pu estimer que le principe de la continuité du service public s'imposait avec suffisamment d'évidence à tout esprit éclairé pour n'avoir besoin d'aucune autre justification. Dans ce cas, le juge n'exprimerait pas une vision personnelle des choses mais seulement le consensus social ou du moins, selon l'expression de G. Timsit, le "code dominant", ou encore "la nature des choses". Son rôle créateur serait alors limité.

- il a pu, au contraire (mais cela est moins probable) estimer ne pas être en mesure de justifier la continuité du service public au regard des textes constitutionnels ni à celui de l'opinion dominante, et vouloir éviter toute discussion en affirmant péremptoirement la valeur constitutionnelle de ce principe en même temps que celle du droit de grève : son pouvoir créateur serait alors maximal.

L'étude des réactions suscitées par la décision 79-105 DC ne permet pas d'affirmer que la constitutionnalisation du principe de la continuité du service public, quelle que soit sa justification, ait heurté l'opinion juridique dominante, ni d'ailleurs l'opinion publique en général (pour autant qu'elle ait une consistance).

Il existe, pensons-nous, suffisamment d'arguments en faveur de la deuxième hypothèse pour que le principe de continuité du service public soit considéré comme une création jurisprudentielle.

¹⁰⁷ *Grandes décisions*, 4ème édition, p. 434.

¹⁰⁸ B. Jeanneau, cité par L. HAMON, *Grève et continuité du service public*, Dalloz 1980, chronique p. 333.

¹⁰⁹ *Les noms de la loi*, P.U.F, Paris, 1991, p. 169-170.

¹¹⁰ article précité.

Un autre apport remarquable de la décision 79-105 DC réside dans la conciliation qu'elle opère entre deux principes antagoniques : le droit de grève dans les services publics et le principe de continuité du service public. C'était, semble-t-il, la première fois que le juge constitutionnel avait à concilier deux "principes de valeur constitutionnelle" (dont l'un, comme nous venons de le voir, était dégagé pour la circonstance). Le législateur ne fut censuré que dans la mesure où certaines dispositions de la loi soumise à l'examen du Conseil étendaient tellement les possibilités de réquisition du personnel qu'elles aboutissaient pratiquement à assurer un service normal de l'audiovisuel public en cas de grève, ce qui revenait à supprimer le droit de grève dans un service public dont le fonctionnement "normal" n'était pas indispensable aux besoins essentiels du pays. En matière de radio et de télévision publiques, le législateur pouvait donc, selon cette décision, prévoir d'assez larges limitations au droit de grève, sans toutefois qu'elles puissent aller jusqu'au rétablissement d'un "service normal" en cas de grève.

Cette décision montre combien le juge dispose d'une grande liberté dans la conciliation des principes, écrits ou non : le droit de grève est ici visiblement désavantagé par rapport à la continuité du service public, ce qui se comprend dans son principe s'agissant d'un service public mettant en cause la communication des pensées et des opinions, mais pose tout de même le problème de l'appréciation qui est faite par le juge du caractère "indispensable aux besoins essentiels du pays" d'un service public ; on mesure, là encore, l'étendue de son pouvoir : qui d'autre que lui pourrait, par exemple déclarer que le service public des transports maritimes de la France continentale vers la Corse (qui jouit à ce titre d'un monopole d'exploitation) est plus essentiel, ou l'est moins que la radio et la télévision publiques ? (on pourrait, en effet, parfaitement soutenir qu'un tel service, en situation de monopole, met en cause la liberté d'aller et venir d'un grand nombre de personnes ainsi que de nombreux droits économiques).

Il est permis de se demander si le droit de grève est un droit fondamental comme les autres, puisque, contrairement à ces derniers, qui ne peuvent être limités jusqu'à être remis en cause, il peut être totalement sacrifié pour certaines catégories de fonctionnaires publics. Le Conseil constitutionnel n'a pas encore eu l'occasion de s'exprimer sur ce point ; il serait intéressant de connaître sa position de principe et de voir quelle conciliation il serait amené à opérer, mais encore faudrait-il qu'il soit saisi, ce qui n'est pas évident eu égard au consensus qui semble exister face à la perspective embarrassante d'une grève des forces de l'ordre ou des forces armées.

3. Les objectifs de valeur constitutionnelle.

L'expression est apparue dans la décision 82-141 DC du 27 juillet 1982 *loi sur la communication audiovisuelle* pour désigner indistinctement la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la "préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels"¹¹¹. Il s'agissait d'une double innovation : dans le vocabulaire d'abord, puisque la catégorie juridique des "objectifs de valeur constitutionnelle" était jusque-là inconnue, quant au fond ensuite, car si les notions d'ordre public et de liberté d'autrui étaient familières aux juristes (même si on les maniait

¹¹¹ Rec. p.48.

habituellement sans se référer à un texte constitutionnel précis), la “préservation du caractère pluraliste des courants d’expression socio-culturels” représentait indiscutablement une exigence constitutionnelle nouvelle (quoique assez indéterminée). La notion d’*objectif de valeur constitutionnelle* a ensuite été reprise par suffisamment de décisions et d’une manière assez explicite pour que l’on puisse y voir un genre fonctionnel particulier, et non un simple effet littéraire des rédacteurs de la décision (A). Savoir si la consécration de ces *objectifs* présente un caractère normatif est une question beaucoup plus délicate : la doctrine paraît assez partagée, et les ambiguïtés que l’on relève chez d’éminents auteurs témoignent de la difficulté d’appréhension de cette notion ; il semblerait que l’étendue du pouvoir créateur du juge varie beaucoup selon qu’il s’agit d’un objectif classique et indiscuté ou, au contraire, d’un objectif “découvert” par le juge (B).

A - Une catégorie fonctionnelle distincte.

La rédaction de la première décision faisant référence aux objectifs de valeur constitutionnelle pouvait donner à penser qu’il s’agissait de règles élevées au rang constitutionnel devant être conciliées aux règles existantes : “Considérant qu’ainsi il appartient au législateur de concilier, en l’état actuel des techniques et de leur maîtrise, l’exercice de la liberté de communication telle qu’elle résulte de l’art. 11 de la Déclaration des droits de l’Homme avec, d’une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d’autre part, des objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l’ordre public, le respect de la liberté d’autrui, et la préservation du caractère pluraliste des courants d’expression socio-culturels auquel ces modes de communication sont susceptibles de porter atteinte....”

L’emploi du verbe *concilier* indique habituellement la confrontation d’éléments distincts entre eux, mais se trouvant à un niveau comparable. L’un des objectifs énumérés par la décision *communication audiovisuelle* de 1982, la préservation du pluralisme, a été réaffirmé par plusieurs décisions ultérieures, qu’il s’agisse de la presse (84-181 DC et 86-210 DC) ou de la communication audiovisuelle (86-217 DC).

La décision 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984 *entreprises de presse* est beaucoup plus explicite que celle de 1982 à l’égard des *objectifs* et permet d’appréhender leur nature particulière.

Les parlementaires ayant saisi le Conseil constitutionnel alléguaient que la loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse était, entre autres, contraire à la liberté de la presse dont le principe était, selon eux, posé par l’art. 11 de la Déclaration de 1789 :

Art. 11.- La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l’abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.

D’après les députés¹¹², la signification du principe de la liberté de la presse posé par l’art. 11 de la Déclaration était éclairée par le titre 1er, §2 de la Constitution du 3 septembre 1791 :

¹¹² JORF, 13 octobre 1984, p.3208.

La Constitution garantit pareillement, comme droits naturels et civils (...) la liberté à tout homme de parler, d'écrire, d'imprimer et de publier ses pensées sans que les écrits puissent être soumis à aucune censure ni inspection avant leur publication .

Le principe de la liberté de presse était mis en oeuvre par la loi du 29 juillet 1881, "unanimentement reconnue", disaient-ils, "comme l'une des grandes lois de la Troisième République" :

Art. 1er.- L'imprimerie et la librairie sont libres.

Art.5.- Tout journal ou écrit périodique peut être publié sans autorisation préalable et sans dépôt et cautionnement.

Ils ajoutaient, citant J. Rivero et F. Luchaire, que "tous les commentateurs de la jurisprudence constitutionnelle s'accordent pour ranger la liberté de presse proclamée par la loi de 1881 comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République"¹¹³ .

Face à un ensemble aussi cohérent de textes fondateurs, la loi déferée apportait des restrictions trop importantes pour ne pas être entachée d'inconstitutionnalité. Le Conseil ne répondit pas à tous les arguments des parlementaires, et ne déclara pas, comme ils le souhaitaient, la loi contraire à la Constitution dans sa totalité ; mais sa décision, d'une longueur inhabituelle, surtout à l'époque, comportait plus de cent considérants, et annulait, en partie ou complètement, dix articles d'une loi qui en comportait quarante-cinq. C'est à propos de l'interprétation de l'art. 11 de la Déclaration de 1789 que le Conseil explicita la notion d'objectif de valeur constitutionnelle.

Les parlementaires invoquaient, comme nous venons de le voir, trois sources possibles, combinées entre elles, au principe de la liberté de la presse.

La première, l'art. 11, était un texte constitutionnel en vigueur, dont on savait qu'il appartenait au droit positif depuis la fameuse décision du conseil constitutionnel de 1971 relative à la liberté d'association ; la deuxième, la Constitution de 1791, était une référence beaucoup plus originale, mais elle aurait pu servir de fondements à un principe de valeur constitutionnelle ou à un P.F.R.L.R ; la troisième, la loi de 1881, pouvait certainement être considérée comme posant (ou exprimant) un P.F.R.L.R.

Renonçant à un possible effet de redondance, le Conseil ne retint que la première, la plus ancienne, la plus prestigieuse et aussi la plus générale dans sa formulation : l'art. 11 de la Déclaration de 1789. Mais il en fit une lecture aussi nouvelle qu'inattendue : il n'était plus question, cette fois, de concilier la liberté de communication avec des contraintes techniques d'une part, et d'autre part des objectifs assez vaguement désignés comme l'ordre public, la liberté d'autrui ou le "pluralisme des courants d'expression socio-culturels" ; le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale n'était pas présenté comme un élément extérieur à la liberté de la presse qu'il convenait de concilier avec elle, mais comme une condition de son effectivité, une composante même de cette liberté : pour le Conseil, en effet, la liberté proclamée par l'art. 11 n'était pas seulement celle des auteurs, éditeurs et imprimeurs, mais aussi celle des destinataires essentiels de la liberté de la presse, les lecteurs. Ainsi certains plafonnements pouvaient être admis à l'encontre de ceux qui achètent ou prennent le contrôle de journaux existants, cette atteinte relative à leur liberté se justifiant par la possibilité pour les lecteurs de disposer d'un choix suffisant de publications de tendances et de caractères différents ;

113*ibid.*

l'atteinte à la liberté des éditeurs n'était que relative, car, comme le soulignait la décision, la loi ne visait que les acquisitions et prises de contrôle, ce qui laissait intactes les possibilités de création de titres nouveaux et de développement naturel de quotidiens existants.

Loin d'être extérieur et opposable au principe de la liberté de la presse, l'objectif de pluralisme ne représente donc pour le juge constitutionnel que l'un des aspects du principe lui-même ou, si l'on préfère, une condition de l'exercice de la liberté de presse ; mais c'est un aspect qu'il ne suffit pas de révéler par une interprétation ou de proclamer, il faut une intervention du législateur, une réglementation particulière pour lui faire produire des effets juridiques.

Il a été soutenu que la consécration constitutionnelle d'un certain "interventionnisme" du législateur, de la nécessité d'une action positive et non d'une simple abstention des pouvoirs publics (qui est seule exigée pour les droits fondamentaux les plus classiques) était la traduction de "la philosophie du Préambule de 1946 qui vient compléter le libéralisme de 1789"¹¹⁴.

Les commentateurs des Grandes décisions eux-mêmes semblent partager cette manière de voir ; ils estiment être en présence de la même évolution qu'il s'agisse de la liberté de la presse ou de la liberté de l'enseignement : "De même, dans les deux cas, on considère que ce droit à l'information ne peut exister que s'il existe une action positive en faveur de celui-ci. Et de la même manière que le Conseil constitutionnel entérine une conception économique et sociale de la liberté d'enseignement, il consacre une semblable conception de la liberté de la presse"¹¹⁵.

C'est à notre avis confondre deux choses : la fixation par l'État d'une certaine "règle du jeu" d'une part, et, d'autre part, l'octroi de prestations, ou le fait d'offrir sur le marché des biens ou des services qui, par leur nature, peuvent parfaitement ne relever que du secteur privé, les exemples les plus souvent cités étant ceux du transport aérien commercial et la production d'automobiles. La nuance est d'importance, et parler d'interventionnisme dans les deux cas revient à négliger le fait que les prestations ont un coût pour la collectivité tandis que la réglementation est en soi gratuite et n'a pas d'incidence directe sur les finances publiques.

On pourra toujours observer que la réglementation a un impact économique indirect en limitant les opérateurs dans leur activité, mais n'est-ce pas le cas de toute réglementation, fût-elle la plus libérale du monde ("libérale" étant évidemment pris ici dans sa signification économique, et non dans le sens de "permissive" ou "inexistante")?

¹¹⁴ P. AVRIL et J. GICQUEL, cités aux *Grandes décisions* p. 654. Cette manière de voir est assez répandue ; ainsi, pour Bertrand FAURE, *le droit de la communication sert d'exemple. Fondé sur une lecture modernisée de l'art. 11 de la DDHC, (il) vise, au nom de l'objectif du pluralisme, à limiter la logique concurrentielle pour garantir l'expression de diverses tendances : dispositif anti-concentration, publicité des financements et des dirigeants...pour les entreprises de presse, aboutissent à un aménagement interventionniste d'une liberté de premier rang.* B. FAURE, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, RFDC 1996, p. 58. L'emploi d'une expression telle que "limiter la logique concurrentielle" nous paraît ici particulièrement équivoque, car c'est précisément pour favoriser la concurrence que le législateur intervient contre les tendances monopolistiques de certains groupes de presse : autrement dit, la limitation des excès de la concurrence, loin de s'opposer à la "logique concurrentielle", en est partie intégrante.

¹¹⁵ *Ibid.*

Par exemple, le respect de la réglementation sanitaire impose des contraintes économiques aux agriculteurs, éleveurs et commerçants sans pour autant que cela soit considéré comme de l'interventionnisme économique ; de même, à l'époque de l'État-gendarme triomphant, les ultra-libéraux les plus décidés se sont toujours montrés partisans d'une certaine réglementation de la circulation routière et de la navigation, n'hésitant pas à imposer des mesures de sécurité ayant un coût appréciable. Ce que l'on appelle interventionnisme en économie, ce n'est pas la réglementation, c'est le fait, pour l'État, de prendre des décisions qui relèvent normalement des mécanismes de marché, soit en agissant directement lui-même sur un marché donné, soit en influençant les choix des opérateurs économiques par des mesures qui, au lieu d'être prises dans l'intérêt général, le sont dans l'intérêt des entreprises que l'on veut favoriser¹¹⁶.

La réglementation de la liberté de la presse peut sans doute être comparée aux lois "anti-trusts", profondément libérales dans leur essence puisque leur seul but était de permettre le libre jeu de l'économie de marché qui, comme on le sait, s'accommode mal des oligopoles et exclut théoriquement les monopoles ; mais le droit à l'information, dans le contexte de la décision 181 DC, n'est pas comparable au droit à bénéficier d'un enseignement libre financé par l'Etat (il le serait certes encore bien moins à un éventuel "droit au logement" ou "droit au travail"). Car alors il s'agit d'une prestation, d'un *droit* à... qui implique une dépense (ou bien que l'on désigne clairement le prestataire : obligation faite, dans les exemples cités, aux propriétaires d'abriter des sans-logis ou aux employeurs de recruter des chômeurs) et, en effet, cela relève de la philosophie "sociale" qui caractérise le Préambule de 1946 et s'oppose à la philosophie libérale classique. Il est d'ailleurs toujours plaisant de remarquer que les partisans du financement public de l'enseignement libre aient pu faire jouer en leur faveur la distinction toute marxiste entre les libertés formelles ("bourgeoises") et les libertés réelles (du socialisme), en alléguant la nécessité d'une aide publique pour rendre effective la liberté d'enseignement inscrite dans la loi.

La perception nouvelle de la liberté de la presse qui se manifeste dans la décision 181 DC en prenant en considération la liberté des lecteurs résulte certainement bien plus d'une lente maturation des idées depuis le temps des grandes déclarations de principe (1789, 1791) et après un siècle de mise à l'épreuve des faits de la liberté proclamée par la

¹¹⁶ Quand un État - ou une collectivité publique - entretient bien les voies de communication, assure un niveau de sécurité publique satisfaisant, se soucie de l'enseignement, des loisirs et de l'environnement (tout en gardant un niveau d'imposition aussi faible que possible, bien-sûr), cela peut lui coûter assez cher, et est de nature à inciter des entreprises à venir s'installer (un tel phénomène a été établi à Genève, par exemple), mais ce n'est pas de l'interventionnisme, c'est exactement que l'on demande aux institutions dans une optique libérale, c'est une contrepartie des impôts prélevés, qui sont dépensés dans l'intérêt général.

Au contraire, quand on offre des aides et des primes à des entreprises nouvelles, quand on les exonère d'impôts variés, quand on leur fournit gratuitement des terrains, des locaux ou des équipements, cela devient de l'interventionnisme : il est évident que l'on fausse le jeu de la concurrence, en général dans le but déclaré de "favoriser l'emploi local", sans apercevoir que cela pèse, à travers la fiscalité, sur les entreprises déjà installées - donc sur leur emploi - et qu'en outre, cela a tendance à intéresser prioritairement des "chasseurs de primes" dont les promesses d'emploi s'évanouissent lorsque les avantages ne sont plus maintenus. Les libéraux condamnent ces pratiques, car ils constatent que l'argent public est ainsi dépensé dans l'intérêt particulier de quelques entreprises, qui risquent de surcroît de se livrer ensuite, si elles n'ont pas disparu, à un chantage à l'emploi, menaçant de se transporter en un lieu où l'on se montrera plus généreux.

loi de 1881 ; ce lent mouvement de réflexion est comparable à celui qui, ailleurs, sépara les utopistes libéraux et les débuts de l'entreprise capitaliste des lois anti-trusts, et ne doit rien au Préambule de 1946. Ce n'est pas un droit nouveau que l'on oppose à un droit plus ancien, c'est une dimension d'un droit ancien que l'on entend désormais prendre en compte. En ce sens, l'objectif de valeur constitutionnelle n'est donc pas une norme nouvelle mais tout au plus une nouvelle formulation de la norme, sous une forme particulière qui habilite ou invite le législateur à prendre des mesures propres à assurer une meilleure effectivité de la norme considérée dans toutes ses implications.

Un autre *objectif* mentionné dans la décision 181 DC remplit la même fonction : "Considérant que, loin de s'opposer à la liberté de la presse ou de la limiter, la mise en oeuvre de l'objectif de transparence financière tend à renforcer un exercice effectif de la liberté ; qu'en effet, en exigeant que soient connus du public les dirigeants réels des entreprises de presse, les conditions de financement des journaux, les transactions financières dont ceux-ci peuvent être l'objet, les intérêts de tous ordres qui peuvent s'y trouver engagés, le législateur met les lecteurs à même d'exercer leur choix de façon vraiment libre et l'opinion à même de porter un jugement éclairé sur les moyens d'information qui lui sont offerts par la presse écrite" (Grandes décisions, p. 646, 16ème cons.).

Les objectifs de pluralisme et de transparence en matière de presse et de communication audiovisuelle ont été confirmés dans leur principe et dans leur fonction par les décisions 86-210 DC et 86-217 DC : dans les deux cas, la loi nouvelle a été censurée par le Conseil parce qu'elle ne présentait pas suffisamment de garanties en matière de protection du pluralisme.

Les objectifs du respect de la liberté d'autrui et de la sauvegarde de l'ordre public, cités d'abord dans la décision 82-141 DC, ont été repris par la décision 88-248 DC du 17 janvier 1989 *loi d'amnistie*. Pour ce qui est de la liberté d'autrui, le recours à la notion d'*objectif de valeur constitutionnelle* n'était pas nécessaire, car cet objectif découle assez clairement de l'art. 4 de la Déclaration de 1789 ; le texte fondateur de la liberté en cause prévoit lui-même que des limitations devront lui être apportées, même s'il n'indique pas lesquelles :

Art.4.- La liberté consiste à pouvoir faire tous ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.

Le mécanisme est bien celui qui caractérise les *objectifs de valeur constitutionnelle* : une liberté ne déploie vraiment ses effets que si on lui fixe certaines limites pour éviter que son usage excessif par certains individus n'empêche ses autres destinataires d'en bénéficier.

S'agissant de la sauvegarde de l'ordre public, la situation est quelque peu différente ; il est difficile de rattacher cet objectif à un texte précis, de droit interne du moins : c'est finalement le système juridique tout entier qui présuppose l'existence d'un certain ordre public (B. Genevois établit une relation entre cet objectif et l'art. 28 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 : "Tout personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les

droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet”)¹¹⁷.

Suivant le contexte, le juge prend en considération tel ou tel aspect de l'ordre public pour s'assurer que le législateur garantisse les droits constitutionnels. Ainsi, dans la décision 80-127 DC des 19-20 janvier 1981 *sécurité et liberté*, le juge constitutionnel, bien que n'utilisant pas encore l'expression “*objectif de valeur constitutionnelle*”, justifiait les contrôles d'identité introduits par le législateur par la nécessité de rechercher les auteurs d'infractions, de prévenir les atteintes à l'ordre public, notamment les atteintes à la sécurité des personnes et des biens, pour mettre en oeuvre des principes et des droits ayant valeur constitutionnelle¹¹⁸. Dans la décision 85-127 DC du 25 janvier 1985 *état d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, le Conseil déclarait : “considérant qu'en vertu de l'art. 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que, dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré” ; il admettait ensuite la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence pour concilier les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public.

La sauvegarde de l'ordre public n'apparaît donc pas comme une notion autonome, malgré l'emploi du verbe *concilier*, mais comme une condition nécessaire à l'exercice de la plupart des droits et libertés, qui appelle, à ce titre et comme tous les *objectifs*, des dispositions législatives appropriées.

Nous ne pensons pas, cependant, que l'on puisse dire que les objectifs de valeur constitutionnelle se ramènent “à un procédé juridique posant en termes d'exigence de rang constitutionnel une éthique sociale limitative des libertés individuelles sous le contrôle directif du Conseil constitutionnel”. L'auteur de cette formule, Bertrand Faure¹¹⁹, portant un regard systématique sur l'ensemble des objectifs estime en 1996 que “*le perfectionnement de l'ordre social est leur manteau commun. L'individu y est reçu dans ses relations avec les autres individus mais toujours pour l'intérêt de la paix publique sous l'encadrement des valeurs portées par ces objectifs (logement décent pour tous, ordre, pluralisme, santé, lutte contre la fraude...). Ceux-ci sont plus subtilement tournés vers la supériorité de l'intérêt général sur la personne. l'individu est le débiteur des objectifs de valeur constitutionnelle dont la poursuite amène à poser des bornes à sa liberté d'entreprendre et à son droit de propriété essentiellement*”. Bertrand Faure concède bien qu'il serait à la fois excessif et réducteur d'assimiler la catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle à celle des “*principes particulièrement nécessaires à notre temps*”,¹²⁰ mais l'emploi répété de l'adjectif “social” dans sa caractérisation des objectifs, le qualificatif de droits créances qu'il utilise, tout indique que, pour lui, les objectifs *ont en commun de soutenir l'intérêt collectif* et représenteraient à ce titre une nouvelle génération de droits, née avec le Préambule de 1946.

Mais cela ne peut-il pas, au fond, être dit de toute règle de droit ? Sans même parler de la réglementation de la circulation, de la pêche et de la chasse, des pans entiers

¹¹⁷ *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs*, STH, Paris 1988, p. 205.

¹¹⁸ *Grandes décisions*, p. 481.

¹¹⁹ *Art. cit.*, p. 77.

¹²⁰ *Ibid.* p. 60-61.

du droit civil ne font-ils pas prévaloir des intérêts collectifs sur ceux de l'individu ? Inversement, peut-on vraiment affirmer qu'un "objectif" comme celui de la sauvegarde de l'ordre public soit l'expression d'une éthique sociale limitative des libertés individuelles ? Il faudrait alors admettre que les dictatures, généralement particulièrement soucieuses de la sauvegarde de l'ordre public, soient des modèles d'éthique sociale...au moins sur ce point.

Nous ne pensons donc pas qu'il faille chercher une unité de la catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle dans le type d'intérêts qu'ils font prévaloir, puisque ces derniers sont assez variés pour que l'on puisse y trouver l'expression de droits et principes très divers, appartenant à toutes les générations, y compris les plus classiques comme le respect des libertés d'autrui et la sauvegarde de l'ordre public.

En revanche nous constatons que les objectifs, considérés en tant que mécanisme particulier (et non d'après leur contenu, qui est trop hétérogène comme nous l'avons vu), ne sont pas seulement une habilitation donnée au législateur, mais en même temps un instrument original de contrôle de son activité, et c'est probablement là que réside leur unité fonctionnelle ; bien-sûr on pourrait, là encore, dire de toute norme constitutionnelle qu'elle est à la fois habilitation et restriction à l'activité du Parlement ; mais la technique des objectifs de valeur constitutionnelle, par sa grande souplesse, par la liberté qu'elle donne au juge de choisir à sa guise, parmi les objectifs possibles, ceux qu'il retiendra et l'importance relative qu'il leur accordera, constitue bien, comme le dit Bertrand Faure, une "*méthode d'encerclement*" originale au regard du contrôle plus classique qui consiste à apprécier la compatibilité du contenu d'une norme à celui d'une norme supérieure directement formulée¹²¹ .

B - Un caractère normatif discuté.

La définition de l'objectif de valeur constitutionnelle qui a été dégagée précédemment, comme une nouvelle formulation d'une norme préexistante, qui réclame du législateur des mesures d'exécution, et à laquelle le juge fait jouer un rôle de conciliation, mais aussi d'encadrement de l'activité du législateur, semble exclure qu'il s'agisse d'une pure création jurisprudentielle (dans son contenu bien sûr, car le juge a évidemment une large maîtrise de l'appellation de ses normes de référence et des modalités de leur mise en oeuvre). Pourtant un doute subsiste : pourquoi des auteurs comme Bruno Genevois ou Jacques Robert rangent-ils les *objectifs* parmi les normes constitutionnelles qui ne se rattachent pas à un texte ? Pour J. Robert, "notamment depuis 1982 le Conseil constitutionnel n'a pas hésité à créer, de toutes pièces, quand il le fallait, une nouvelle catégorie de références : *les objectifs à valeur constitutionnelle*. Certes, certains de ces objectifs, comme la transparence financière des entreprises de presse ou le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale, ont été déduits des dispositions de l'art. 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui proclament la libre communication des pensées et des opinions, mais d'autres, comme la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels ne peuvent être rattachés à aucun texte

¹²¹ B. FAURE, *art. cit.* p. 64-65.

précis”¹²². Plus loin, évoquant la rédaction éventuelle d’une *charte exhaustive des libertés* (pour la rejeter d’ailleurs), il écrit : “lié par une liste limitative qui s’imposerait à lui, le Conseil n’aurait plus besoin de créer *ex nihilo* principes ou objectifs”¹²³. Il semble donc bien que pour le membre du Conseil qu’est M. Robert, les *objectifs* soient, tout autant que les principes de valeur constitutionnelle, une création du juge. MM. Favoreu et Philip évoquent le “caractère normatif des décisions telles que celle des 10-11 octobre 1984”, et sont d’avis que “cela peut ouvrir une controverse (...) sur la légitimité de cette activité à caractère normatif du juge”¹²⁴. Dominique Rousseau souligne la particularité de la démarche du Conseil, qui évite de se référer à une disposition unique et préfère en appeler à plusieurs principes qu’il s’emploie à concilier pour définir un “juste milieu constitutionnel dont il va vérifier le respect par le législateur”. Pour cet auteur, “les exemples jurisprudentiels ne manquent pas tant ce procédé est couramment utilisé : conciliation entre le droit de grève et le principe de continuité de service public ; entre la liberté de conscience et la sauvegarde du caractère propre des établissements privés, élément du principe de la liberté de l’enseignement ; entre la liberté d’aller et venir et la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle comme la sécurité des biens et des personnes ; entre la liberté de communication et les *objectifs de valeurs constitutionnelles* (sic) que sont la sauvegarde de l’ordre public, le respect de la liberté d’autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d’expression socio-culturels ; entre les exigences de la liberté individuelle et de l’inviolabilité du domicile et celles de la nécessité de l’impôt impliquant la lutte contre la fraude fiscale... On peut s’étonner de la facilité avec laquelle le Conseil distribue le label constitutionnel, discuter le caractère réellement équilibré des conciliations opérées et la faveur souvent accordée aux droits de 1789, on peut critiquer la qualité politique de la conciliation, mais on doit reconnaître que le Conseil s’appuie sur elle comme méthode pour éviter de dépendre d’un seul texte qui le fermerait aux évolutions ou les rendrait plus difficiles : en gérant des principes qu’il pose comme contradictoires, il se donne les moyens d’adapter sa jurisprudence au temps”¹²⁵.

Si l’on admet que l’objectif de valeur constitutionnelle n’est pas un principe créé par le juge, mais seulement la “reformulation d’une liberté existant par ailleurs”¹²⁶, le “corollaire nécessaire à la mise en oeuvre d’un droit constitutionnellement reconnu”¹²⁷, il n’y aurait pas alors création par le juge d’une norme non écrite ; mais est-ce vraiment le cas de tous les *objectifs* ?

On veut bien admettre que la liberté des lecteurs soit incluse dans l’art. 11 de la Déclaration de 1789 (ce qui est beaucoup moins évident pour les autres sources citées par les auteurs de la saisine ayant donné lieu à la décision *entreprises de presse* : la Constitution de 1791 et la loi de 1881 ne concernaient visiblement que ceux qui “font” la presse et non ceux qui la lisent ; on comprend donc que le Conseil, plutôt que se référer

¹²² La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français, RDP 1990 p. 1262.

¹²³ *Ibid* p. 1267.

¹²⁴ *Grandes décisions*, 4ème éd., p. 661.

¹²⁵ D. ROUSSEAU, *Une résurrection : la notion de Constitution*, RDP 1 1990, p. 14.

¹²⁶ David CAPITANT, mémoire de DEA, Paris 1, 1991, p. 43.

¹²⁷ Bruno GENEVOIS, *op. cit.* p. 205.

simultanément aux diverses sources de la liberté de la presse, n'ait retenu que le texte de 1789, qui seul permettait une reformulation dans le sens souhaité).

On admet également, avec peut-être quelques réserves, que des contrôles d'identité, en des circonstances déterminées, soient nécessaires à la recherche des auteurs d'infractions et, par là, à la "sauvegarde de droits et valeurs constitutionnelles" (décision 93-323 DC du 5 août 1993) comme la sécurité des personnes et des biens, dès lors que des garanties raisonnables rendent ces contrôles compatibles avec le respect de la liberté individuelle.

Mais où pourrait mener la traduction dans les faits de l'objectif de "préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels", objectif de valeur constitutionnelle évoqué en 1982 ? Qu'est-ce d'ailleurs qu'un courant d'expression socio-culturel ? L'art. 11 de la Déclaration de 1789 peut-il être *reformulé* à ce point ? Sommes-nous encore en présence d'une certaine lecture d'une règle existante, ne nous rapprochons-nous pas de la création d'une règle nouvelle ?

Il faut donc opérer une distinction entre les différents objectifs, et reconnaître que si certains d'entre eux peuvent être considérés comme intégrés à des normes constitutionnelles écrites, d'autres se rapprochent de la création jurisprudentielle¹²⁸.

La technique des objectifs de valeur constitutionnelle paraît ainsi offrir au juge des potentialités créatrices plus grandes encore que celles des P.F.R.L.R., et, sous l'angle de la distance que cela permet de prendre vis-à-vis des textes, comparables à celles des *principes de valeur constitutionnelle*. Il n'est pas certain, pourtant, et contrairement aux apparences, que ce soient là les principales manifestations du pouvoir créateur du juge.

¹²⁸ B. Faure, s'interrogeant quant au rang des objectifs de valeur constitutionnelle dans la hiérarchie des normes, s'oppose à l'idée reçue selon laquelle la conciliation de ces objectifs aux autres droits et libertés impliquerait leur égalité de rang hiérarchique ; mais selon lui, pour démontrer leur infra-constitutionnalité, il faudrait admettre qu'ils *sont une production normative du Conseil constitutionnel et suivent la dépendance hiérarchique de la fonction de contrôle de constitutionnalité vis-à-vis du Texte fondamental* (art. cit. p. 74-75). Les conditions qu'il pose à la reconnaissance du caractère jurisprudentiel des objectifs (que nous analysons dans notre seconde partie) sont si restrictives (en particulier, il exige *une "reconnaissance de paternité" de la part du juge*, un endossement de responsabilité du processus normatif de sa part) qu'il est conduit à conclure négativement, et donc à admettre leur pleine valeur constitutionnelle.

Chapitre III

LE POUVOIR CRÉATEUR EN PRÉSENCE DE DISPOSITIONS ÉCRITES

Lorsque le juge constitutionnel est en présence de notions générales et vagues, il est assez naturel qu'il les interprète, et même qu'il les concrétise, c'est-à-dire qu'il leur donne la substance nécessaire à leur mise en oeuvre. C'est ainsi que le Tribunal fédéral suisse a, par exemple concrétisé de manière assez large le principe d'égalité posé par l'art. 4 de la Constitution fédérale : M. Rossinelli, dans son ouvrage précité, montre de manière détaillée comment cette activité de concrétisation peut, à bien des égards, se rapprocher de la création proprement dite, et il estime que le Tribunal fédéral a donné à cette disposition "une portée imprévisible" (*op. cit.*, p. 50) en y rattachant un nombre remarquable de droits et de principes constitutionnels, parmi lesquels on peut citer l'interdiction du déni de justice formel et matériel, le droit d'être entendu, l'assistance judiciaire gratuite, l'obligation de motiver les décisions ; nous avons déjà observé (au premier chapitre) que la garantie de la propriété, avant de devenir un droit fédéral non écrit en 1959, était elle aussi assurée par le biais de l'art. 4. Le plus remarquable dans cette jurisprudence est que l'art. 4 n'est pas cité comme la source immédiate du droit ou principe proclamé, mais apparaît simplement comme un *point d'appui*, qui n'intervient que secondairement dans le raisonnement du juge : l'analyse lexicale montre que la référence à l'art. 4 est presque toujours précédée de formes adverbiales telles que *d'ailleurs* ou *encore*. Ainsi le Tribunal fédéral déclarait-il, en 1880, à propos de la compétence de la Confédération pour connaître des dénis de justice : "Bien que la Constitution fédérale soit muette à cet égard (...) c'est là-même une conséquence nécessaire, découlant d'un principe supérieur de droit public qui n'a nullement besoin d'être exprimé (...) telle est la jurisprudence fédérale et cette jurisprudence constante trouve encore un point d'appui dans l'art. 4 de la Constitution fédérale, proclamant l'égalité des citoyens devant la loi (...)"¹²⁹. Pour M. Rossinelli, cette attitude du juge est caractéristique de l'activité de concrétisation : le juge fonde sa décision sur des représentations de justice et non pas sur le texte constitutionnel qui apparaît comme un point de rattachement symbolique légitimant la décision prise, et non comme le point de départ d'un raisonnement de type interprétatif.

Le juge est ainsi amené à exercer un pouvoir créateur qui se couvre de la référence à une disposition constitutionnelle, parce qu'il n'existe pas de disposition mieux adaptée ; dans la quasi totalité des cas, il existe un lien logique entre le texte constitutionnel et la règle ou le principe dégagé par le juge, même si le rattachement à la Constitution écrite paraît un peu forcé. Il arrive pourtant que le Tribunal fédéral, emporté par la conviction de rencontrer un consensus, bouscule quelque peu les règles d'interprétation qu'il a lui-même posées, et

¹²⁹ arrêt *Gisler* du 10 juin 1880, JdT 1880, p. 801.

même qu'il viole ouvertement le texte constitutionnel sous couvert d'interprétation (1). Le juge constitutionnel français n'a pas eu l'occasion de développer une jurisprudence créatrice relative à la concrétisation du principe d'égalité qui soit comparable à celle du Tribunal fédéral ; la raison en est, peut-être, que ce principe, sous ses divers aspects, est mentionné dans de nombreux textes constitutionnels : la Constitution de 1958 (art. 2 et 3), le Préambule de 1946 (al. 1er, 3, 12 et 13), la Déclaration de 1789 (art. 1er, 6 et 13), ce qui permet de faire face à la plupart des situations sans artifice¹³⁰. En d'autres matières cependant, les textes ménagent au juge français de vastes possibilités de concrétisation, qu'il s'agisse de solliciter une disposition au contenu imprécis, ou, par le mécanisme des P.F.R.L.R., d'accorder ou de refuser le label constitutionnel à un principe républicain (2).

1. La diversité des méthodes d'interprétation du Tribunal fédéral : de l'arrêt *Quinche* à l'arrêt *Rohner*.

Le suffrage féminin ne s'est imposé que relativement tard en Suisse, en partie pour des raisons socio-culturelles propres à ce pays, mais aussi en raison de la soumission de la révision constitutionnelle au vote populaire, ce qui supposait que l'on parvienne à convaincre la majorité des électeurs (les hommes, en l'occurrence) dans la majorité des cantons. L'attribution du droit de vote aux femmes sur le plan fédéral fut encore rejetée en 1959 par 19 cantons sur 22, et par 2 électeurs sur 3 ; ce n'est qu'en 1971 qu'elle fut enfin acceptée. Sur le plan cantonal, la reconnaissance du suffrage féminin était acquise, en 1974, dans tous les cantons sauf ceux d'Appenzell :

- le demi-canton d'Appenzell-Rhodes extérieures le refusa pour les affaires cantonales (mais non pour les affaires communales) jusqu'à la Landsgemeinde du 30 avril 1989¹³¹.

- le demi-canton d'Appenzell-Rhodes intérieures demeurait en 1990 obstiné dans son refus.

Le Tribunal fédéral, saisi par des citoyennes de ce demi-canton (et par des hommes qui partageaient leur point de vue) désirant participer à la vie politique cantonale, leur accorda satisfaction par la voie d'une interprétation de la Constitution cantonale conforme à la Constitution fédérale ; pourtant, trente-trois ans auparavant, il avait rejeté le recours de femmes vaudoises en interprétant restrictivement la notion de "Suisse" (A). La nouvelle interprétation donnée dans l'arrêt de 1990 s'appuie sur le changement de contexte constitutionnel général, mais ce faisant, elle méprise délibérément une disposition constitutionnelle fédérale expresse qui autorise les cantons à conserver le suffrage masculin sur le plan interne (B).

¹³⁰ Rien n'aurait cependant empêché le Conseil constitutionnel de *concrétiser* plus largement le principe d'égalité, par exemple en subordonnant plus étroitement la poursuite, par le législateur, d'un but d'intérêt public à l'absence d'atteinte au principe d'égalité.

¹³¹ L'auteur conserve le souvenir de cette matinée pluvieuse où un vote à main levée d'allure assez indécise finit par l'accepter.

A - L'arrêt *Quinche* de 1957 : le refus d'une révision de la constitution par voie d'interprétation.

Antoinette Quinche et d'autres femmes vaudoises avaient demandé à être inscrites au rôle des électeurs, ce qui leur fut successivement refusé par les autorités locales et par le Conseil d'Etat du canton de Vaud ; elles demandèrent alors au Tribunal fédéral d'annuler la décision du Conseil d'Etat, alléguant que l'art. 23 de la Constitution vaudoise, selon lequel "sont citoyens actifs tous les Suisses âgés de 20 ans révolus, établis ou en séjour dans le canton depuis trois mois et n'exerçant pas leurs droits politiques dans quelque autre État de la Confédération", pouvait parfaitement être compris comme n'excluant pas expressément les femmes du droit de vote. Selon les recourantes, ce texte, si l'on voulait bien abandonner une interprétation historique, pouvait être adapté à l'évolution des idées, les circonstances actuelles ne justifiant plus un traitement différent des sexes quant à l'octroi du droit de vote. Le Tribunal rejeta leur recours le 26 juin 1957 par un arrêt¹³² dont la motivation offre un exposé remarquable des méthodes d'interprétation du juge fédéral suisse.

Le Tribunal fédéral exposa d'abord que si, dans le langage courant, le mot "Suisses" désignait aussi bien les hommes que les femmes, il n'en allait pas de même dans la terminologie technique utilisée par la constitution : par exemple, "à l'art. 3 de la Constitution vaudoise, en vertu duquel *tout Suisse habitant le canton est tenu au service militaire*, le mot *Suisse* visait incontestablement les hommes seulement, à l'exclusion des femmes. Le terme "Suisse" utilisé à l'art. 23 Cst. vaud. n'avait donc pas, selon le Tribunal, un sens clair et indiscutable, force était donc de l'interpréter. Le juge devait découvrir le sens de la norme, ce sens pouvant être celui que le législateur historique a voulu donner au texte, mais aussi "celui que doit avoir le texte pour être applicable aujourd'hui de manière raisonnable". Le Tribunal déclara se rattacher, dans ses arrêts récents, à cette seconde définition du sens de la norme : "la volonté du législateur doit être dégagée de la loi elle-même, de son texte, de sa logique interne, du but qu'elle se propose. Ce qui importe, ce n'est pas le sens qu'a pu attribuer à une disposition le législateur historique, voire telle ou telle personne qui a été mêlée à l'élaboration de la loi ; c'est le sens qui résulte de tout le système de la loi, compte tenu des circonstances actuelles et de l'état de développement de la technique". Mais il ajouta aussitôt qu'il serait "faux cependant de croire qu'en posant ces principes, le Tribunal fédéral a entendu se rallier résolument à l'interprétation dite objective et abandonner du même coup l'interprétation historique. Un examen attentif de sa jurisprudence montre au contraire qu'il n'exclut aucune méthode de manière absolue mais qu'il recourt aux procédés d'interprétation qui lui paraissent, dans le cas particulier, les plus propres à dégager le véritable sens de la norme".

Si donc la tendance générale du Tribunal fédéral était empreinte d'une certaine réserve à l'égard de l'interprétation historique, en raison de la difficulté que l'on éprouve le plus souvent à connaître "de façon certaine la volonté réelle et complète du législateur", il arrivait que l'on puisse établir avec une parfaite clarté le sens que l'auteur de la loi a entendu donner aux termes qu'il a utilisés ; dans ces hypothèses, le Tribunal considérait qu'il devait se conformer à l'intention du législateur historique, à moins que le sens qu'à l'époque on a entendu donner à la loi ne soit incompatible avec le texte de celle-ci ou absolument

¹³² ATF 83, I, p. 173 à 183.

inacceptable en pratique. A plus forte raison, dit-il, doit-il en être ainsi lorsqu'une pratique absolument constante montre que les autorités chargées d'appliquer la disposition ou les particuliers qui y sont soumis l'ont toujours comprise de la même manière que le législateur historique : *“Quand cette pratique constante s'étend sur un grand nombre d'années, qu'elle acquiert ainsi le caractère d'une sorte de coutume, elle confère au sens voulu à l'origine par le législateur une force particulière. La disposition ne s'impose plus alors au juge par son seul texte mais aussi par la pratique qui l'a toujours comprise dans un sens bien défini. Malgré l'absence des termes qui, d'un point de vue purement formel et extérieur, donneraient sans discussion possible à la disposition le sens que le législateur puis la pratique lui ont certainement et toujours conféré, le juge doit considérer que le texte ne souffre pas une interprétation nouvelle. Autrement dit, dans cette hypothèse particulière et d'ailleurs rare, la disposition dont les termes pris en eux-mêmes sont ambigus et pourraient recevoir une autre interprétation sans faire violence au texte, équivaut en réalité à une règle que le législateur aurait rédigée en des termes rendant exactement son intention. Le juge ne se trouve plus en présence d'un texte seulement mais d'un texte doublé d'un usage. Il est alors lié tout comme il l'est par une disposition qui ne souffre aucune interprétation parce qu'elle possède un sens absolument clair. Si, en pareil cas, il s'écarterait du sens voulu par le législateur et confirmé par la pratique constante, il ferait un acte qui reviendrait en fait à modifier la loi. Or, s'il possède bien le pouvoir de compléter la loi lorsqu'elle présente une lacune, il n'a pas en revanche celui de la modifier. Ce droit n'appartient qu'à l'autorité législative. Le particulier qui voudrait donner à la norme un sens différent doit donc avoir recours non point au juge mais au législateur”*¹³³.

Pour résumer, à ce point, l'argumentation du Tribunal fédéral, on peut donc dire qu'en présence d'un texte doublé d'une pratique constante, le juge ne peut s'écarter du sens voulu par le législateur historique sans empiéter sur le pouvoir législatif.

Ceci posé, la solution s'imposait : les constitutions du canton de Vaud, qu'il s'agisse de celles de 1845, de 1861 ou de 1885, cette dernière étant encore en vigueur en 1957 et n'ayant pas été modifiée quant à la détermination des citoyens actifs, n'avaient jamais entendu par les termes de *Confédérés*, *Vaudois* ou *Suisses* autre chose que les hommes : eux seuls jouissaient des droits politiques, à aucun moment les femmes habitant le canton de Vaud n'avaient été admises à participer à des élections ou à des votations. Plus encore, en 1950 les autorités vaudoises avaient proposé au peuple une modification de la Constitution conférant aux femmes le droit de prendre part à certaines élections et votations, et cette modification avait été refusée. Ainsi le sens donné par le constituant de 1885 était clair, et confirmé par une pratique absolument constante : le mot *Suisses* ne pouvait, en matière de droits politiques, concerner que les hommes.

Il s'ajoutait une autre question, propre à un État fédéral comme la Suisse, celle de la conformité de la constitution cantonale à la constitution fédérale : la disposition constitutionnelle vaudoise réservant le vote aux hommes était-elle compatible avec le principe d'égalité proclamé par l'art. 4 de la Constitution fédérale ? Ce principe n'imposait-il pas au constituant vaudois l'obligation d'accorder aux femmes les mêmes droits politiques qu'aux hommes ? Le Tribunal fédéral estima que cette question devait demeurer indécise, rappelant que, comme le montrait sa jurisprudence constante, il s'était toujours refusé à examiner un problème de cette nature : en effet, disait-il, les cantons sont tenus de demander à la

¹³³ ATF 83 I p. 179 - 180.

Confédération la garantie de leur constitution, qui leur est accordée ou refusée par l'Assemblée fédérale. Comme celle-ci doit examiner à ce moment-là si la constitution cantonale est ou non conforme à la constitution fédérale, cela exclut qu'une autre autorité se livre au même examen. En effet, l'art. 6 de la Constitution fédérale dispose :

Art. 6

- 1 Les cantons sont tenus de demander à la Confédération la garantie de leurs constitutions.
- 2 Cette garantie est accordée, pourvu
 - a. que ces constitutions ne renferment rien de contraire aux dispositions de la constitution fédérale ;
 - b. qu'elles assurent l'exercice des droits politiques d'après des formes républicaines - représentatives ou démocratiques ;
 - c. qu'elles aient été acceptées par le peuple et qu'elles puissent être révisées lorsque la majorité absolue des citoyens le demande.

L'art. 85, quant à lui, énonce :

Art. 85

Les affaires de la compétence des deux conseils sont notamment les suivantes :

(...)

7. La garantie des constitutions et du territoire des cantons ; l'intervention par suite de cette garantie ; les mesures pour la sûreté intérieure de la Suisse, pour le maintien de la tranquillité et de l'ordre ; l'amnistie et le droit de grâce.

(...)

Ces dispositions relatives à la garantie fédérale étaient, de jurisprudence constante, considérées par le juge fédéral comme des dispositions spéciales l'emportant sur celles de l'art. 113 qui prévoit, de manière générale, la compétence du Tribunal fédéral pour connaître des réclamations des citoyens pour violation de leurs droits constitutionnels. En l'espèce, la Constitution vaudoise de 1885 ayant été garantie par l'Assemblée fédérale la même année, à une époque où, de toute évidence, elle considérait que les femmes étaient exclues des droits politiques, il n'existait pas de contradiction entre la disposition cantonale et la Constitution fédérale.

Un dernier argument était présenté par le Tribunal fédéral : en lui demandant d'annuler non pas l'art. 23 Cst. vaud., mais la décision qui leur refusait d'exercer des droits politiques, Antoinette Quinche et les autres recourantes auraient provoqué, si elles avaient obtenu satisfaction, la modification de l'art. 23 en éludant les règles auxquelles la révision de la constitution est soumise : la disposition nouvelle aurait échappé au vote populaire. Il était clair pour le Tribunal fédéral que, selon ses propres termes, il "ne saurait prêter la main à pareille tentative".

B - L'arrêt *Rohner* de 1990 : une interprétation "contemporaine" ?

La situation en 1990 n'était certes plus la même qu'en 1957 : entre-temps, le suffrage féminin avait été introduit au niveau fédéral, mais avec ce que la doctrine suisse appelle la réserve du droit cantonal ; depuis le 7 février 1971, en effet, l'art. 74 de la Constitution fédérale dispose, en son premier alinéa :

Les Suisses et les Suissesses ont les mêmes droits et les mêmes
devoirs en matière d'élections et de votations fédérales.

L'alinéa 4 du même article précise :

“Le droit cantonal demeure réservé pour les votations et élections cantonales et communales”.

La volonté du constituant était ainsi clairement exprimée : les cantons pouvaient réserver l'exercice des droits politiques aux hommes.

En 1981, une autre modification avait été apportée à la Constitution fédérale : l'art. 4, relatif à l'égalité devant la loi, se vit ajouter un second alinéa consacrant l'égalité entre les sexes :

L'homme et la femme sont égaux en droits. La loi pourvoit à l'égalité,
en particulier dans les domaines de la famille, de l'instruction et du travail.
Les hommes et les femmes ont droit à un salaire égal pour un travail de
valeur égale.

On constate que cette disposition ne visait pas précisément l'égalité des droits politiques. La réserve cantonale de l'art. 74 al. 4 restant en vigueur, il paraît évident que le constituant de 1981 n'entendait pas modifier la situation interne des cantons en matière de droits politiques ; le Conseil fédéral, dans son message précédant la votation populaire, précisait que le droit cantonal restait déterminant pour ce qui était du droit de vote en matière cantonale et communale, et il concluait ainsi son commentaire du nouvel alinéa de l'art. 4 : “Nous continuerons de laisser le soin aux cantons d'accorder ou non - malgré la garantie constitutionnelle de l'égalité des droits entre les sexes - l'égalité des droits politiques aux femmes en matière cantonale et communale”¹³⁴. Le Conseil fédéral manifestait ainsi on ne peut plus clairement son intention de respecter la structure fédérale de l'Etat, et donc de ne pas intervenir dans l'organisation des cantons.

Au printemps 1990, le demi-canton d'Appenzell-Rhodes-Intérieures demeurait le seul à profiter de la réserve de l'art. 74 al. 4 pour ne pas octroyer le droit de vote aux femmes sur le plan interne ; la Landsgemeinde du 29 avril 1990 ayant encore rejeté une proposition en ce sens, le Tribunal fédéral se trouva saisi de plusieurs recours : celui de Theresa Rohner, celui d'Ursula Baumann et 52 autres femmes, et celui Mario Sonderegger et 48 autres citoyens, tous se fondant sur la violation de l'art. 4 al. 2 de la Constitution fédérale (“L'homme et la femme sont égaux en droits...”) par l'art. 16 de la Constitution cantonale, dont l'alinéa premier dispose :

Ont le droit de vote dans la Landsgemeinde et dans les assemblées communales
tous les ressortissants du canton (Landleute) et les autres Suisses domiciliés
dans le canton, qui ont accompli leur vingtième année et qui sont inscrits au
registre civique.

¹³⁴ Feuille fédérale 1980, I, p. 146.

Cette disposition avait toujours été comprise comme ne concernant que les hommes, ainsi que l'attestait le port de l'épée par les participants (port prévu par une ordonnance de 1924) et l'alinéa 4 de ce même article 16 de la Constitution cantonale, qui prévoyait seulement la possibilité d'accorder le droit de vote aux femmes dans les paroisses et les communes scolaires.

Le recours de Theresa Rohner fut déclaré irrecevable en raison de l'insuffisance de ses conclusions, mais les deux autres recours furent admis, et l'arrêt qui porte son nom¹³⁵ lui donna satisfaction sur le fond : le Tribunal fédéral affirma la possibilité d'interpréter l'art. 16 Cst. cant. de façon conforme à la Constitution fédérale en comprenant aussi les femmes sous les termes de "ressortissants du canton" et de "Suisse". Ce changement d'attitude assez radical par rapport à l'arrêt *Quinche* a été, semble-t-il, surtout apprécié quant au résultat : les femmes jouissent désormais de l'intégralité des droits politiques dans toute la Suisse ; mais ce résultat, si souhaitable qu'il fût, n'a-t-il pas été obtenu en malmenant le droit fédéral et en ignorant dangereusement la procédure démocratique ?

Que le Tribunal fédéral ait changé de méthode d'interprétation est déjà discutable quand on connaît la vigueur des arguments présentés en 1957 : on admet volontiers que le contexte fédéral ait changé, que l'art. 4 Cst. féd. concerne désormais les femmes d'une manière générale. On admet aussi que la garantie fédérale, accordée par l'Assemblée fédérale le 16 décembre 1971 à cet art. 16 alinéa 4 de la Constitution appenzelloise en application des articles 6 et 85 alinéa 7 Cst. féd., n'empêchait pas a priori l'examen par le Tribunal fédéral de la compatibilité de la disposition cantonale avec le droit fédéral dans la mesure où ce dernier était entré en vigueur après l'octroi de la garantie fédérale. On aurait pu admettre à la rigueur que le juge fédéral constate la contradiction existant entre la disposition cantonale et le nouvel esprit de la Constitution fédérale, mais là devait s'arrêter son rôle : en se livrant à une interprétation "conforme à la Cst. féd. actuelle", il a fait litière de toute l'argumentation qu'il avait développée en 1957 à l'occasion de l'arrêt *Quinche* ; en effet, en 1990 encore, ne pouvait exister aucun doute sur l'intention du constituant appenzellois ; une interprétation littérale des termes "ressortissants du canton" et "Suisse" ignorait délibérément "le sens absolument clair" voulu par le législateur cantonal et doublé d'une pratique constante s'étendant sur un grand nombre d'années, pratique qui confère à la disposition "une force particulière", et qui doit amener le juge à considérer que le texte ne souffre pas une interprétation nouvelle. Si en 1957, s'écarter du sens clair voulu par le législateur revenait en fait à modifier la loi, pouvoir qui n'appartient pas au juge selon le Tribunal fédéral lui-même¹³⁶, on comprend mal pourquoi cela n'était plus vrai en 1990.

On comprend encore moins bien que le Tribunal fédéral ait pu ignorer la réserve du droit cantonal de l'art. 74 al. 4 Cst. féd., disposition spéciale concernant exclusivement le droit de vote, en prétendant qu'elle devait s'effacer devant le nouvel art. 4 al. 2, qui a certes été adopté postérieurement, mais qui n'est qu'une disposition à portée générale qui, dans les quelques exemples qu'elle contient, omet significativement le droit de vote. Le suffrage féminin n'étant pas évoqué par le nouvel art. 4, et la réserve du droit cantonal n'étant pas abrogée, le juge fédéral ne pouvait sortir ainsi de son rôle et modifier le sens de la Constitution cantonale sans violer la Constitution fédérale : si regrettable que puisse être le

¹³⁵ ATF 116 la p. 359. *Theresa Rohner et consorts c. canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures*, 27 novembre 1990. JdT 1990 I p.98 à 116.

¹³⁶ Arrêt *Quinche* précité, ATF 83 I p. 179 - 180.

maintien de la réserve de l'art. 74, ce n'était pas au juge d'y remédier, mais au constituant fédéral.

Pour justifier la neutralisation de la réserve du droit cantonal, le Tribunal fédéral invoque le temps qui s'est écoulé entre 1971, date de son adoption, et 1981, date de l'adoption du nouvel art. 4 proclamant l'égalité des droits entre les hommes et les femmes. C'est un argument étonnant dans son principe : que deviendrait la sécurité juridique dans un système de droit où n'importe quelle *lex specialis* pourrait être ignorée une dizaine d'années après son adoption dès lors que l'on pourrait invoquer "les changements qui se sont produits depuis lors dans les mentalités et dans les conceptions sociales et politiques"¹³⁷ ?

Nous avons déjà observé que, dans sa nouvelle rédaction, l'art. 4 Cst. féd. n'évoque l'égalité des droits que dans les domaines de la famille, de l'instruction et du travail ; s'il ne dit rien de l'égalité des droits politiques, c'est précisément parce que la réserve de l'art. 74 al. 4 paraissait suffisante : si le constituant de 1981 avait entendu établir l'égalité complète comme le prétend le Tribunal fédéral, il n'aurait pas manqué de mentionner les droits politiques à l'art. 4 al. 2, et il aurait évidemment abrogé l'art. 74 al. 4. Nous ne pouvons donc que souscrire à l'avis exprimé par le Professeur E. Grisel ¹³⁸ : "Le Tribunal fédéral impose sa propre solution à un problème qui relevait des autorités politiques".

2. La liberté du juge constitutionnel français face aux textes.

Le juge français peut refuser d'accorder le label constitutionnel à certains principes républicains qui sont pourtant assez nettement affirmés, comme le principe de la gratuité de la circulation sur les voies publiques (A) tandis qu'il admet assez facilement de reconnaître comme principes fondamentaux reconnus par les lois de la République d'autres principes ayant une assise législative beaucoup plus floue : on ne peut manquer d'évoquer, à cet égard, le principe constitutionnel de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur, principe fondamental reconnu par les lois de la République que le Conseil constitutionnel déduisit¹³⁹ avec une indéniable bienveillance de lois qui n'évoquaient que l'indépendance à l'égard du gouvernement, en matière de mandat parlementaire, et non l'indépendance à l'égard des autres catégories d'enseignants ; n'eût-il pas été préférable de consacrer cette indépendance à l'intérieur du corps enseignant comme un principe de valeur constitutionnelle, c'est-à-dire comme une création jurisprudentielle, plutôt qu'en appeler à l'intention du législateur de la Seconde République, qui n'avait à l'esprit que le régime des incompatibilités entre le mandat parlementaire et les fonctions publiques ?

Il arrive également au juge français de donner une portée imprévisible à une disposition du texte constitutionnel lui-même : un exemple récent en est donné par la lecture qui est faite de l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946 (B).

A - Les vicissitudes du principe de la gratuité de la circulation.

A l'époque de la Révolution française, la suppression des péages était une

¹³⁷ Arrêt *Rohner*, *JdT* 1990 | p.112.

¹³⁸ Commentaire de la Constitution fédérale, art. 74, déc. 1993, p. 22.

¹³⁹ Décision 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Rec.* p. 30.

revendication essentielle, associée à la liberté d'aller et venir et à la liberté du commerce et de l'industrie ; les péages apparaissaient liés à la féodalité et à l'Ancien Régime ; aussi furent-ils abolis par une loi des 15 - 28 mars 1790, à quelques exceptions près. Ces exceptions elles-mêmes disparurent avec le décret de l'Assemblée Nationale des 25-28 août 1792, comme "décombres de la servitude".

Malgré cette ferme position de principe, des péages réapparurent après la Révolution, pour certains ponts et pour des voies navigables, en raison, semble-t-il, de difficultés dans le financement de l'entretien de ces ouvrages. La Seconde République adopta une politique de rachat des péages existants, mais elle n'aboutit pas au résultat escompté : aussi le législateur de la Troisième République décida-t-il d'en finir en votant la loi du 30 juillet 1880 qui proscrivait toute construction nouvelle de ponts à péage et supprimait les péages existants sur les ponts des routes nationales et départementales, ainsi que ceux qui grevaient les voies navigables. L'objectif de la Révolution était enfin atteint, la gratuité était associée à la liberté de la circulation comme principe essentiel de notre droit public. La loi de 1880 pouvait alors être considérée comme une grande loi de la République, au même titre que celles adoptées à la même époque dans le domaine de l'instruction publique ou de la presse.

Pourtant, après 1950, des exceptions au principe de gratuité réapparurent : d'abord pour des équipements d'une envergure sans précédent, mais géographiquement limités comme le pont de Tancarville sur la Seine (1950), puis pour les premières autoroutes (1955). La loi de 1880 n'avait pas été abrogée, les lois spéciales autorisant le financement de la construction de ces nouveaux ouvrages au moyen du péage se présentant très explicitement comme des exceptions au principe de gratuité qui n'était pas remis en cause.

Au fil des années, les exceptions se firent plus nombreuses, en particulier pour les autoroutes, dont le péage apparaissait alors comme le mode de financement normal. Notons toutefois qu'outre le développement d'un réseau autoroutier payant, les pouvoirs publics continuaient d'assurer la maintenance et la modernisation du réseau routier national et départemental, ce qui satisfaisait en partie au principe de gratuité supposé par la loi de 1880 ; (hors les aspects juridiques, cette orientation est techniquement et économiquement discutable, car, pour laisser à l'usager un certain choix entre l'autoroute, trop coûteuse pour qu'elle soit accessible gratuitement, et la route traditionnelle, dont les insuffisances criantes appelaient d'importants investissements de modernisation, on a peut-être été conduit à des dépenses inutiles et à des absurdités sous l'angle de l'aménagement du territoire et de la sécurité : le péage dissuade certains usagers d'emprunter les autoroutes, ce qui oblige à renforcer d'autant le réseau routier ordinaire ; l'obligation d'installer des postes de péage aux entrées et sorties conduit à limiter leur nombre, ce qui contraint les usagers de l'autoroute à de longs détours lorsque leur destination n'est pas une importante agglomération ou un noeud routier dont le trafic est suffisant pour rentabiliser le poste de péage correspondant ; ces considérations auraient pu influencer le choix d'une solution juridique par le juge constitutionnel).

Dans le cas des ponts, la situation était quelque peu différente : il ne s'agissait pas tant de doubler un itinéraire existant, que de remplacer un bac pour le franchissement d'un bras de mer (île d'Oléron) ou d'éviter un long détour à l'occasion du contournement d'un estuaire (Seine, Odet, Loire, Sèvre) au moyen d'un ouvrage d'art d'une envergure particulière. En 1979, le Conseil d'Etat, ayant été amené à contrôler la légalité d'un arrêté

fixant les tarifs du péage du pont d'Oléron, déclara cet arrêté contraire à la loi du 30 juillet 1880, aux termes de laquelle il ne devait plus être construit à l'avenir de ponts à péage sur les routes nationales et départementales, et il l'annula à ce titre. Le Gouvernement, confronté à la perspective inquiétante d'autres déclarations d'illégalité visant les péages des ponts de Tancarville, de Cornouaille, de Saint-Nazaire, de Noirmoutier, déposa un projet de loi pour régulariser la situation ; ce texte¹⁴⁰, adopté le 29 juin 1979, disposait en son article premier : "Par dérogation à la loi du 30 juillet 1880 ayant pour objet de déterminer le mode de rachat des ponts à péage, il peut être institué, à titre exceptionnel et temporaire, lorsque l'utilité, les dimensions et le coût d'un ouvrage d'art à comprendre dans la voirie nationale ou départementale ainsi que le service rendu aux usagers le justifient, une redevance pour son usage dans les conditions prévues aux articles 2 et 3 ci-dessous". Malgré la référence à la loi de 1880, qui dans son principe n'était pas atteinte, et les conditions assez restrictives qu'elle posait à l'instauration du péage sur les ponts, cette loi fut déferée au Conseil constitutionnel par les députés socialistes, qui lui reprochaient notamment de porter atteinte à la liberté d'aller et venir : selon eux, la gratuité de la circulation routière consacrée par le législateur de 1880 était le corollaire indispensable de la liberté d'aller et venir. Le Conseil refusa¹⁴¹, de manière assez abrupte et laconique, de reconnaître au principe de gratuité le caractère d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République ; il considéra que "si la loi du 30 juillet 1880 dispose *il ne sera plus construit à l'avenir ...*, il ne saurait en résulter que le principe de gratuité de la circulation sur ces voies publiques doive être regardé, au sens du Préambule de la Constitution de 1946, repris par celui de la Constitution de 1958, comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République".

Il est vrai que l'objet de la loi de 1880 était restreint aux seuls ponts, et, à ne considérer que cette loi de la Troisième République, on pouvait être tenté de soutenir qu'elle ne constituait pas une assise suffisante pour la proclamation d'un principe général comme celui de la gratuité de la circulation. Mais nous avons vu (p. 79), avec la décision *indépendance des professeurs*, que des lois ayant un objet assez restreint pouvaient servir de fondement à un P.F.R.L.R. De plus, la loi de 1880 n'était pas un texte isolé mais elle s'inscrivait dans la logique de grands textes révolutionnaires dont le caractère fondamental peut difficilement être mis en doute ; d'autres lois de la Troisième République réaffirmaient le principe de gratuité de la voirie (loi du 5 avril 1879, loi du 10 février 1880) ; et il est assez remarquable qu'aucune des lois adoptées au cours du XXème siècle, pas même celle de 1979 faisant l'objet du recours, n'ait remis en cause le principe de gratuité, chacune se présentant elle-même comme une exception au principe général. L'art. 1er de la loi déferée au Conseil ne disposait-il pas "par dérogation à la loi du 30 juillet 1880... il peut être institué... à titre exceptionnel et temporaire... une redevance..." ? En présence d'une telle tradition républicaine de gratuité, rien ne semblait donc s'opposer, sur le plan théorique, à sa reconnaissance constitutionnelle, le Conseil pouvant toujours, s'il ne souhaitait pas remettre en cause la politique d'aménagement suivie depuis 1950¹⁴², admettre la constitutionnalité

140 Loi N° 79 - 591 du 12 juillet 1979, JORF du 13 juillet 1979, p. 2822.

141 Décision 79 - 107 du 12 juillet 1979, JORF du 13 juillet 1979.

142 Catherine Teitgen-Colly, dans un article consacré au principe de gratuité de la circulation (*RDP* 1982 - 2, p. 1081 à 1111), estime que l'objectif du Conseil constitutionnel était, par cette décision, de valider la politique de financement des grands équipements routiers suivie depuis 30 ans, et en même temps d'acquiescer une certaine maîtrise de cette politique.

des lois dérogatoires comme exceptions au principe, exceptions justifiées par l'envergure particulière des ouvrages en cause, et par le fait que ces ouvrages ne se substituaient pas à des ouvrages gratuits existants, mais remplaçaient des bacs qui étaient payants eux aussi, ou évitaient un détour long, donc coûteux.

La situation des autoroutes était plus délicate : s'il existait seulement six ponts à péage en 1979, des milliers de kilomètres d'autoroute avaient été construits en recourant à ce mode de financement, devenu habituel. La constitutionnalité de cette pratique aurait peut-être pu être soutenue vis-à-vis d'un principe constitutionnel de gratuité dans la mesure où le réseau routier traditionnel continuait parallèlement d'être amélioré, et où les sections autoroutières permettant d'éviter la traversée des grandes agglomérations étaient souvent gratuites, mais le Conseil trouva probablement que la reconnaissance constitutionnelle de la gratuité de la circulation était trop aventureuse¹⁴³.

S'il existe des explications rationnelles à l'attitude du Conseil, il est assez difficile juridiquement de comprendre comment un principe exprimé avec vigueur et netteté, à plusieurs reprises, en même temps que nos principes les plus fondamentaux de la période 1789 - 1792, confirmé par des lois de la Seconde, puis de la Troisième République, traduit dans les faits par la disparition de tout péage sur les routes et les ponts jusqu'en 1950, et soigneusement ménagé par le législateur des Quatrième et Cinquième Républiques, lequel justifie précisément les dérogations à ce principe par leur caractère exceptionnel et temporaire, comment un tel principe, donc, peut être moins fondamental aux yeux du Conseil que celui de l'indépendance des professeurs ou de la juridiction administrative, ou que celui de la liberté d'association entendue comme excluant tout contrôle préalable (encore que, d'ailleurs, la décision du 16 juillet 1971 admette des dérogations à cette liberté : des mesures peuvent être imposées à des catégories particulières d'associations) ou encore que celui de la compétence de l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété immobilière¹⁴⁴ (malgré les exceptions qui existent depuis la loi du 28 pluviôse An VIII).

La décision du 12 juillet 1979 *ponts à péage* a été dans l'ensemble assez mal reçue par la doctrine¹⁴⁵ ; elle met en tout cas en évidence la liberté (et même la fantaisie, pour certains) avec laquelle le Conseil applique les critères qu'il a lui-même fixés pour la reconnaissance des P.F.R.L.R : exigence d'une base législative "républicaine", de la continuité dans l'application du principe. La liberté du Conseil ne se limite d'ailleurs pas à l'acceptation ou au refus de la reconnaissance d'un P.F.R.L.R : bien au contraire, en ne reconnaissant pas la valeur constitutionnelle du principe de gratuité, il se réserve pour l'avenir la possibilité de contrôler si chaque loi nouvelle autorisant l'instauration d'un péage dépasse ou non le seuil admissible au-delà duquel l'atteinte portée à la liberté d'aller et venir serait inconstitutionnelle. La détermination du seuil d'admissibilité dépendant du seul juge constitutionnel, on voit bien qu'il acquiert ainsi un pouvoir quasi-discretionnaire qu'il n'aurait pu exercer s'il avait reconnu la valeur constitutionnelle du principe de gratuité de la voirie, s'obligeant par là à n'admettre qu'un nombre assez restreint d'exceptions.

143 Pour C. Teitgen-Colly, la détermination des exceptions au principe de gratuité s'analyserait en une révision constitutionnelle échappant au Conseil pour incomber au pouvoir constituant institué (*op. cit.* p. 1111).

144 Décision 89 - 256 DC du 25 juillet 1989.

145 D. LOSCHAK, *le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ?* in *Pouvoirs* N° 13, 1980, p. 40. L. FAVOREU, *chronique constitutionnelle française*, RDP 1979 p. 1694.

C. TEITGEN-COLLY, art. précité.

B - La notion de “vie familiale normale” : un exemple d’interprétation “souple et constructive” du Préambule de 1946.

Cette dernière formule est empruntée au Doyen Vedel : selon lui, le Préambule de 1946, en raison du caractère assez général des *principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps* qui y sont énoncés, doit être l’objet d’une interprétation “plus souple et peut-être plus constructive qu’elle ne l’est lorsqu’il s’agit d’appliquer ou d’interpréter un texte législatif ou constitutionnel à caractère très précis”¹⁴⁶. Lorsque l’on considère, par exemple, la première phrase du 5ème alinéa du Préambule : “Chacun a le devoir de travailler et le droit d’obtenir un emploi”, il apparaît immédiatement d’importantes difficultés à la mise en oeuvre d’un tel principe ; à supposer que le législateur adopte des lois dans ce sens, le juge constitutionnel aurait inévitablement à les confronter à d’autres principes constitutionnels, au premier rang desquels se rangeraient probablement la liberté individuelle (face à l’obligation de travailler), et la liberté d’entreprise (face à l’obligation de recruter des salariés). Le législateur s’étant prudemment abstenu, sous la Vème République, de s’engager sur la voie de la concrétisation d’un droit au travail qui découlerait d’une lecture littérale de l’alinéa 5, le Conseil constitutionnel n’a pas eu à se prononcer¹⁴⁷ sur le contenu et la portée de cette disposition, que l’on considère généralement comme l’expression d’un objectif souhaitable, mais qui doit être comprise, en droit positif, comme n’imposant que l’absence de discrimination dans l’attribution des emplois (“chacun a le droit d’obtenir un emploi”) et l’octroi de prestations compensatrices raisonnables à ceux qui, malgré leur bonne volonté, ne peuvent trouver d’emploi (“chacun a le devoir de travailler”).

En raison de leur nature, et de l’imprécision avec laquelle ils sont évoqués, les principes économiques et sociaux du Préambule de 1946 nécessitent le plus souvent l’intervention du législateur pour qu’ils soient mis en oeuvre, le Conseil se contentant de vérifier qu’ils ne soient pas ensuite mis en cause de manière trop grave par la législation ultérieure. Les déclarations d’inconstitutionnalité pour méconnaissance des *principes particulièrement nécessaires à notre temps* sont donc longtemps demeurées assez rares, ne concernant que des principes exprimés avec une précision suffisante et ayant déjà été traduits dans les faits par l’intervention du législateur : droit d’asile (4ème alinéa du Préambule de 1946), droit de grève (7ème alinéa). Cependant la jurisprudence constitutionnelle récente témoigne d’une moindre réserve dans l’attitude du Conseil, qui se montre moins “souple” envers le législateur, et plus “constructif” dans son interprétation, la décision 93 - 325 DC *maîtrise de l’immigration* représentant un exemple éloquent à cet égard¹⁴⁸.

Cette décision, rendue à l’occasion de l’examen de la conformité à la Constitution d’une loi relative à la maîtrise de l’immigration et aux conditions d’entrée, d’accueil et de séjour des étrangers en France, présente plusieurs particularités : très longue (134

¹⁴⁶ G. VEDEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Les Cours du Droit, 1961, p. 786.

¹⁴⁷ La décision qui est habituellement citée comme consacrant un *droit au travail* (83-156 DC du 28 mai 1983) ne concerne qu’un aspect très périphérique de ce droit (s’il est entendu littéralement du moins) : elle se contente en fait d’autoriser le législateur à limiter certaines possibilités de cumul d’une activité salariée et d’une pension de retraite ; nous sommes donc très loin de l’attribution, par la puissance publique, d’un emploi à ceux qui en sont dépourvus.

¹⁴⁸ Décision 93 - 325 DC du 13 août 1993, JORF du 18 août 1993, p. 11722.

considérants), elle est aussi très sévère envers le législateur, dont elle sanctionne de nombreuses dispositions ; elle est surtout la première à avoir entraîné une révision de la Constitution pour permettre à un gouvernement soutenu par la majorité parlementaire de poursuivre sa politique (l'application des accords de Schengen) malgré la censure du Conseil constitutionnel. L'attention des commentateurs s'est surtout portée sur l'interprétation qui a été faite par le juge constitutionnel du 4^{ème} alinéa du Préambule de 1946, relatif au droit d'asile, à juste titre, puisque c'est cet aspect de la décision *maîtrise de l'immigration* qui a entraîné la révision constitutionnelle ; des appréciations diverses ont été portées sur la lecture qui a été faite par le Conseil de ce 4^{ème} alinéa, nous les évoquerons largement dans notre seconde partie ; mais nous pensons que, si discutable qu'elle puisse paraître, l'interprétation de la notion de droit d'asile par le Conseil demeure une interprétation et ne constitue pas une création jurisprudentielle ; l'alinéa 4 n'est pas à ranger au nombre des dispositions vagues et générales qui n'expriment qu'un idéal ou un but lointain, le droit d'asile y est clairement exprimé : *Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République*. Il nous semble que ce texte est suffisamment précis pour ne pas être considéré uniquement comme un principe philosophique et politique, mais qu'il est parfaitement susceptible d'une lecture juridique ; par ailleurs il n'apparaît pas qu'il soit en contradiction flagrante avec d'autres principes constitutionnels, ni que sa traduction dans les faits soulève d'insurmontables difficultés pratiques (même si l'appréciation de la réalité des persécutions ou de la valeur des actions en faveur de la liberté peut prêter à discussion). On peut certes considérer que le Conseil a fait une application trop sourcilleuse du droit d'asile, qu'il a témoigné d'une défiance excessive envers les partenaires communautaires et internationaux de la France (et envers l'Administration française), mais force est de reconnaître qu'il n'a pas inventé le droit d'asile.

Cependant un autre aspect de la décision *maîtrise de l'immigration* a été laissé au second plan par la plupart des commentateurs car il était sans rapport avec l'application des accords de Schengen et la révision constitutionnelle : il s'agit du "droit au regroupement familial" que le Conseil a déduit de l'alinéa 10 du Préambule de 1946, selon lequel "*La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement*". Cet aspect de la décision a retenu notre attention dans le cadre de cette recherche, car il illustre admirablement, à notre sens, la différence qui existe entre l'interprétation, même poussée, et la création jurisprudentielle qui se rattache artificiellement à une disposition écrite.

L'occasion, pour le Conseil, de proclamer la valeur constitutionnelle du droit au regroupement familial au profit des étrangers était offerte par l'art. 23 de la loi soumise à sa censure, dont un alinéa excluait du bénéfice du regroupement familial les étrangers séjournant en France en qualité d'étudiant, tandis qu'un autre alinéa imposait un délai de deux ans à tout étranger pour faire venir un nouveau conjoint en France après dissolution ou annulation d'un précédent mariage. Le Conseil considéra que ces deux dispositions portaient atteinte au droit de mener une vie familiale normale, et étaient en conséquence contraires à la Constitution.

La notion de "vie familiale normale" n'était pas inconnue du droit public français ; son principe en avait été dégagé par le Conseil d'Etat dans un arrêt *G.I.S.T.I.* de 1978 ¹⁴⁹ :

¹⁴⁹ C.E. Ass. 8 décembre 1978, *Groupe d'Information et de Soutien des Travailleurs Immigrés et autres, C.F.D.T. et C.G.T.*, Rec. p. 493, G.A.J.A. p. 689.

“*Considérant qu’il résulte des principes généraux du droit et notamment du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958, que les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ; que ce droit comporte, en particulier, la faculté, pour ces étrangers, de faire venir auprès d’eux leur conjoint et leurs enfants mineurs*” ; malgré la référence à une disposition écrite (le Préambule de 1946) la notion de “vie familiale normale” fut considérée comme une création prétorienne, comme un principe général du droit qui pouvait être, selon l’expression du Commissaire du Gouvernement Dondoux, “dégagé de l’ensemble du droit public et notamment du Préambule de la Constitution de 1946”.

M. Dondoux évoquait d’autres points d’appui possibles à ce principe : des conventions internationales, la législation française relative à la famille et à l’aide sociale, mais l’arrêt du Conseil d’Etat ne les retint pas directement, il se contenta d’une allusion indirecte aux engagements internationaux souscrits par la France : “... *s’il appartient au Gouvernement, sous le contrôle du juge de l’excès de pouvoir, et sous réserve des engagements internationaux de la France, de définir les conditions d’exercice (du droit de mener une vie familiale normale) ..., ledit gouvernement ne peut interdire par voie de mesure générale ...*”, alors que ces derniers constituaient la seule assise sérieuse du droit au regroupement familial sur le territoire français : car si l’on se contentait d’extraire de l’ensemble du droit public français le principe, déjà assez nébuleux en lui-même, du droit à une vie familiale normale, on pouvait parfaitement considérer que les étrangers désireux de retrouver leur famille pouvaient le faire dans leur pays d’origine, ou, en sens inverse, étendre le droit au regroupement aux ascendants et aux parents au second degré : dans une famille *normale*, un enfant ne voit-il pas fréquemment ses grands-parents, ses oncles et ses tantes ?

La question se pose, inévitablement, d’une éventuelle influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme. On ne peut, certes, espérer trouver dans la motivation du juge constitutionnel français la moindre allusion à cet égard, tant est grande sa réticence à tirer toutes les conséquences de la primauté du droit international. Il nous faut donc nous attacher au contenu du concept de *vie familiale normale*, et rechercher dans quelle mesure il pourrait correspondre à un concept voisin ou identique qui serait apparu préalablement dans la jurisprudence de la CEDH. L’article 8 de la Convention proclame le droit de toute personne *au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance*, et déclare qu’il ne peut y avoir *ingérence d’une autorité publique dans l’exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu’elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l’ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d’autrui*. On aurait pu penser, à l’origine, que les nombreuses réserves prévues en faveur des autorités publiques allaient limiter l’intérêt pratique de cet article 8, mais la Cour européenne a interprété assez restrictivement ces réserves, et elle a notamment utilisé cette disposition pour condamner plusieurs Etats qui, en expulsant des étrangers, avaient porté à la *vie familiale* des intéressés une atteinte jugée disproportionnée au but d’intérêt général poursuivi. A l’époque où le Conseil constitutionnel avait à examiner la conformité à la Constitution de la loi *maîtrise de l’immigration*, la Cour de Strasbourg avait

déjà condamné les Pays-Bas, en 1988¹⁵⁰, pour avoir expulsé un ressortissant marocain divorcé d'une Néerlandaise et père d'un enfant dont la garde était confiée à la mère, au motif que cette expulsion "*constituait bien une ingérence, au sens de l'article 8, dans la vie familiale du requérant, en rendant très difficile, voire impossible, le maintien de ses liens avec son enfant*". En 1991, la Belgique avait été condamnée pour l'expulsion d'un jeune Marocain qui, sans être né en Belgique, y avait grandi et y résidait avec ses sept frères et soeurs. Lors de son expulsion, il était âgé de vingt-et-un ans et avait été condamné et incarcéré à plusieurs reprises (on lui reprochait 147 faits, dont 82 vols qualifiés et 5 vols avec violences). La Cour estima pourtant que la mesure d'expulsion était disproportionnée aux agissements du requérant, eu égard à la *grave perturbation de sa vie familiale* qui en résultait (la Commission avait, auparavant, estimé qu'en prenant une mesure d'expulsion, les autorités belges *n'auraient pas ménagé un juste équilibre entre l'intérêt du requérant à mener une vie familiale normale et l'intérêt général à la défense de l'ordre*)¹⁵¹. Ces deux exemples montrent que la Cour européenne des droits de l'homme a fait une lecture résolument constructive des dispositions de l'article 8, dont on aurait pu estimer qu'elles n'étaient destinées qu'à protéger la vie privée, le domicile et la correspondance, à la manière de l'article 9 du Code civil français, l'adjectif *familiale* n'étant ajouté à la *vie privée* que pour souligner que l'intimité à protéger était celle de l'individu et celle de sa famille. Sur le plan interne, nul n'aurait songé à invoquer l'article 9 du Code civil en matière d'entrée, de séjour ou d'éloignement des étrangers, mais la Cour européenne n'a pas hésité à saisir l'occasion offerte par l'emploi, à l'article 8 de la Convention, de l'adjectif *familiale*, pour élargir la protection apportée par cet article à tous les aspects de la vie familiale (alors que les auteurs de ce texte ne songeaient manifestement qu'à la protection contre les intrusions étatiques injustifiées dans la vie privée). Comme on le constate, un tel contexte, même s'il ne conditionnait pas directement l'attitude du juge constitutionnel français, pouvait certainement l'influencer dans un sens favorable aux droits des étrangers.

Le Conseil constitutionnel, dans la décision *maîtrise de l'immigration*, a visiblement repris, presque mot pour mot, la formule de l'arrêt *G.I.S.T.I.* ; mais cette fois, le droit à une vie familiale normale n'est plus présenté comme un principe général du droit s'appuyant sur le Préambule, il est directement et exclusivement déduit d'une disposition identifiée du Préambule, l'alinéa 10 :

69 - *Considérant que le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 dispose que : "La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement"* ;

70 - *Considérant qu'il résulte de cette disposition que les étrangers dont la résidence en France est stable et régulière ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ; que ce droit comporte en particulier la faculté pour ces étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs (...)* Nous ne nous trouvons donc plus en présence d'un principe qui prendrait appui sur un texte : le droit de mener une vie familiale normale est "lu" par le Conseil à l'alinéa 10 aussi facilement, semble-t-il, que le droit d'asile est lu à l'alinéa 4. La formule elliptique que le Conseil utilise, "il résulte..." est de celles qui closent a priori toute discussion, qui supposent que tout lecteur normalement

¹⁵⁰ Arrêt *Berrehab c/ Pays-Bas*, 21 juin 1988, série A, n° 138.

¹⁵¹ Arrêt *Moustaquim c/ Belgique*, 18 février 1991, série A, n° 193. La citation de la Commission figure au § 41 de l'arrêt.

lucide doit être capable d'établir un lien entre le texte et le droit ou principe que le juge dit y être inscrit. Pourtant un lecteur de bonne foi, sans préjugé, armé de sa seule bonne volonté, peut-il, en lisant l'alinéa 10, comprendre qu'il comporte le droit pour les étrangers de faire venir s'installer sur le territoire national leurs conjoints et leurs enfants mineurs ? Existe-t-il une possibilité d'enchaîner des raisonnements qui, par la seule logique juridique, conduisent de l'alinéa 10 à ce droit tout de même très précis ? Nous ne le pensons pas ; aucun texte de droit interne ne permet de parvenir, par la seule interprétation, à ce résultat qui découle évidemment des accords bilatéraux conclus par la France : ainsi par exemple l'accord franco-tunisien du 17 mars 1988 ¹⁵² stipule, en son article 5 "*Le conjoint des personnes titulaires des titres de séjour et des titres de travail mentionnés aux articles précédents ainsi que leurs enfants n'ayant pas atteints l'âge de la majorité dans le pays d'accueil, admis dans le cadre du regroupement familial sur le territoire de l'un ou de l'autre État, sont autorisés à y résider dans les mêmes conditions que lesdites personnes*". Voilà qui est clair ! Seulement, bien-sûr, le Conseil ne pouvait se fonder sur de telles sources s'il entendait demeurer fidèle à la ligne de conduite qu'il s'est fixée à l'égard des traités, à savoir le refus de les intégrer au bloc de constitutionnalité : "une loi contraire à un traité ne serait pas pour autant contraire à la Constitution" (décision 74 - 54 DC du 15 janvier 1975 *interruption volontaire de grossesse*).

Se demander si cette autolimitation du Conseil constitutionnel est bien fondée ou non (d'un point de vue juridique) ouvrirait un autre débat ; mais même si on l'admet comme un fait acquis dans le cadre de cette recherche, cela imposait-il au Conseil de feindre de déduire directement le droit au regroupement de l'alinéa 10 du Préambule de 1946 ? Accepter un tel raisonnement, n'est-ce pas discréditer la notion même d'interprétation ? Dans l'affaire *G.I.S.T.I.*, le Commissaire du Gouvernement Dondoux avait eu recours à la notion de principe général du droit, et le point de départ de son raisonnement était qu'il se dégageait de l'ensemble du Préambule de 1946 "un principe qui a trait à l'existence même de la famille et qui reconnaît à tout individu le droit de mener, notamment en créant une famille et en vivant avec elle, une existence et une vie familiale normale". Mais M. Dondoux ajoutait que ce principe général du droit se déduisait aussi d'autres dispositions écrites, les conventions internationales d'une part, la législation familiale française d'autre part, et dès lors le principe du regroupement familial était doté d'une assise juridique solide.

M. Dondoux faisait en outre référence, à notre avis de manière superfétatoire, à la tradition française d'universalité des droits de l'homme, qui donnait, selon lui, au Préambule de 1946 une portée plus large que sa lettre ne l'indiquait, et qu'en conséquence le Préambule ne concernait pas seulement les citoyens français, mais également les étrangers résidant régulièrement en France ; cela nous paraît à la fois discutable et inutile. Discutable, parce que nous doutons que les auteurs du Préambule de 1946 aient eu une vision aussi universelle que ceux de la Déclaration de 1789 : une rapide analyse lexicale montre qu'en 1789 on parlait de *toute association politique, toute société*, et que les *droits naturels et sacrés* étaient présentés de manière intemporelle, tandis qu'en 1946 on ne parlait plus que du *peuple français*, de *la Nation*, de *la République* et des *principes particulièrement nécessaires à notre temps*, ce qui nous semble relativiser quelque peu l'universalité que M. Dondoux croit y déceler. Inutile, puisque des engagements bilatéraux très précis imposaient déjà à la France le regroupement familial. Quoi qu'il en soit, le raisonnement de M. Dondoux permettait d'établir assez solidement l'existence d'un principe de valeur législative.

¹⁵² JORF, 11 février 1989, p. 2003.

Le Conseil constitutionnel, quant à lui, aurait-il pu transposer le raisonnement de M. Dondoux au niveau constitutionnel pour ériger le droit au regroupement familial en principe de valeur constitutionnelle ? Nous ne pensons pas que cela aurait été beaucoup plus convaincant que le déduire directement de l'alinéa 10 du Préambule de 1946 : toutes les notions et tous les concepts du droit administratif ne sont pas transposables au niveau constitutionnel, et en faisant semblant d'extraire une notion du droit interne alors qu'elle résulte exclusivement du droit international, le Conseil s'enferme dans une impasse logique. De deux choses l'une en effet : ou bien l'on admet que le regroupement familial trouve sa source dans des conventions internationales qui s'imposent au législateur français, et le juge constitutionnel doit alors en tenir compte dans la motivation de sa décision, ou bien on estime que ces conventions ont un caractère trop contingent pour permettre un contrôle de conformité des lois, et dans ce cas le droit au regroupement ne peut être haussé au niveau constitutionnel puisqu'il s'imposerait alors définitivement au législateur, même si, par exemple la condition de réciprocité n'est plus satisfaite par certains Etats à l'égard des citoyens français. Puisque manifestement le Conseil tenait absolument à constitutionnaliser le droit au regroupement familial, le recours à la notion de principe de valeur constitutionnelle (ou même d'objectif de valeur constitutionnelle) aurait au moins eu l'avantage de permettre de combiner les sources internationales, la philosophie familiale du Préambule de 1946 et la tradition française d'accueil pour fonder un droit au regroupement plus souple et moins érigé que celui qui, résultant en fait des conventions internationales, se limite aux conjoints et aux enfants mineurs (car si le Conseil était vraiment inspiré par le souci d'assurer "à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement", pourquoi n'envisage-t-il pas, par exemple, le cas d'un parent âgé ou invalide, ou d'un enfant majeur ? La famille *normale* se dissout-elle une fois la majorité atteinte ?). Un autre avantage en aurait été de mettre en évidence l'aspect prétorien de sa démarche : en dissimulant cet aspect, le Conseil fait douter de ses qualités d'interprète.

Chapitre IV

TYPOLOGIE COMPARÉE DES NORMES NON ÉCRITES

Proposer une classification des normes non écrites peut sembler vain, puisqu'il n'existe même pas d'accord sur la notion même de droit non écrit : là où certains voient une création du juge, d'autres discernent une référence textuelle. L'imprécision et les contradictions que l'on observe dans la terminologie (surtout en France) ne facilitent pas la tâche : un droit en apparence non écrit peut avoir des bases textuelles plus ou moins directes, et, au contraire, une véritable création jurisprudentielle peut être artificiellement rattachée à un texte. Ces obstacles bien réels à une classification peuvent être, pensons-nous, en partie surmontés si l'on s'attache à la substance du droit plutôt qu'à son appellation. Les droits non écrits du Tribunal fédéral suisse sont aisément identifiables puisqu'ils sont ouvertement présentés comme tels par le juge qui les amène à l'existence constitutionnelle ; la comparaison avec leur équivalent français quant au contenu permet, pour certains d'entre-eux, de mettre en évidence des similitudes dans les mécanismes déductifs et dans le vocabulaire utilisé (1). En sens inverse, les rares droits constitutionnels non écrits du Conseil constitutionnel français, même s'ils ne s'avouent pas comme tels, et s'ils n'ont pas forcément d'équivalent dans la jurisprudence fédérale suisse, représentent eux aussi des éléments indispensables de l'État de droit ou des conditions d'exercice d'autres droits constitutionnellement garantis (2). Enfin on ne peut manquer de s'interroger sur l'existence d'une éventuelle hiérarchie entre les normes constitutionnelles d'origine jurisprudentielle (3).

1. Les droits non écrits du Tribunal fédéral et leur équivalent français.

Nous retenons bien entendu la dénomination originale de ces droits, car si, pour la plupart, ils existaient déjà au niveau cantonal, leur élévation au niveau fédéral a été le résultat d'un acte de volonté manifeste de la part du juge fédéral, illustration parfaite du pouvoir créateur qu'il se reconnaît. L'équivalent français n'est considéré que sous l'angle de son contenu, indépendamment de sa dénomination et de son origine.

A - La garantie de la propriété.

Bien qu'elle soit affirmée avec vigueur par la Déclaration de 1789, il ne semble pas qu'elle bénéficie en France d'une plus grande protection constitutionnelle qu'en Suisse : le Préambule de 1946 prévoit en effet la nationalisation de certains biens. Contrairement au juge suisse, le Conseil constitutionnel s'est surtout prononcé *in abstracto* et de ce fait il n'a guère eu l'occasion de préciser le contenu du droit de propriété (remarquons au passage que le Conseil ne se trouve pas toujours dans une position si éloignée de celle d'une cour suprême statuant sur des cas concrets : certaines des lois qui lui sont déférées ont un objet délimité au point d'apparaître parfois comme des lois *ad hominem*). L'accent est souvent mis sur l'indemnisation, on a même l'impression dans certains cas que le droit de propriété se ramène à un droit à indemnisation¹⁵³ ; le Conseil a cependant précisé que la nationalisation ne pouvait s'étendre au point de vider de tout contenu le droit de propriété, et que les limitations apportées à l'exercice de ce droit ne devaient pas en dénaturer le sens ni la portée. On peut rapprocher ces formules de celles qu'utilisent le Tribunal fédéral : selon lui, la propriété est une institution fondamentale de l'ordre juridique suisse, que les cantons ne peuvent supprimer ni vider de sa substance.

B - La liberté d'expression.

Pour le Tribunal fédéral, elle occupe une place à part dans le catalogue des droits individuels parce qu'elle est à la fois *indispensable au plein exercice de la démocratie* et une *condition d'exercice de la liberté individuelle*. Elle s'est progressivement détachée de la liberté de la presse (expressément garantie par la Constitution fédérale), et le Tribunal en a fait dériver la liberté d'information aux sources généralement accessibles, qui complète la liberté d'opinion et la liberté de recevoir et de communiquer des nouvelles et des opinions. En France, le juge constitutionnel, qui aurait pu constitutionnaliser la liberté de la presse comme un P.F.R.L.R. posé par la loi du 29 juillet 1881, a préféré s'en tenir à l'art. 11 de la Déclaration de 1789 et en déduire plus largement une liberté de communication allant au-delà de la presse écrite, et comprenant aussi la liberté des destinataires, cette dernière étant consacrée comme *objectif de valeur constitutionnelle* imposant au législateur d'assurer le pluralisme des moyens de communication et la transparence de leur financement, le respect du pluralisme étant une des conditions de la démocratie. La ressemblance entre la motivation du conseil constitutionnel, à propos de cet objectif, et celle du Tribunal fédéral, est assez frappante, même si le juge suisse n'a pas eu l'occasion de concrétiser la liberté d'expression aussi largement que son homologue français (les conditions n'étant certes pas les mêmes pour les deux juges).

C - La liberté personnelle.

Nous avons vu que pour le Tribunal fédéral, c'est la liberté première, celle dont découlent tous les autres droits fondamentaux. Elle garantit l'intégrité physique et psychique, la dignité humaine, la "sphère personnelle" et la liberté d'aller et venir. Nous

¹⁵³ Jérôme TRÉMAU, commentaire de la décision 94-347 DC, *RFDC* 1994, p. 828.

avons déjà relevé que les expressions “liberté personnelle” et “liberté individuelle” recouvrent en droit suisse le même contenu, la première étant seulement la traduction littérale de l’expression allemande utilisée par le juge fédéral, la seconde étant utilisée dans les arrêts rendus en français. On a pu croire en France, entre 1988 et 1993, à l’apparition d’un nouveau concept lorsque le Conseil constitutionnel s’est mis à utiliser l’expression “liberté personnelle” dans certaines de ses décisions ; selon la doctrine on pouvait y voir un moyen pour le juge de s’affranchir des limites posées par l’art. 66 de la Constitution de 1958, d’après lequel seule l’autorité judiciaire est compétente en matière de liberté individuelle : en forgeant un concept plus large que celui de la liberté individuelle, on permettait à la juridiction administrative de connaître d’une bonne partie du contentieux des libertés ; l’extension du champ des libertés constitutionnellement garanties ne s’accompagnait pas mécaniquement d’une extension du domaine réservé à l’autorité judiciaire par l’art. 66. Pourtant, à y regarder de près, il n’est pas sûr que le juge constitutionnel ait choisi cette expression nouvelle dans une telle perspective : le contexte de chacune des décisions correspondantes peut expliquer le choix sémantique du Conseil.

Dans la décision 88-224 DC du 20 juillet 1988 *loi portant amnistie*, les dispositions de la loi déferée, qui visaient à imposer la réintégration dans leur emploi de syndicalistes ayant été licenciés pour avoir commis des fautes lourdes, pouvaient affecter, selon le Conseil (cons. 22), aussi bien la liberté d’entreprendre de l’employeur, qui doit demeurer maître du choix de ses collaborateurs, que sa liberté personnelle et celle “des salariés de l’entreprise en leur imposant la fréquentation, sur les lieux de travail, des auteurs d’actes dont ils ont été les victimes”¹⁵⁴. Le choix de l’adjectif “personnelle” répond visiblement au souci de mieux distinguer la “liberté tout court” de l’employeur et des autres salariés de la liberté d’entreprendre qui est d’abord évoquée. L’emploi de l’adjectif habituel *individuelle* aurait été moins explicite, car l’expression *liberté individuelle* est généralement utilisée dans un contexte où la liberté est menacée d’atteintes d’origine étatique et évoque dans l’esprit du lecteur des entraves dans la liberté d’aller et venir. En parlant de la liberté personnelle, le Conseil ne s’écartait pas nécessairement du concept de liberté individuelle, il ne faisait que l’élargir en montrant un aspect particulier.

Un an plus tard, l’expression *liberté personnelle* était à nouveau employée dans un contexte voisin : s’agissant de la liberté d’un salarié d’empêcher un syndicat d’agir en justice en son nom (décision 89-257 DC du 25 juillet 1989 *loi relative à la prévention du licenciement économique*), la qualification de *liberté personnelle* marque certainement mieux la différence avec le droit collectif reconnu aux organisations syndicales que ne l’aurait fait celle de *liberté individuelle*, qui évoque autre chose que la liberté dans les relations de travail qui représentent le domaine d’élection des libertés collectives. Le Conseil souligne ainsi que, si l’on distingue habituellement le domaine de la liberté individuelle et celui des libertés collectives, il existe à l’intérieur de ce dernier une place pour l’individu, dont la liberté doit encore être prise en considération face aux organisations, et en parlant de liberté personnelle on évite une confusion des domaines : “Considérant que les modalités de mise en oeuvre des prérogatives reconnues aux organisations syndicales doivent respecter la liberté personnelle du salarié qui, comme la

¹⁵⁴ Rec. p.124.

liberté syndicale, a valeur constitutionnelle” (cons. 23)¹⁵⁵. Aucune référence n’étant citée, toutes les hypothèses de rattachement textuel étaient permises.

La troisième décision usant de cette expression se présentait dans un contexte différent puisqu’il s’agissait, entre autres, d’apprécier la conformité à la Constitution du “système d’information Schengen”, c’est-à-dire l’instauration d’un fichier informatisé accessible aux Etats signataires de la convention d’application de l’accord de Schengen du 14 juin 1985 (décision 91-294 DC du 25 juillet 1991)¹⁵⁶. L’emploi de l’expression *liberté personnelle* s’imposait moins dans cette espèce, et marquait sans doute la volonté du juge d’élargir le concept de liberté individuelle en mettant l’accent sur les menaces nouvelles qui pèsent sur la liberté de l’homme : elles sont certes indirectes, mais, comme le dit Thierry Renoux, elles n’en constituent pas moins “une technique d’amenuisement progressif de sa liberté d’action, en particulier de l’autonomie de la volonté”¹⁵⁷.

La quatrième et dernière décision à utiliser cette expression prononçait une déclaration d’inconstitutionnalité motivée par l’atteinte portée à la *liberté personnelle* et au droit de propriété par certaines dispositions d’une loi instituant un “service central de prévention de la corruption”. Considérant que le service en question était appelé à intervenir “dans des domaines très divers de la vie professionnelle et privée”, le Conseil déclara que certaines dispositions de la loi étaient “de nature à méconnaître le respect de la liberté personnelle et à porter des atteintes excessives au droit de propriété”(décision 316 DC)¹⁵⁸. Aucune référence textuelle n’étant, là encore, citée, des commentateurs purent croire à l’émergence d’une nouvelle notion, à la fois plus étendue et distincte de la liberté individuelle, permettant de contourner le principe formulé par l’art. 66 de la Constitution, selon lequel l’autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle. MM. Renoux et Favoreu, par exemple, s’accordaient à penser que c’était là la fonction de cette nouvelle notion, évoquant tous deux le projet de révision de la Constitution de mars 1993, dans lequel la protection de la vie privée, introduite à l’art. 66 par le Comité consultatif pour la révision, avait été déplacée à l’art. 1er du projet gouvernemental (l’examen de ce projet par le Conseil d’Etat n’étant pas, selon Louis Favoreu, étranger à ce déplacement)¹⁵⁹.

Avec cette décision 316 DC, étions-nous en présence d’un nouveau *principe de valeur constitutionnelle*, celui de la protection de la vie privée, découlant de la notion de liberté personnelle, elle-même n’étant pas nécessairement déduite de l’art. 66, mais plutôt de l’ensemble des textes et principes constitutionnels ? Dans son commentaire précité, Thierry Renoux rappelait que la protection de la vie privée avait été assurée par la jurisprudence avant d’être organisée par la loi, citant la chambre criminelle de la Cour de cassation, selon laquelle l’existence du “droit de chacun au respect de la vie privée (...) a été traditionnellement reconnue bien avant d’être consacrée formellement par la loi et sanctionnée pénalement”¹⁶⁰.

Les conditions paraissaient réunies pour la consécration d’un principe de valeur

¹⁵⁵ Rec. p.63-64.

¹⁵⁶ Rec. p.91 à 101.

¹⁵⁷ Thierry RENOUX, commentaire de la décision 316 DC, RFDC 1993, p. 381.

¹⁵⁸ Décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, JORF du 22 janvier 1993.

¹⁵⁹ Th. RENOUX, art. précité, p. 382. L.FAVOREU, RFDC 1993, p. 600, et RFDC 1994, p. 808.

¹⁶⁰ Op. cit. p. 384.

constitutionnelle autonome, celui du droit au respect de la vie privée. Cela n'aurait pas été d'une audace scandaleuse, puisqu'un large consensus était acquis sur le fond, et de surcroît le projet de révision prévoyait expressément d'élever ce droit au rang constitutionnel. Pour ménager les adversaires irréductibles de la reconnaissance du pouvoir créateur de la jurisprudence, le juge pouvait demeurer allusif dans sa motivation, laissant le loisir à ceux qui le désiraient d'établir un rattachement avec un texte constitutionnel quelconque.

On ne sait si le Conseil fut effrayé de se voir prêter tant d'arrière-pensées, tant en matière de pouvoir normatif que vis-à-vis du juge judiciaire, toujours est-il qu'il ruina en grande partie ces hypothèses dans sa décision 93-325 DC *maîtrise de l'immigration*, en revenant à la notion orthodoxe de *liberté individuelle garantie par la Constitution*, et en y incluant la protection contre l'utilisation abusive des fichiers informatisés et un nouvel avatar, la liberté du mariage. Cette évolution a été confirmée par la décision 94-343-344 du 27 juillet 1994 *bioéthique*, surtout remarquable en ce qu'elle consacre un nouveau droit, déduit du premier paragraphe du Préambule de 1946 : la sauvegarde de la dignité humaine. Ce changement dans le vocabulaire utilisé par le Conseil mérite toute notre attention, car il permet de situer la frontière qui sépare l'interprétation de la création, dans la démarche intellectuelle du moins, puisque nous avons montré que l'on peut parvenir au même résultat, formuler le même principe pour obtenir le même effet juridique du droit proclamé, que l'on s'inscrive dans une démarche créatrice ou que l'on se contente de solliciter une disposition de la constitution écrite. Il suffisait ici d'un seul mot : que le rédacteur de la décision 316 DC écrive *liberté personnelle*, et le droit de chacun au respect de sa vie privée (droit menacé par les possibilités d'investigation accordées par la loi au service central de prévention de la corruption) pouvait découler d'un principe supérieur déjà dégagé par la jurisprudence ; que le rédacteur de la décision 325 DC *maîtrise de l'immigration* écrive *liberté individuelle* et ce même droit résulte de l'art. 66 de la Constitution (le juge judiciaire retrouvant au passage l'exclusivité de sa compétence) ; le rédacteur peut enfin associer la liberté individuelle aux articles 1er, 2 et 4 de la Déclaration de 1789 (décision 343-344 DC *bioéthique*), et les droits qui en dérivent demeurent le produit d'une interprétation fidèle des textes constitutionnels, sans cependant trop compromettre la compétence concurrente de la juridiction administrative.

À lire ces décisions successives du Conseil, le contenu de la protection de la vie privée paraît le même, qu'elle soit rattachée à la notion de *liberté personnelle* ou directement à la *liberté individuelle* ; l'effectivité est-elle semblable dans les deux cas ? Le justiciable a-t-il un intérêt à ce que certains aspects de la liberté individuelle puissent relever de la compétence des deux ordres de juridiction, ou, au contraire, au maintien de la compétence judiciaire exclusive ? Le seul fait de se poser cette question montre que le choix d'un seul adjectif par le Conseil constitutionnel est producteur d'effets juridiques imprévisibles même quand il fonde ses décisions sur des textes incontestés comme les articles de la D.D.H.C.

Il est impossible aujourd'hui de savoir si nous retrouverons l'expression *liberté personnelle* sous la plume du juge constitutionnel français, dans une hypothèse où cela se justifierait, par exemple pour opérer une distinction à l'intérieur du domaine d'une liberté collective, ou bien si tout cela n'est qu'une illustration parmi d'autres de l'usage d'une

terminologie flottante dont il ne faut tirer aucune conséquence. La récente décision 95-352 DC *vidéosurveillance*,¹⁶¹ si elle confirme la valeur constitutionnelle du droit au respect de la vie privée, comme élément de la liberté individuelle, et si elle semble lier la liberté individuelle à l'art. 66, ne permet cependant pas de savoir si le juge constitutionnel a entendu favoriser la compétence judiciaire, car les variations dans le vocabulaire utilisé permettent plusieurs interprétations : ainsi le troisième considérant évoque *la liberté individuelle* et *la liberté d'aller et venir*, semblant les distinguer, tandis que le quatrième considérant fait allusion aux *libertés individuelles ci-dessus mentionnées*. Nous ne sommes donc plus confrontés à deux expressions distinctes : *liberté personnelle* et *liberté individuelle*, mais à des acceptions différentes de la même expression (comme c'était déjà le cas avec les principes de valeur constitutionnelle). Ainsi le Conseil ménage-t-il la compétence du juge judiciaire, *gardien de la liberté individuelle*, tandis que d'autres *libertés individuelles* peuvent, sans contradiction, relever également de la protection du juge administratif. Peut-être s'agit-il seulement d'effets littéraires sans portée juridique ; ce qui demeure de ces décisions malgré les incertitudes terminologiques, c'est que désormais la protection de la vie privée est garantie par la Constitution, et cela, malgré l'ajournement de la révision qui prévoyait de l'y introduire en 1993, par la seule oeuvre du juge. Que cela ait été obtenu par interprétation des textes ou qu'il s'agisse d'une création du juge paraît constituer une question moins importante que celle de savoir si le juge est sorti de son rôle ou s'il n'a fait que le remplir ; à notre avis, ces exemples montrent que la distinction entre *interprétation* et *création* peut être inexistante, et que souvent la seule différence réside dans le vocabulaire et non dans le fond. C'est l'examen du contenu du droit et des effets juridiques produits qui doit permettre de savoir s'il y a création d'une règle nouvelle, car, dans le cas de la juridiction constitutionnelle française, la rédaction des décisions a un caractère beaucoup trop fluctuant pour que l'on puisse se livrer avec profit à son étude exégétique.

D - La liberté de la langue.

En Suisse, elle se distingue des autres libertés non écrites, d'abord en ce que, contrairement aux autres, elle n'existait dans aucune constitution cantonale avant sa consécration par le juge fédéral, et ensuite par son caractère relatif : c'est en effet une liberté fondamentale qui est, *jusqu'à un certain point*,¹⁶² nécessaire à l'exercice d'autres droits constitutionnels ; mais cette liberté sert aussi, s'il s'agit d'une des langues nationales de la Suisse, à fonder le maintien de la répartition territoriale des langues en Suisse. Dans les espèces qui lui ont été soumises, le Tribunal fédéral n'a pas eu à se prononcer sur d'éventuelles atteintes aux langues nationales provenant de l'usage de langues étrangères à la Suisse, mais il est permis de penser que le principe de territorialité s'opposerait *a fortiori* aux prétentions à l'usage de langues étrangères dans l'enseignement ou dans les rapports avec les autorités publiques ; il ne semble pas que l'usage privé de langues autres que les langues nationales soit limité, qu'il s'agisse d'activités associatives, culturelles ou de publications écrites (la liberté d'expression et la

¹⁶¹ JORF du 21 janvier 1995, p.1155.

¹⁶² ATF 91 I *Association de l'école française*, p. 480.



liberté de la presse prenant en partie le relais de la liberté de la langue).

En France, la Constitution était muette à cet égard jusqu'à ce qu'une révision ajoute, en 1992, un second alinéa à l'art. 2 du texte de 1958 : "la langue de la République est le français". Cette disposition ignore, de toute évidence, les langues régionales déclinantes que sont le breton, le basque et même le corse, qui auraient pu être considérées comme ne représentant plus une menace pour l'unité nationale, mais au contraire comme des éléments du patrimoine culturel devant bénéficier d'une protection juridique ... comme la langue française elle-même, puisque, à en juger par la tentative du législateur d'août 1994, la menace vient désormais de l'extérieur, *de facto* de la langue anglaise, qui semble remplir, de manière parfois envahissante, la fonction internationale que MM. Schleyer et Zamenhof¹⁶³ assignaient à leurs langues artificielles à la fin du siècle dernier.

Le législateur de 1994 ayant voulu prohiber l'usage de termes ou expressions en langue étrangère, notamment dans les contrats, dans la publicité et dans les émissions de radio et de télévision, le Conseil déclara contraires à la Constitution les dispositions qui auraient eu le plus de chance d'être efficaces, en invoquant "le droit de libre communication et la liberté de parler, d'écrire ou d'imprimer", "liberté fondamentale d'autant plus précieuse que son existence est une des garanties essentielles du respect des autres droits ou libertés"¹⁶⁴ ; cette formule rappelle celle du juge fédéral suisse, et montre que dans des contextes très différents on peut tenir un raisonnement semblable, que l'on s'appuie ou non sur des textes constitutionnels (on ne peut d'ailleurs manquer de remarquer qu'à propos de la loi du 4 août 1994, le Conseil aurait pu, juridiquement parlant, opérer une conciliation différente des articles 2 al. 2 de la Constitution de 1958 et 11 D.D.H.C., en donnant la priorité à la sauvegarde de la langue française, et valider ainsi l'essentiel de la loi).

Si l'on compare le résultat de l'intervention du juge constitutionnel français à celui de son homologue suisse, on constate que dans les deux cas l'autorité publique a été censurée pour avoir imposé des contraintes excessives aux personnes privées dans l'usage de leur langue ; mais alors qu'en Suisse l'intervention du juge constitutionnel permettait aux habitants d'une petite commune de montagne d'user d'une de leurs langues maternelles dans leurs rapports avec l'autorité judiciaire (affaire *époux G.*), en France ce sont les grands moyens de communication audiovisuelle qui sont autorisés à *faire évoluer le français, comme toute langue vivante, en intégrant dans le vocabulaire usuel des termes de diverses sources ...* (décision 345 DC, 6ème cons.).

E - La liberté de réunion.

Nous avons vu (chapitre 2) que cette liberté, pour le Tribunal fédéral, pouvait protéger une certaine liberté de manifestation, sans pour autant que cette dernière soit reconnue de manière autonome ; la distinction entre réunion sur la voie publique et manifestation est d'ailleurs malaisée en pratique, et il est arrivé au Tribunal fédéral de protéger un cortège par le biais de la liberté de réunion (ATF 107 Ia, *Unité jurassienne*

¹⁶³ Respectivement inventeurs du volapük (1879) et de l'espéranto (1887).

¹⁶⁴ Décision 94-345 DC du 29 juillet 1994, *JORF* du 2 août 1994, p.11240.

Corgémont, 24 juin 1981, p. 226 ; ce cortège avait, il est vrai, une forme particulière, puisqu'il s'agissait d'une "marche populaire" avec pique-nique, qui devait se dérouler sur une distance de 15 km et sur 450 m de dénivellation à travers des pâturages et des bois, mais qui était organisée par une association autonomiste jurassienne sur le territoire d'une commune dont les habitants avaient majoritairement exprimé la volonté de demeurer bernois, avec participation massive de citoyens du Jura-Nord ayant opté en faveur de la formation du nouveau canton du Jura, de telle sorte que cette manifestation, en apparence sportive et gastronomique, mais aux visées politiques évidentes, prenait, dans le contexte de l'époque, un caractère provocateur et même quasi-insurrectionnel aux yeux de la population et des autorités locales, qui avaient estimé que, les organisateurs ne cachant pas leur but qui était de "renverser l'ordre légalement établi par les plébiscites dans le Jura méridional", une telle manifestation "portait atteinte à l'intégrité territoriale du canton de Berne, garantie par l'art. 5 de la Constitution fédérale").

En France, les textes constitutionnels ne mentionnent pas expressément une quelconque liberté de manifestation, mais une pratique solidement enracinée laissait présumer que le Conseil censurerait le législateur s'il restreignait trop les possibilités de manifester. Ce fut effectivement le cas avec la décision 94-352 DC du 18 janvier 1995 *vidéosurveillance*, par laquelle le Conseil semble avoir consacré (c'est du moins ce qu'estime un commentateur régulier de ses décisions¹⁶⁵) la liberté de manifestation, sous la dénomination assez inoffensive de "droit d'expression collective des idées et des opinions"¹⁶⁶. Ce droit doit bien sûr être concilié avec *la prévention des atteintes à l'ordre public, et notamment les atteintes à la sécurité des personnes et des biens, qui répond à des objectifs de valeur constitutionnelle*,¹⁶⁷ mais nous sommes très loin des interrogations du juge fédéral suisse quant à l'utilisation privative du domaine public par les manifestants ; il est vrai que le problème ne se présentait pas sous cet angle au Conseil, puisque la loi en cause ne concernait que la prévention des atteintes à la sécurité des personnes et des biens, laissant de côté la question des atteintes à la liberté de circulation.

Si l'on s'en tenait aux textes, on pourrait considérer que la liberté de manifestation n'a guère d'assise constitutionnelle écrite en France : la Constitution est muette à cet égard, et une grande loi de la République, celle du 30 juin 1881, qui proclame que les réunions publiques sont libres (art. 1er) interdit précisément qu'elles se déroulent sur la voie publique (art. 6). Quant à la liberté de manifestation, elle était jusque-là étroitement réglementée (en théorie seulement, car une large tolérance s'était installée) par un décret-loi du 23 octobre 1935 qui soumettait, d'une façon générale, toute manifestation sur la voie publique à une autorisation préalable (art. 1er). On aurait donc pu penser que cette liberté n'était pas aussi fondamentale que la liberté d'association, pour laquelle le Conseil a, dans une décision célèbre¹⁶⁸, censuré le législateur qui prétendait imposer à certaines

¹⁶⁵ Louis FAVOREU, commentaire de la décision 352 DC, RFDC 1995, p. 370.

¹⁶⁶ Décision 94-352 DC du 18 janvier 1995 *Videosurveillance et manifestations*, JORF du 21 janvier 1995, p. 1115.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Décision 71 - 44 DC du 16 juillet 1971 *liberté d'association*, JORF du 18 juillet 1971, p. 7114.

associations un contrôle préalable à leur constitution, alors qu'elles n'étaient jusque-là soumises qu'à la simple formalité de déclaration (formalité ayant pour objet de les rendre publiques, car elles existent même sans cela). C'est peut-être la raison pour laquelle le Conseil s'en est prudemment tenu à une périphrase, évoquant le "droit d'expression collective des idées et des opinions" sans affirmer directement la valeur constitutionnelle de la liberté de manifestation, et se ménageant pour l'avenir la possibilité de valider d'autres limitations à un mode d'expression qui se concilie parfois mal avec les libertés d'autrui.

F - Le droit au minimum vital.

Le droit au minimum vital, ou droit à des conditions minimales d'existence, tel qu'il a été constitutionnalisé par le Tribunal fédéral, ne peut correspondre qu'à des prestations minimales liées aux besoins élémentaires : il ne se limite pas aux impératifs biologiques de la survie, puisque le juge fédéral évoque ce qui est *indispensable au maintien d'une existence décente*, mais il ne saurait aller jusqu'à la garantie d'un revenu minimal. De toute manière, le juge fédéral n'a pas estimé utile de développer les aspects concrets de ce droit, dans la mesure où ce qu'il garantit, ce n'est pas une quelconque prestation, c'est seulement une protection contre le refus des autorités d'accorder les prestations minimales qui existent au profit des personnes en situation de détresse.

Le projet de mise à jour de la Constitution fédérale, soumis à la votation populaire du 18 avril 1999, intègre ce droit sous une dénomination quelque peu différente, mais son contenu n'en paraît pas très éloigné :

Art. 12 Droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse

Quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine.

En France, un droit qui s'en rapproche, sinon dans son expression constitutionnelle, du moins dans son contenu et dans son mécanisme, est le "droit à la sécurité matérielle" qui découle directement des alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946 :

La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement.

Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.

Comme les autres droits "sociaux" du Préambule, le droit constitutionnel à la sécurité matérielle représente plus un vœu, une aspiration qu'un droit au sens habituel du terme : suivant l'expression d'un commentateur avisé de la jurisprudence constitutionnelle française, ces dispositions fixent des objectifs qui sont loin d'être entrés dans les faits. Pourtant, malgré un important écart entre ces objectifs et la réalité, le juge constitutionnel français n'a pas refusé de conférer valeur constitutionnelle à ces dispositions, mais en laissant au législateur la maîtrise de leur mise en oeuvre, et une marge d'appréciation telle

que dans la pratique seule une méconnaissance totale de ces dispositions soit susceptible d'entraîner une déclaration d'inconstitutionnalité. En ce qui concerne l'alinéa 11, la décision du 23 janvier 1987 *loi portant diverses mesures d'ordre social* ¹⁶⁹ est explicite : "il incombe, tant au législateur qu'au Gouvernement, conformément à leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes proclamés par le onzième alinéa du Préambule, les modalités de leur mise en oeuvre (...) de façon à ne pas aboutir à mettre en cause (ces) dispositions". On observe que sur le plan du droit constitutionnel, le *droit à la sécurité matérielle* et le *droit à des conditions minimales d'existence* sont tout à fait comparables, dans leur contenu comme dans la manière dont la juridiction constitutionnelle de chaque pays envisage, *mutatis mutandis*, leur mise en oeuvre.

2. Des principes et objectifs pouvant se présenter comme des éléments indispensables de l'Etat de droit ou comme des conditions d'exercice d'autres droits constitutionnellement garantis .

Il peut paraître surprenant d'appliquer à la jurisprudence du Conseil constitutionnel les critères de reconnaissance des droits non écrits du Tribunal fédéral, et pourtant cette opération ne réussit pas si mal, même si tous les droits et principes reconnus par le Conseil ne sont pas des libertés, et même si le critère subsidiaire, celui du consensus, se révèle d'un usage beaucoup plus délicat au sein d'un peuple dont César mentionnait déjà les dissensions¹⁷⁰.

En ce qui concerne le seul principe de valeur constitutionnelle qui représente à notre avis une pure création jurisprudentielle, la continuité du service public, les critères du Tribunal fédéral semblent parfaitement applicables (A). S'agissant des objectifs de valeur constitutionnelle, il convient d'opérer une distinction entre eux, puisque si certains recouvrent en fait une disposition écrite, d'autres ont un rapport plus lointain avec les textes (B).

A - Continuité du service public et État de droit.

Le recours du Conseil d'Etat, puis du Conseil constitutionnel à la notion de continuité du service public ne semble pas avoir été fortement critiqué en doctrine ; quant aux critiques politiques, nous n'avons pu, dans le cadre de cette recherche, en faire l'analyse, mais la décision du 25 juillet 1979 *droit de grève ...*¹⁷¹ ne figure pas parmi celles qui sont le plus souvent citées par les détracteurs du Conseil. Si l'on ne peut parler de véritable consensus à propos de l'existence du principe de continuité du service public,

¹⁶⁹ Décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987 (JORF du 25 janvier 1987).

¹⁷⁰ *Commentaires de la guerre des Gaules, passim* ; observation confirmée par Alexis de Tocqueville, qui évoque, dans *l'Ancien Régime, ce peuple tellement inaltérable dans ses principaux instincts qu'on le reconnaît encore dans des portraits qui ont été faits de lui il y a deux ou trois mille ans, et en même temps tellement mobile dans ses pensées journalières et dans ses goûts qu'il finit par se devenir un spectacle inattendu à lui-même...*(livre III, chapitre VIII), et l'égoïsme de chacun des mille petits groupes dont la société française se composait (livre II, chapitre IX).

¹⁷¹ Décision 79-105 DC du 25 juillet 1979 *droit de grève à la radio et à la télévision*, Rec. p. 33.

on relève cependant l'absence de contestation sérieuse. La valeur constitutionnelle de ce principe ayant été affirmée sans discussion dans la décision de 1979, on ne peut dire que le Conseil aurait accepté les critères alternatifs du Tribunal fédéral, mais la plupart des commentateurs de cette décision justifie la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe de continuité du service public par la nécessité logique d'une continuité de l'Etat, et il n'est pas besoin d'un grand effort d'imagination pour concevoir qu'une continuité minimale puisse représenter la condition d'exercice de plusieurs droits fondamentaux : que deviendrait, par exemple, la libre communication des pensées et des opinions si des "piquets de grève" pouvaient paralyser totalement et simultanément le fonctionnement des messageries de presse, des émetteurs et relais hertziens et du réseau téléphonique ? La continuité du service public et de l'Etat est tellement liée à la notion même d'Etat qu'il n'est sans doute pas besoin d'autre justification du principe en lui-même, toute la difficulté résidant dans la détermination d'un seuil au-delà duquel la sauvegarde de la continuité du service public ne serait plus *indispensable* à l'exercice de droits fondamentaux et porterait une atteinte *excessive* au droit de grève. Le dosage est délicat, et la marge d'appréciation du juge est large.

B - Les objectifs de valeur constitutionnelle et les critères du Tribunal fédéral.

La notion d'*objectif de valeur constitutionnelle* n'ayant pas toujours été utilisée avec la même rigueur par le juge de la rue Montpensier, certains de ces objectifs constituent une exigence constitutionnelle écrite (c'est le cas de l'objectif du *respect de la liberté d'autrui*, mentionné par la décision 82-141 DC du 27 juillet 1982 aux côtés de la *sauvegarde de l'ordre public* et de la *préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels*, qui découle directement, selon le Conseil, de l'art. 4 de la DDHC) tandis qu'inversement, l'objectif d'*apaisement social*, évoqué par la décision 88-244 DC du 20 juillet 1988¹⁷², ne se laisse que difficilement relier à un texte constitutionnel. On peut toutefois tenter d'appliquer les critères alternatifs du Tribunal fédéral à cette catégorie constitutionnelle

3 . La hiérarchie des normes d'origine jurisprudentielle.

Il ne s'agit pas ici d'entrer dans le débat sur l'existence d'une hiérarchie parmi les droits constitutionnels en général, et encore moins de soulever le problème de la supra-constitutionnalité éventuelle de certains droits ou principes, mais simplement de relever que parmi les droits que nous avons recensés comme non écrits, le vocabulaire utilisé par le juge donne l'impression qu'il accorde une plus grande valeur à certains qu'à d'autres.

Cela est particulièrement net avec le Tribunal fédéral qui, à propos de la liberté individuelle, a déclaré qu'elle était *la liberté première, dont découlent tous les autres droits*¹⁷³; ce n'est pas une simple formule littéraire mais l'expression d'une orientation

¹⁷² Loi portant amnistie, Rec. p. 119.

¹⁷³ ATF 90 I p. 37, X. c. Chambre d'accusation du canton de Genève, 25 mars 1964, précité p. 15.

profondément libérale du juge dans sa politique jurisprudentielle, car il en tire des conséquences juridiques, puisqu'en matière de liberté individuelle, *inaliénable et imprescriptible*, il n'oppose au justiciable aucun délai de recours en cas de violation grave. M. Rossinelli fait d'ailleurs observer que les droits fondamentaux, selon la conception du Tribunal fédéral (conception qui est généralement approuvée par la doctrine), *sont destinés à protéger des facultés et des droits essentiels assurant avant tout l'épanouissement de la personne humaine, et qu'en conséquence, la garantie générale de toutes les facultés humaines imaginables aboutirait à un nivellement et à une perte de substance de ces aspects essentiels en plaçant, par exemple, selon la conception systématique de Z. Giacometti, la liberté d'expression et la liberté de se baigner dans une piscine ou la liberté de conscience et la liberté de fumer, sur un même pied*¹⁷⁴.

En France, il est plus difficile d'établir l'existence d'une hiérarchie parmi des droits et principes dégagés par le Conseil constitutionnel ; on remarque tout de même que la liberté de manifestation n'est pas affirmée aussi nettement que la liberté d'association et que sa situation juridique n'est pas la même, puisqu'elle s'accommode fort bien, aux yeux du Conseil, d'un contrôle préventif de la part des pouvoirs publics, contrairement à cette dernière.

B. Faure¹⁷⁵ s'est interrogé sur la possible infra-constitutionnalité des objectifs de valeur constitutionnelle, pour conclure finalement qu'en raison de l'évocation, par le juge, de normes écrites, ces objectifs auraient, en tant que catégorie générique du moins, la même valeur que la Constitution elle-même. Le juge constitutionnel français, à la différence de son homologue suisse, n'affirme pas clairement la prééminence de la liberté individuelle sur tous les autres droits et libertés : "Considérant que la liberté individuelle constitue *l'un* des principes fondamentaux garantis par les lois de la République..."¹⁷⁶. On trouve pourtant, dans la doctrine française, l'expression d'une conception tout à fait semblable à celle du tribunal fédéral : pour J. Rivero, "la liberté individuelle, ou mieux, selon la formule de la Déclaration, la sûreté, est beaucoup plus qu'une liberté parmi d'autres : garantie de la sécurité juridique de l'individu face au pouvoir, elle est le bouclier de toutes les autres libertés"¹⁷⁷.

¹⁷⁴ *Les libertés non écrites, op. cit.* p.238.

¹⁷⁵ Article précité à la RFDC 1995, p. 76.

¹⁷⁶ Décision du 12 janvier 1977.

¹⁷⁷ Jean RIVERO, *le Conseil constitutionnel et les libertés*, Economica, Paris, 1987, p.74. Louis FAVOREU et Loïc PHILIP considèrent, eux-aussi, la liberté individuelle comme le "bouclier" de toutes les autres libertés (*Les grandes décisions...*, 6ème édition, Sirey, 1991, p.358).

Tableau 1

Droit du Tribunal fédéral	Contenu et droits dérivés éventuels	Droit constitutionnel français équivalent	Origine déclarée (autre origine possible)	Contenu et droits dérivés éventuels
garantie de la propriété	ne peut être vidée de sa substance; indemnisation	droit de propriété (se limite souvent à un droit à indemnité)	art.2 et 17 DDH	ne doit être dénaturé ; indemnisation
liberté d'expression	liberté d'opinion de communication et d'information	libre communication des pensées et des opinions	art. 10 et 11 DDH	liberté d'opinion, liberté d'expression, pluralisme, liberté de manifestation
liberté personnelle	intégrité corporelle intégrité psychique droit d'aller et venir droit à la vie, à la dignité protection de la sphère privée	liberté individuelle	art. 1, 2 et 4 DDH art. 66 Const. 1958	liberté d'aller et venir inviolabilité du domicile protection de la vie privée liberté du mariage <i>liberté personnelle</i>
liberté de la langue et principe de territorialité	droit d'user de sa langue maternelle, éventuellement de sa 2ème ou 3ème langue familiale, si elle a le caractère de langue nationale	libre choix des termes incorporés à la langue française ; liberté pour les enseignants et les chercheurs de publier leurs travaux dans d'autres langues que la langue française	combinaison de l'art.2 Const. 1958 et 11 DDH	liberté limitée par l'art. 2 al. 2 "la langue de la République est le français" pour les personnes publiques et privées chargées d'un service public
liberté de réunion	possibilité de discuter ensemble et de prendre position sur des questions politiques, même en dehors des partis politiques (ne comprend pas la liberté de manifestation)	liberté d'opinion (n'est pas dissociée de la liberté d'expression)	(loi du 30 juin 1881) (art. 11 CEDH)	(la liberté de manifestation est déduite de la liberté d'expression)
droit au minimum vital	les aides existantes ne peuvent, sauf exception, être totalement refusées	droit à la sécurité matérielle	alinéa 11 du Préambule de 1946	mis en oeuvre par le législateur qui ne peut le vider de tout contenu

Tableau II

L'application des critères du Tribunal fédéral aux *objectifs de valeur constitutionnelle*.

Objectifs	Décision (s)	Source écrite possible	Élément indispensable de l'ordre démocratique ou de l'État de droit, ou condition d'exercice d'autres libertés
sauvegarde de l'ordre public	82-141 DC 86-217 DC	art. 2 DDHC (sûreté)	peut correspondre aux deux critères.
respect de la liberté d'autrui	id.	art. 4 DDHC	sans objet : source écrite
pluralisme des moyens d'information	84-184 DC 86-210 DC	art. 11 DDHC	condition d'exercice de la liberté de communication des pensées et des opinions
transparence	id.	?	condition de la liberté de formation de l'opinion
lutte contre la fraude fiscale	86-209 DC	art. 13 DDHC	condition de l'égalité devant l'impôt
apaisement social	88-244 DC	?	?

Seconde partie

LE POUVOIR CRÉATEUR DU JUGE CONSTITUTIONNEL ET LA THÉORIE DU DROIT

Lorsqu'elle constate l'existence d'un certain pouvoir créateur du juge constitutionnel, la science du droit doit-elle se contenter d'en prendre acte, et d'en rendre compte de manière purement descriptive, en considérant cela comme un *acte de volonté* accompli par un organe autorisé d'application du droit, comme elle prend acte des pratiques constitutionnelles des autres organes étatiques que sont le législateur ou l'exécutif ? Kelsen tenait pour un "fait bien connu que, par la voie d'une interprétation authentique, il est créé beaucoup de droit nouveau - en particulier par les Cours suprêmes statuant en dernier ressort"¹⁷⁸. Mais il distinguait soigneusement de cette interprétation *authentique* (par les organes habilités à le faire) l'interprétation du droit par la science juridique, consistant à déterminer, par une opération purement intellectuelle, le sens des normes juridiques, et il niait la possibilité de dégager du droit nouveau par une interprétation purement intellectuelle du droit en vigueur. Pour lui, tenter de faire croire à la fiction qu'une norme juridique ne permet jamais qu'une seule interprétation, l'interprétation "exacte" ou "vraie", ce serait, même si cela peut présenter de grands avantages politiques, faire passer un simple jugement de valeur politique pour une vérité scientifique, et c'est une chose que la science du droit doit éviter avec le plus grand soin. Elle devrait donc se limiter, selon Kelsen, à une analyse critique des normes qui montre toutes les interprétations possibles, y compris celles qui ne sont pas souhaitables, afin d'inciter les autorités qui créent le droit à formuler des normes qui soient le plus univoques possible, contribuant ainsi à un haut degré de sécurité juridique.

Nous savons bien que l'avocat qui défend son interprétation de la règle en affirmant qu'elle seule est conforme à la volonté du constituant, que le juriste qui, de son cabinet, postule l'existence d'un principe non écrit, cherchent tous deux à influencer sur la création de droit par les organes habilités et ne sont pas eux-mêmes, en ce sens, des *créateurs* de droit. Qu'ils remplissent une fonction de politique juridique est indéniable, mais faut-il pour autant leur nier toute fonction scientifique ? Kelsen, dans le souci d'asseoir la science du droit, a tenu à séparer soigneusement ce qui relève de la connaissance et ce qui relève de la volonté ; ce cadre d'analyse peut se révéler d'un grand intérêt, mais ne doit jamais faire perdre de vue qu'acte de connaissance et acte de volonté sont liés lors de l'application du droit par les organes habilités. Lorsque la théorie pure

¹⁷⁸ *Op. cit.* p. 461.

affirme que seuls les organes étatiques habilités, les *interprètes authentiques*, créent le contenu des règles de droit, elle entretient une ambiguïté fondamentale : créer peut signifier “faire accéder à la validité, à l’effectivité”, mais aussi “déterminer un contenu sans intervention extérieure” ; cette dernière acception ne correspond pas à la réalité que nous observons : quand le juge constitutionnel fait accéder une norme à la validité, il accomplit certes un *acte de volonté*, mais pour déterminer le contenu de cette norme, il a également accompli, dans une mesure variable, un *acte de connaissance* qui intéresse au plus haut point la science du droit.

Pour F.A Hayek, affirmer, comme semble le faire la Théorie pure, que le contenu de toute règle de droit a été délibérément créé par un acte de volonté n’est que “l’expression naïve du phantasme constructiviste” et est faux quant aux faits¹⁷⁹.

La théorie réaliste de l’interprétation, dont l’un des principaux représentants en France est Michel Troper, et qui s’efforce, continuant l’oeuvre de Kelsen, d’épurer la théorie du droit de tout ce qui relève du politique, de la morale ou de la sociologie, met tellement l’accent sur le pouvoir créateur du juge qu’elle en fait le véritable auteur du texte qu’il interprète : “... il n’existe aucune hiérarchie entre la Constitution et les décisions du Conseil constitutionnel. La décision est en effet fondée sur une norme constitutionnelle, mais celle-ci n’est pas le texte de la Constitution ; c’est la signification que lui attribue le Conseil. Autrement dit, le Conseil - et ses décisions - n’est pas soumis à une norme qui émanerait du pouvoir constituant”¹⁸⁰. Michel Troper concède bien que le juge, dans sa grande liberté, demeure soumis à certaines contraintes, mais pour lui ces contraintes ne tiennent pas au contenu des normes ni aux règles d’interprétation.

Nous pensons que la théorie réaliste comme la théorie pure sous-estiment les possibilités d’interprétation et de création de règles nouvelles par voie de connaissance du droit existant, et qu’il faut résister à la tentation de penser que, puisque finalement la création ne se distingue pas nettement de l’interprétation, le juge jouirait dans tous les cas d’une liberté illimitée ; le fait qu’il prenne parfois des libertés n’implique pas que cela soit toujours conforme à son rôle, et dans la plupart des cas son activité créatrice est étroitement dépendante du droit positif. Et s’il advient que le juge s’inspire de règles qui n’ont encore été validées par aucune autorité, mais qui sont soit implicites dans des règles en vigueur, soit appliquées en fait, il nous semble que la science du droit peut s’y intéresser sans trahir son idéal ; qu’il puisse s’agir de normes métaphysiques, de “valeurs”, que le juge transforme en règles de droit, ne constitue pas un obstacle au raisonnement scientifique : si le juriste de cabinet ne peut pas toujours, au nom de la science, par un pur acte de connaissance, choisir, parmi les différentes valeurs possibles celles qu’il convient de privilégier, on ne peut lui contester la faculté d’indiquer celles qui sont compatibles avec le droit positif, et celles qui ne le sont pas ; la science du droit ne doit pas se contenter de décrire la jurisprudence du juge constitutionnel, mais au contraire essayer de l’influencer, selon les cas en le confortant, en l’amenant à infléchir sa position ou à reconnaître de nouveaux droits en argumentant, comme le souhaite Dominique Rousseau, “de leur cohérence ou de leur complémentarité avec les principes déjà

179 Friedrich A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, tome 2 de l’édition française, Paris, P.U.F. 1986, p. 54.

180 Michel TROPER, *Justice constitutionnelle et démocratie*, R.F.D.C. 1990, p. 37.

existants”¹⁸¹, ce qui peut concourir à l’approfondissement de la démocratie. En agissant ainsi, la doctrine remplit évidemment une fonction de politique juridique, mais l’optique positiviste, en privilégiant cet aspect, ignore une partie importante du processus de détermination du contenu des normes ; il peut être louable de vouloir placer la science juridique à l’abri de la philosophie, de la morale et de la politique, mais cela n’implique pas que l’on méconnaisse l’étendue du domaine du droit ; par exemple, lorsqu’en 1977 Georges Morange¹⁸², commentant l’attitude du Conseil d’Etat face à l’obligation du port de la ceinture de sécurité, soutenait l’inconstitutionnalité de cette mesure en montrant son incompatibilité avec les articles 4 et 5 de la Déclaration de 1789 (*la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ; la Loi n’a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société*), on pouvait bien considérer que son commentaire était inspiré par une philosophie politique libérale, il n’en était pas pour autant dépourvu d’arguments juridiques susceptibles d’intéresser la science du droit.

L’étude de la jurisprudence du Tribunal fédéral montre que l’on sous-estime généralement en France les possibilités de création jurisprudentielle, ce qui a pour conséquence que le Conseil constitutionnel a tendance à user d’une motivation peu convaincante dans ses décisions créatrices, en se rattachant artificiellement à des dispositions écrites, et que la communauté des juristes délaisse un terrain qui est pourtant le sien.

Il nous faut d’abord, afin de limiter les risques de malentendu, revenir sur la distinction entre la création d’une règle de droit et sa simple déduction, et clarifier ces notions essentielles ; ce sera l’occasion d’éprouver la méthode d’analyse dite “*systemale*” proposée par M. Timsit¹⁸³ (chapitre premier). Nous nous efforcerons ensuite de montrer que la création, fait objectif dont la description du droit positif doit tenir compte, n’est pas un pur acte de volonté, et que la connaissance y tient plus de place qu’on ne l’admet généralement (deuxième chapitre). Nous défendrons l’idée selon laquelle la création de droit n’est pas forcément un abus de pouvoir de la part du juge, qu’elle est même souhaitable et conciliable avec la théorie démocratique, la communauté des juristes ayant d’ailleurs un rôle à tenir dans le processus de création (troisième chapitre). Nous verrons enfin que le pouvoir créateur du juge est lié à la nature de la règle de droit, qu’il se manifeste d’ailleurs surtout en présence de textes, mais qu’il connaît des limites objectives (quatrième chapitre).

¹⁸¹ Dominique ROUSSEAU, *Une résurrection : la notion de Constitution*, R.D.P. 1990, p. 21.

¹⁸² Georges MORANGE, *Réflexions sur la notion de sécurité publique (A propos d’une prescription contestée de la police de la circulation : l’obligation du port de la ceinture de sécurité)*, Dalloz 1977, *Chronique* p. 61 à 66.

¹⁸³ Gérard TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, P.U.F., 1991.

Chapitre premier

INTERPRÉTATION ET CRÉATION

Notre première partie a montré qu'il n'existait pas de limite nette entre ces deux notions, mais une succession de degrés qui font passer insensiblement de l'une à l'autre, la création à l'état pur étant finalement assez rare ; ce phénomène est obscurci par le fait que la création se voile souvent (particulièrement dans le cas du juge français) d'une référence à une disposition constitutionnelle écrite ; sur un autre plan, il est également obscurci par l'habituelle illusion positiviste qui consiste à confondre le droit et les textes, ou, plus précisément, à croire que le pouvoir créateur ne s'exercerait qu'en dehors des textes, ou contre eux, mais ne résiderait pas dans la simple interprétation d'un texte.

Il est par ailleurs évident que le juge qui crée une nouvelle règle constitutionnelle ne la dégage pas d'une "stratosphère" juridique à laquelle il aurait seul accès, pas plus qu'il ne la trouve dans sa seule conscience : il donne seulement valeur constitutionnelle à une règle ou à un principe qui existait déjà soit à un autre niveau de l'ordre juridique, soit dans un domaine extérieur au droit, mais en tout cas en un lieu tel qu'il était susceptible d'une certaine connaissance ; nous avons vu que très fréquemment la règle nouvellement consacrée par le juge constitutionnel existait déjà, avec un contenu voisin ou identique, à un niveau inférieur de l'ordre juridique interne : règle constitutionnelle cantonale dans le cas du Tribunal fédéral, règle législative ou jurisprudence du Conseil d'Etat dans le cas du Conseil constitutionnel ; occasionnellement, la règle nouvelle s'inspire du droit international ou du droit comparé ; très souvent enfin, la règle nouvelle est déduite d'autres règles constitutionnelles existantes.

Il est non moins évident que dans le processus de création, en présence de textes ou non, le juge s'inspire non seulement de diverses règles juridiques existantes, quelle que soit leur origine, mais également de normes métajuridiques comme la morale, la justice, les valeurs, normes pouvant être difficilement distinguées des normes juridiques lorsque ces dernières les expriment, les transformant par là en normes de droit positif. La science du droit répugne généralement à prendre en considération les normes métajuridiques, avançant à juste titre que le choix parmi elles est un choix politique qui ne peut être exercé suivant des critères purement scientifiques. Mais si la science ne peut faire ce type de choix, elle peut en revanche décrire la manière dont les normes extrajuridiques participent à la création du droit, c'est du moins la conviction du Professeur Timsit, qui propose une méthode d'analyse à laquelle nous allons emprunter certains concepts qui autorisent la prise en compte des valeurs dans une démarche scientifique.

Après avoir souligné l'intérêt de ces questions face à certaines affirmations doctrinales (1), nous montrerons comment l'analyse systématique permet de rendre compte de plusieurs phénomènes essentiels et pourtant habituellement ignorés, comme le fait que les règles dites nouvelles peuvent être déduites de règles existantes (2) ou que la lecture nouvelle d'une règle existante peut déboucher sur une *création* aussi importante que celle d'une règle non écrite (3).

1. Intérêt de la distinction.

"Toute la Constitution, rien que la Constitution". Cette formule¹⁸⁴ caractériserait, si l'on en croit G. Vedel, l'activité du Conseil constitutionnel ces dernières années ; il appuierait ses décisions sur d'indiscutables dispositions écrites, cessant d'invoquer d'incertains principes généraux. Cette affirmation, véritable *credo* positiviste, peut avoir plusieurs significations, mais le contexte dans lequel le Doyen Vedel l'emploie montre bien que le mot "Constitution" doit être compris comme se limitant aux textes constitutionnels. Or, s'il est bien exact que le Conseil constitutionnel semble se référer autant qu'il le peut à des dispositions constitutionnelles écrites, il s'agit parfois d'une référence toute formelle, d'une allégeance symbolique pourrait-on dire : il suffit de confronter certaines décisions au texte constitutionnel pour constater que la règle invoquée par le juge ne s'y trouve pas toujours, ou, en tout cas, n'y est pas exprimée sous une telle forme ; c'est bien le juge qui formule lui-même la règle qui lui paraît propre à fournir la solution juridique souhaitable, et cette règle est rattachée, de manière plus ou moins convaincante, à une disposition écrite. Considérer que le juge constitutionnel empiète moins ainsi sur le pouvoir constituant que lorsqu'il demeure silencieux en ne citant aucune norme de référence, ou lorsqu'il consacre explicitement un principe de valeur constitutionnelle, c'est commettre une erreur d'analyse, car le souci, légitime en soi, du respect des formes, ne peut conduire à négliger le contenu des normes de référence.

Si l'on considère, par exemple, la décision *Maîtrise de l'immigration*,¹⁸⁵ par laquelle le juge invalide la disposition législative qui excluait les étudiants étrangers du bénéfice du regroupement familial en s'appuyant sur le seul alinéa 10 du Préambule de 1946 (*La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement*), il est indiscutable qu'il crée ainsi une règle constitutionnelle nouvelle en s'inspirant d'éléments extérieurs à cet alinéa 10, disposition dont il a été dit qu'elle consacrait l'existence de la famille, mais qui, si on la regarde sans préjugé, n'a aucun rapport visible avec le statut des étrangers et consacre tout au plus le principe d'une certaine aide sociale (l'appréciation des "*conditions nécessaires à leur développement*" présenterait d'ailleurs de grandes difficultés au juge qui aurait à concrétiser cette disposition). La bonne foi oblige à admettre que l'alinéa 10 représente dans cet exemple davantage un prétexte qu'un texte que le juge aurait eu à appliquer ou même à interpréter ; il y a eu *création* par le juge d'une règle constitutionnelle nouvelle selon laquelle *les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener*

¹⁸⁴ G. VEDEL, *Le précédent judiciaire en droit public français*, RIDC, vol. 6, 1984, p. 283.

¹⁸⁵ Décision 93 - 325 DC du 13 août 1993 précitée.

une vie familiale normale ; que ce droit comporte en particulier la faculté pour ces étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs (cons. 70). Ce n'est assurément pas dans les textes constitutionnels que le juge a pu trouver toutes ces indications ; les a-t-il inventées lui-même ? Nous avons vu qu'il s'était contenté de reprendre les formules de l'arrêt *G.I.S.T.I.* du Conseil d'Etat, arrêt dans lequel le juge administratif déclarait s'inspirer, quant aux modalités pratiques de la *vie familiale normale*, des conventions internationales souscrites par la France. Le juge constitutionnel n'a donc pas déterminé arbitrairement le contenu de la norme constitutionnelle nouvelle, mais il a librement choisi de donner valeur constitutionnelle à ce contenu. Cet exemple illustre l'ambiguïté de la notion de *création* : le Conseil n'a pas créé lui-même la notion de *vie familiale normale*, mais il en a créé l'expression constitutionnelle.

Ce dernier emploi du verbe créer peut conduire à une tautologie : les positivistes définissent le droit comme un ensemble de règles qui prescrivent un comportement et qui sont sanctionnées par l'autorité ; ils affirment que les règles d'origine diverse ne deviennent des normes de droit qu'après avoir été *créées* par la volonté souveraine du législateur ou accessoirement par celle du juge, c'est-à-dire après que la validité leur ait été conférée par des organes habilités. Toute norme valide est donc une norme qui a été posée ; mais "posée" signifie "rendue valide", et "rendue valide" signifie "effectivement imposée par l'autorité compétente".

Cela revient donc à dire qu'une norme de droit positif est une norme qui est imposée par l'autorité compétente, et cela escamote complètement la question fondamentale du *contenu* de la norme : quelles sont, quant à leur contenu, les normes qui vont être effectivement imposées par l'autorité ? Celles qui lui plaisent, celles qui sont le produit de son dessein, ou celles qui existent indépendamment de sa volonté et qui sont admises ou suivies en fait ? "La question de savoir quelle règle imposer dans un cas concret ne peut souvent pas être tranchée par un acte de volonté, mais seulement par un processus de raisonnement systématique montrant quelle est la règle dont l'application au cas d'espèce satisfait à l'exigence d'être susceptible d'universalisation sans entrer en conflit avec d'autres règles reconnues"¹⁸⁶.

Si la formule "Toute la Constitution, rien que la Constitution" est supposée correspondre à la jurisprudence actuelle du Conseil constitutionnel, elle représente une tautologie (et alors elle n'est pas opératoire) ou une mystification. Une tautologie, si on la comprend dans le sens où la Constitution serait ce que le Conseil dit qu'elle est, mais on sait que ce n'est pas le sens où l'entend le Doyen Vedel qui, par son emploi, soulignait le retour du juge à une attitude, plus saine, d'ancrage de son raisonnement dans le texte constitutionnel. Reste l'hypothèse de la mystification, ou, plus exactement, la France étant le pays d'origine de la méthode Coué d'auto-persuasion, d'une variété de *wishful thinking*¹⁸⁷ destinée à ramener les interprètes de la Constitution aussi près du texte que possible. Quoi qu'il en soit, la science juridique ne peut se satisfaire d'une mystification, elle doit dépasser les apparences suggérées par le vocabulaire, et cela est d'autant plus nécessaire que l'acceptation de ces apparences est étonnamment répandue : ainsi une thèse assez récente, citée par Bertrand Faure, propose deux critères qui révéleraient le passage

¹⁸⁶ F.A. HAYEK, *op. cit.*, p. 62.

¹⁸⁷ Suivant l'expression de Michel TROPÉ, *op. cit.* p. 40.

d'une norme textuelle à une norme jurisprudentielle : le détachement de la règle jurisprudentielle du texte qui l'a inspirée, et la "reconnaissance de paternité" de la part du juge, c'est-à-dire "l'endossement de la responsabilité du processus normatif"¹⁸⁸, ce dernier critère étant déterminant aux yeux du Professeur Faure. C'est un argument vraiment étonnant : le juge constitutionnel pourrait ainsi, suivant le premier critère, "altérer la finalité du texte initial" ou "modifier son champ d'application", il n'y aurait pas pour autant de création jurisprudentielle dès lors que la décision ferait référence à un texte, fût-il inadapté, le juge s'abstenant de revendiquer son rôle dans le processus créateur. Faire dépendre ainsi le caractère jurisprudentiel d'une norme de sa reconnaissance par le juge est une démarche intellectuelle qui évoque irrésistiblement celle du fameux Frère Goranflot¹⁸⁹, qui baptisait carpe le canard qu'il désirait manger en Carême, et qu'il convient en conséquence d'éviter soigneusement en présence d'un juge dont la motivation est laconique et la terminologie flottante : on a montré comment une même norme pouvait, au gré des décisions, résulter d'un article de la Constitution, des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, ou constituer un principe de valeur constitutionnelle. Il nous paraît inadmissible de nous en tenir au vocabulaire utilisé par le juge.

En va-t-il autrement en Suisse, le juge fédéral motivant largement ses décisions et ne répugnant pas à revendiquer de la manière la plus claire ses possibilités de création de normes non écrites ? La réponse est affirmative en première approximation ; mais à y regarder de plus près, on observe tout de même une nette propension du juge à s'appuyer sur des dispositions écrites, ce que l'on ne saurait lui reprocher, sauf quand le lien avec ces dispositions devient si ténu que le raisonnement du juge s'en trouve moins convaincant. C'est pourquoi, de l'avis du Professeur A. Grisel, il eût été plus satisfaisant de voir le Tribunal fédéral consacrer certains droits comme des droits non écrits autonomes, plutôt que les déduire de normes préexistantes, qu'elles soient écrites, comme l'art. 4 Cst. féd. qui a été très sollicité (droit d'être entendu, droit d'échapper à l'arbitraire), ou non écrites, comme la liberté personnelle (dont le juge fédéral a fait découler le droit à la vie, alors que la relation logique entre ces deux droits suggère l'opération inverse). Dans l'ensemble, la doctrine suisse semble attacher plus d'importance aux formes qu'au contenu dans son analyse de la distinction entre la concrétisation de droits existants et la reconnaissance jurisprudentielle de libertés non écrites. M. Rossinelli, au moment de conclure sa pénétrante étude du phénomène créateur, estime qu'il n'existe aucune différence de nature entre ces deux procédés, et qu'il n'y a pas lieu d'en établir d'un point de vue juridique et rationnel¹⁹⁰. Il constate que le juge fédéral continue d'attacher des conséquences juridiques à cette distinction purement formelle, qui apparaît donc comme une "contrainte d'origine symbolique que s'impose le juge constitutionnel", et qui lui permet en pratique de moduler son pouvoir

¹⁸⁸ Bertrand FAURE, *les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ?* R.F.D.C. 1995, p. 75 - 76. La thèse à laquelle il emprunte les critères est celle de D. de BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Pau, 1993.

¹⁸⁹ Référence empruntée à Jean RIVERO, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Paris, ECONOMICA, 1987, p.169.

¹⁹⁰ Michel ROSSINELLI, *op. cit.*, p. 269, point D.

créateur selon les situations, se montrant plus ou moins réservé dans la reconnaissance de droits nouveaux, sans que cela apparaisse comme arbitraire : “le Tribunal fédéral fait plus volontiers oeuvre créatrice lorsqu’il lui apparaît que celle-ci peut être rattachée à la Constitution ou à la jurisprudence établie. Par contre, il pose des conditions explicites et restrictives quand un tel rattachement ne lui semble pas justifié et qu’il consacre alors des droits non écrits autonomes”¹⁹¹.

Ainsi, en Suisse comme en France, le juge créerait plus fréquemment du droit nouveau en prétendant appliquer des dispositions existantes que lorsqu’il avoue sa création en recourant, dans le cas du Tribunal fédéral, à la notion de droit non écrit, et, dans le cas du Conseil constitutionnel, à celle de principe de valeur constitutionnelle. Si l’on veut vraiment savoir s’il y a eu création de droit nouveau, il nous faut renoncer à gloser sur le vocabulaire utilisé et à échafauder des constructions savantes sur des expressions qui ne sont souvent que le fruit du hasard et de l’improvisation dans le cas français, et qui, dans les deux cas, résultent souvent d’une stratégie de dissimulation du pouvoir créateur du juge.

Il nous faut quitter le terrain du vocabulaire pour nous intéresser au contenu des normes prétendument déduites du droit existant et à leurs effets sur l’ordonnement juridique, en usant si possible d’une méthode qui permette de rendre compte du degré de nouveauté introduit par le juge au regard des textes qu’il déclare interpréter, tout en ayant conscience de ce que les meilleures techniques d’interprétation n’attribuent que rarement une signification unique à une norme, et ne permettent donc de se prononcer que sur la compatibilité entre la norme nouvelle et le droit existant, sans que l’on puisse affirmer juridiquement que c’était la seule souhaitable. Nous savons d’emblée qu’il sera difficile de fixer un seuil de nouveauté à partir duquel on quitte l’interprétation pour passer à la création, nous formons même l’hypothèse que la véritable création, ou plus précisément la création excessive, celle qui amène le juge à empiéter sur la fonction du constituant, ne commencerait qu’au moment où la norme nouvelle serait en contradiction logique avec l’ordre constitutionnel, car tant que les initiatives du juge demeurent compatibles avec la constitution écrite, il est toujours possible de considérer qu’il la complète, qu’il lui fait produire ses effets juridiques, mais que, ce faisant, il n’usurpe pas les fonctions du constituant ; dans une telle optique, les “créations” jurisprudentielles, malgré la nouveauté qu’elles introduisent dans l’ordre juridique, demeurent des créations mineures qui ne se distinguent pas, dans leurs effets, des interprétations créatrices de règles écrites. Pour comparer les normes non écrites aux normes préexistantes, il nous a semblé que la méthode d’analyse systémale développée par le Professeur Timsit¹⁹² pouvait constituer un instrument efficace car, prenant en compte tous les acquis des techniques modernes de l’interprétation, elle les combine à une nouvelle approche de la juridicité, en définissant cette dernière comme la propriété d’une norme de prendre et de recevoir sa signification tant de ses destinataires (le terme auteurs est à dessein évité) que de ses destinataires.

¹⁹¹ *Ibid.* point F.

¹⁹² Gérard TIMSIT, *les figures du jugement*, Paris, P.U.F., 1993, p. 177.

2. Les règles dites nouvelles peuvent être en fait déduites de règles existantes.

En présence de ce qui apparaît comme une création du juge, on est souvent tenté d'user d'expressions comme "création *ex nihilo*" ou "règle non écrite" pour signifier simplement que la norme nouvelle d'origine jurisprudentielle ne se trouve pas dans le texte de la Constitution, ou du moins n'y est pas formellement lisible. Mais ces expressions sont finalement assez rarement utilisées avec rigueur, puisque souvent il s'agit soit de règles pouvant être considérées comme implicites (Yann Aguila fait ainsi observer que "l'objectif de pluralisme de la presse est, selon le Doyen Vedel, non pas un principe créé *ex nihilo* par le juge, mais le corollaire de la liberté de la presse"), soit de règles qui, sans être inscrites dans la Constitution, le sont dans un autre texte assez élevé dans la hiérarchie des normes (Convention européenne des droits de l'homme, constitutions cantonales dans le cas de la Suisse), ce qui relativise beaucoup l'ampleur de la création par le juge. Et pourtant il y a bien création chaque fois que, avant qu'une juridiction ne se prononce sur un cas d'espèce, les juristes les plus avisés ne peuvent prédire (avec un faible degré d'incertitude) quelle est la norme de référence qui sera finalement retenue pour donner sa solution à l'affaire. Cette situation correspond à ce que G. Timsit nomme une conversion, c'est-à-dire une stratégie de codétermination¹⁹³ de la part du juge, dans laquelle l'émergence d'un sens nouveau tient une place essentielle, plutôt que la résurgence d'un sens déjà présent dans un texte.

Emergence plutôt que résurgence, car dans les mécanismes de conversion, il n'existe plus, ou pratiquement plus, de texte dans lequel ancrer l'opération de codétermination (ou il en existe trop, qui sont contradictoires). Dans l'opération de conversion, ce sont les croyances et les valeurs qui entourent l'affaire qui vont permettre de choisir entre plusieurs significations si différents textes s'opposent, ou d'en inventer une si aucune de celles qui se proposent ne paraît appropriée en la circonstance. Pour le Professeur Timsit, le coefficient de conversion demeure faible tant que le juge procède à une condensation de règles éparses et partielles et qu'il se contente de les rassembler et de les formaliser dans une solution cohérente : "coefficient faible, car la norme existait déjà dans des textes antérieurs et le juge se contente de lui conférer une nouvelle autorité ou de l'étendre à un nouveau domaine¹⁹⁴". Dans cette optique, les libertés non écrites du Tribunal fédéral, à l'exception de la liberté de la langue, ne correspondraient qu'à un faible coefficient de conversion puisqu'elles se trouvaient déjà reconnues en droit cantonal. En France, il en irait de même des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : ces principes ayant été par hypothèse posés par le législateur

¹⁹³ G. Timsit distingue trois modes d'accession de la norme à sa signification : la **prédétermination**, qui est le sens conféré à la norme par le législateur ou le constituant (le *destinateur*), la **codétermination**, qui est la signification donnée à la norme par l'organe chargé de l'appliquer, et la **surdétermination**, qui représente le champ de décodage de la norme, ensemble de valeurs, principes, croyances auxquels adhèrent les membres d'une communauté. L'auteur insiste sur la nécessité pour la théorie du droit de traiter - juridiquement bien sûr - des valeurs qui inspirent et orientent les solutions de droit. Les trois modes d'accession à la signification peuvent jouer séparément ou simultanément, la part respective de chacun variant en fonction de celles des autres.

¹⁹⁴ G. TIMSIT (1991) p. 146.

républicain, ils ne sont que choisis par le juge constitutionnel, et non créés par lui.

Le coefficient de conversion est plus élevé lorsqu'une norme nouvelle est produite par la conciliation de textes porteurs de principes contradictoires, l'autonomie du juge augmente.

Enfin le coefficient de conversion le plus élevé correspond à la production d'une norme par invention, c'est-à-dire sans référence à un texte, ou même en contradiction formelle avec les textes. Le rôle de la prédétermination se trouve alors réduit à néant (le texte n'existe pas, ou il est délibérément ignoré dans son sens formel) et la surdétermination, c'est-à-dire le code culturel, joue un rôle maximal (pré- et codétermination sont en situation de corrélation inversée l'une par rapport à l'autre : plus il y a de prédétermination inscrite dans le texte par l'auteur de la norme, avec rigueur et précision, moins il y a de place pour une lecture de la norme par son interprète, moins il y a donc de codétermination ; la surdétermination varie indépendamment du degré de prédétermination, de sorte que la distinction tripartite de M. Timsit peut être schématisée par deux axes, un axe horizontal figurant le degré, plus ou moins élevé, de surdétermination, et un axe vertical, le passage progressif de la prédétermination, où le rôle de l'interprète est réduit face au texte, à la codétermination, où l'interprétation prend une importance décisive ; dans toutes les situations intermédiaires, il y a mélange, dans des proportions variables, de pré- et de codétermination. Ainsi lorsque l'on dit, comme dans l'exemple précédent, que *le rôle de la prédétermination est réduit à néant*, cela sous-entend que la codétermination est maximale).

Le code culturel peut se manifester de deux façons :

- par l'affirmation péremptoire de la compétence d'une instance (ou de son incompétence), au moyen de formules telles que "il appartient de toute évidence au Parlement ..." (décision 79 - 111 DC du 30 décembre 1979).
- par le recours à des concepts producteurs d'effets juridiques tels que la notion de service public ou les principes généraux du droit, ces derniers constituant l'une des manifestations objectives les plus nettes du code culturel dominant dans notre système juridique.

Dans ces situations, le juge ne s'inspire plus de textes précis, mais bien de valeurs telles que "l'Etat de droit", les "exigences de la conscience juridique moderne", "l'état de la civilisation", et pourtant il assure qu'il ne crée pas ces principes, mais qu'il les *dégage* de l'esprit des institutions ou de la tradition juridique. Si l'on suit ce dernier raisonnement, on se rend compte que la recherche d'un "seuil de transition entre l'interprétation - même la plus constructive - et la création jurisprudentielles" demeurera vaine tant que l'on se fondera sur des indices inopérants tels que "le détachement de la règle jurisprudentielle du texte qui l'a inspirée" et "la reconnaissance de paternité de la part du juge", alors que le juge affirme précisément qu'il n'est pas l'auteur de la règle, mais qu'il la *dégage*, ou même qu'*elle s'impose*.

L'analyse systémale fournit peut-être un moyen de savoir quand on passe du texte au principe jurisprudentiel : ce serait quand la prédétermination est très faible ou nulle, et donc que le juge, quoi qu'il en prétende, s'en remet au code culturel dominant (et cela même si ce code culturel s'exprime déjà de manière diffuse dans des textes de droit positif). Mais il faut dès à présent souligner que l'absence de texte, s'accompagnant d'un

rôle déterminant du code culturel dominant dans l'élaboration de la norme, ne s'identifie pas nécessairement au pouvoir créateur maximal du juge.

3. La lecture nouvelle d'une règle existante constitue aussi une création.

L'analyse systémale permet de distinguer plusieurs hypothèses, suivant la combinaison des mécanismes de prédétermination, codétermination et surdétermination :

A - les hypothèses où le jugement est à la fois pré- et surdéterminé par le texte.

G. Timsit donne à cette situation le nom de *transcription*, pour exprimer l'idée que le jugement est une reproduction fidèle du texte, dans sa lettre et dans son esprit : le juge n'est que le transcripateur du droit. Ce type de jugement représente une figure idéale, c'est le paradigme des positivistes. Le pouvoir créateur du juge y est inexistant ou marginal, à condition, évidemment, ajoute G. Timsit, "qu'il réussisse à déceler la logique du législateur, et que, l'ayant décelée, il n'en fasse pas un simple alibi, une simple couverture pour dissimuler sa propre logique et la faire ainsi prévaloir sur celle du législateur - auquel cas, il ne s'agirait plus de transcription"¹⁹⁵.

B - celles où, à la prédétermination par l'auteur du texte s'ajoute la codétermination opérée par le juge, lecteur ; la logique de l'auteur n'est dans ces hypothèses pas décelable et le juge doit introduire la sienne : la surdétermination ne peut être déduite du texte. Le juge, lisant la loi, va lui faire dire ce qui n'y est pas inscrit, d'où le nom de *transdiction* donné à cette figure ; il y a codétermination car le sens de la norme dépend autant du texte que du code culturel qui préside à sa lecture, et le pouvoir créateur de la jurisprudence commence là. Le juge se livre à un "travail du texte", il essaye d'en extraire le sens qui y est enfoui (résurgence ou restitution du sens), ou d'en faire surgir un sens nouveau (émergence). L'émergence d'un sens nouveau peut se faire de deux manières très différentes : ou bien le juge prend en considération les conditions de fait dans lesquelles le texte doit être appliqué (actualisation), ou bien, il fait intervenir ce que G. Timsit appelle les conditions *dialogiques*, c'est-à-dire les "attentes, croyances ou valeurs auxquelles adhèrent les partenaires d'une stratégie de codétermination" (conversion).

Quand le travail du texte donne lieu à la restitution de son sens, il ne s'agit pas d'une pure reproduction de ce sens, car le juge doit se livrer à une lecture qui exige une certaine appréciation ; c'est le problème de l'opération de qualification juridique des faits, qui est loin d'être toujours mécanique : pensons à la notion de "perspective monumentale" de l'arrêt *Gomel* ¹⁹⁶. Mais l'essentiel du sens de la norme lui est encore conféré par le texte : prédétermination.

Quand le travail du texte constitue une actualisation, le sens de la norme lui vient au contraire pour l'essentiel de la lecture qui en est faite, c'est-à-dire des opérations de codétermination qui se produisent à son propos. Il y a émergence d'un sens nouveau ; les

¹⁹⁵ G. TIMSIT (1993) p. 167.

¹⁹⁶ C.E. 4 avril 1914, *Gomel*, Rec. p. 488.

conditions de fait n'interviennent plus seulement dans la qualification juridique des faits, mais elles sont prise en compte pour modifier ou même neutraliser l'application du texte et de la norme dont il est porteur, en recourant à des notions telles que "les circonstances locales", "exceptionnelles", "imprévisibles" qui constituent des standards laissant une marge d'appréciation notable.

Enfin, dans l'opération de conversion, l'émergence d'un sens nouveau est d'autant plus nette qu'il n'y a plus de texte dans lequel on puisse ancrer la codétermination, ou qu'il y en a trop, qui sont contradictoires. Cette situation a été décrite dans le paragraphe précédent, nous avons indiqué que le juge a tendance, en l'absence de texte directement applicable au cas d'espèce, à invoquer des textes n'ayant qu'un lien indirect avec la situation, mais qui ont valeur de signes symboliques, de preuves de l'existence d'un sentiment social dominant (G. Timsit dit qu'ils ne sont pas invoqués au titre de la prédétermination, mais à raison de leur valeur de signes d'une surdétermination). On pense bien sûr au critère du consensus du Tribunal fédéral : en l'absence de texte applicable, il va invoquer les constitutions cantonales, la Convention européenne des droits de l'Homme, le droit comparé, pour accorder ou refuser le label constitutionnel à un droit ou à une liberté ; ce critère est appliqué avec une telle souplesse que l'on voit bien qu'il s'agit moins d'une démarche syllogistique, qui consisterait à rechercher la règle applicable pour lui faire produire ensuite ses effets (prédétermination - jugement transcriptif) que de la démarche inverse : recherche du résultat souhaitable puis, seulement, recherche de textes d'appui aussi convaincants que possible¹⁹⁷.

En France, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République sont utilisés de la même manière : suivant la volonté du juge constitutionnel, ils émergeront et connaîtront la gloire d'une constitutionnalisation, ou bien ils demeureront dans l'oubli, confinés aux éditions d'avant 1946 du Journal officiel. Le commissaire du Gouvernement Romieu ne disait-il pas déjà qu'en fait, dans toute affaire sérieuse, le juge choisit d'abord le résultat auquel il veut parvenir, et qu'il bâtit ensuite le raisonnement juridique qui y conduit ?

C - G. Timsit distingue une troisième figure du jugement, dans laquelle le juge respecte la lettre de la loi (prédétermination) mais en ignore les éléments de surdétermination et y substitue ceux qu'il apporte lui-même ; il la nomme *transgression* parce que, sans violer ouvertement la loi, le juge la subvertit en la soumettant à un code de lecture différent de celui qui y est pourtant décelable. Cet auteur observe "qu'à la différence des jugements - transdiction, accueillis en général par des commentaires ou des appréciations modérés dont la portée reste limitée au public des revues spécialisées, la transgression provoque au contraire débats publics et prises à partie". Il indique que des techniques classiques, comme celle des principes généraux du droit ou celle de l'erreur manifeste, peuvent avoir des effets de transgression remarquables. Le plus souvent, le juge substituera au code culturel de l'auteur du texte celui qui apparaît comme dominant

¹⁹⁷ Dans cette situation, la position des textes d'appui dans la hiérarchie des normes n'a donc qu'une importance secondaire, car, *bien que n'ayant pas de lien objectif et direct avec les textes pertinents, (ils) sont utilisés par le juge afin de démontrer que, dans tel type de situation, tel type de sentiment social domine et par conséquent tel type de solution doit prévaloir* (Les figures du jugement, p. 183).

au moment où il se prononce ; ainsi la lecture faite en 1971 par le Conseil constitutionnel du Préambule de 1946 n'était probablement pas de celles que l'on envisageait en 1958 (ni sans doute en 1946 : l'art. 81 de la Constitution évoquait certes "les droits et libertés garantis par le préambule de la présente Constitution", mais c'était dans une section consacrée aux départements et territoires d'outre-mer, pour affirmer l'égalité entre les nationaux français et les ressortissants de l'Union Française¹⁹⁸ et non dans un but normatif, et il n'existait de toute façon aucun contrôle de constitutionnalité des lois) mais elle correspondait à l'esprit de son époque : elle fut généralement saluée par la doctrine parce qu'elle renforçait une liberté publique et parce qu'elle étendait le contrôle de constitutionnalité.

Il peut arriver que le juge adopte un code de lecture qui diffère non seulement de celui de l'auteur du texte, mais également du code dominant ; ce code déviant peut être révolutionnaire ou réactionnaire. Pour G. Timsit, ces jurisprudences déviantes (il cite en exemple les décisions émanant des "juges rouges" ou portant sur des affaires comme celle du milicien Paul Touvier) représentent la transgression maximale. Peut-on trouver des exemples de jurisprudence constitutionnelle transgressive ? Par l'ampleur des effets qu'elle a produits, la décision *maîtrise de l'immigration* ¹⁹⁹ semble être une candidate sérieuse à un classement dans cette catégorie, essayons donc de lui appliquer l'analyse systémale.

En ce qui concerne le droit d'asile, on se trouvait incontestablement en présence d'un texte applicable, sauf à contester la valeur constitutionnelle du Préambule de 1946, ce que fit, entre autres, le Sénateur Etienne Dailly, qui était d'avis qu'en aucun cas, les membres du Conseil constitutionnel n'avaient et ne devaient avoir de pouvoir législatif ni constituant, et qu'il n'était "pas acceptable qu'ils se permettent d'ériger en obligation constitutionnelle des dispositions qui ne figurent pas dans la Constitution et ne sont évoquées qu'à titre de principe et dans des préambules qui n'ont aucun pouvoir normatif"²⁰⁰. C'est une position que l'on pourrait qualifier de "fossile", à l'échelle de la courte histoire du contrôle de constitutionnalité en France, et, pour la suite de notre réflexion, nous allons considérer la possibilité, pour le Conseil constitutionnel, de se référer à certaines dispositions des préambules comme suffisamment acquise aujourd'hui ; ce type d'argument est d'ailleurs demeuré marginal dans le débat qui a accompagné la décision du Conseil et la révision de la Constitution qui a suivi. Il est exact que le Préambule de 1946 comporte des dispositions à caractère général et programmatique en matière de droits sociaux qu'il serait très difficile au juge de mettre en oeuvre, mais il comprend également des dispositions précises et applicables par le juge lui-même, sans qu'une intervention du législateur soit nécessaire, puisqu'il ne s'agit que de droits classiques de l'individu qui appellent une abstention des pouvoirs publics et non une prestation positive. L'alinéa 4, qui déclare : *Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République*, est du

¹⁹⁸ De fait, cet article a bien servi de fondement au Conseil d'État (dans l'arrêt Annamites de Paris) pour déclarer (en 1956 !) que les ressortissants de l'Union française (en l'espèce, du Vietnam) devaient bénéficier, sur le territoire français, des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et réaffirmés par le Préambule de la Constitution.

¹⁹⁹ Décision 93-325 DC du 13 août 1993, JORF du 18 août 1993, p.11722.

²⁰⁰ Déclaration au Congrès le 19 novembre 1993.

nombre de ces dispositions précises, et semble pouvoir s'analyser en une norme dont le degré de prédétermination est assez élevé, du moins au regard du problème qui se posait : il ne s'agissait pas, en effet, de discuter du sens à donner à des termes comme "persécuté" ou "action en faveur de la liberté", mais de la notion même de droit d'asile, et *tout le monde sait ce qu'est le droit d'asile* (comme le dit parfois la Cour internationale de Justice à propos de mots qui, pris "dans un sens naturel et ordinaire", ont une signification dans le contexte du jugement, sans qu'il soit besoin de procéder à des interprétations savantes²⁰¹). Par sa lettre, l'alinéa 4 prédétermine donc assez précisément l'attitude que doit avoir la République française en matière de droit d'asile ; mais, comme la prédétermination ne dépend pas seulement de la lettre du texte, mais aussi de la logique qui animait l'auteur du texte, en l'occurrence le constituant de 1946, il nous faut également rechercher l'élément de surdétermination éventuellement inscrit dans la norme, l'indication du code qui doit présider à la lecture de la norme. La fermeté du propos, la concision même de cet alinéa, la généralité des termes "tout homme", "les territoires de la République", tout concourt à exprimer l'idée que le constituant a entendu établir solidement le droit d'asile en France.

On pourrait donc en conclure que le Conseil constitutionnel a prononcé, avec la décision *maîtrise de l'immigration*, un jugement de type transcriptif, en ce qui concerne le droit d'asile du moins, puisque son intransigeance à l'égard du législateur ne serait que l'exact reflet de la volonté du constituant de 1946. Cependant nous sommes pris d'un doute : le juge s'est-il vraiment abstenu d'introduire dans son raisonnement des éléments de surdétermination extérieurs, étrangers à la norme ? En apparence, les circonstances de 1946 se prêtaient à une lecture forte de l'alinéa 4, une lecture favorable au droit d'asile : les régimes totalitaires de l'Axe venaient d'être vaincus, et ceux qui se mettaient en place à l'Est rendaient prévisible la persécution de leurs adversaires ; il faut également remarquer qu'il n'existait en Europe aucune structure, en dehors des Etats démocratiques, sur laquelle on puisse compter pour garantir des conditions minimales d'accueil des demandeurs d'asile, et qu'il eût donc été à l'époque assez inconséquent de s'en remettre aux autres, dans cette Europe qui se relevait de ses ruines.

Pourtant, jusqu'en 1993, le Conseil constitutionnel n'avait pas montré qu'il pratiquait une lecture forte de l'alinéa 4 : saisi en 1986 à propos d'une loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, il indiquait simplement dans sa décision²⁰² que le principe posé par le Préambule était "mis en oeuvre par la loi et les conventions internationales introduites en droit interne avec l'autorité prévue à l'article 55 de la Constitution" (il citait la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et le protocole de New York du 31 janvier 1967). Il précisait qu'il appartenait aux divers organes de l'Etat de veiller à l'application de ces conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives, et que leur seule obligation, à l'occasion de la mise en oeuvre

²⁰¹ Sentence arbitrale en l'affaire des *Pêcheurs de la côte septentrionale de l'Atlantique*, citée par Ch. de Visscher, et reprise par G. TIMSIT, *les noms de la loi*, op. cit., p. 81 : "Les négociateurs du Traité de 1818, selon toute probabilité, ne furent pas troublés par de subtiles théories concernant la notion de *baies* : ils pensaient très probablement que tout le monde saurait ce qu'est une baie. C'est dans ce sens populaire qu'il faut entendre ce mot dans le Traité".

²⁰² Décision 86-216 DC du 3 septembre 1986, JORF du 5 septembre 1986, p. 10790.

du droit d'asile, découlait des conventions, lois et règlements, qui interdisent seulement le renvoi du réfugié ou du demandeur d'asile vers le pays où il craint pour sa vie et sa liberté.

Le Conseil avait donc pratiqué jusqu'en 1993 une lecture faible de l'alinéa 4 relatif au droit d'asile ; le Conseil d'Etat, quant à lui, s'appuyait sur la Convention de Genève, le droit d'asile étant pour lui un droit "conventionnel" et non un droit constitutionnel, comme le souligne Louis Favoreu. Il est vrai que le Conseil d'Etat, au début des années 90, a renforcé les garanties offertes aux demandeurs d'asile quant à leur contenu, mais non quant à leur assise juridique : les arrêts d'Assemblée *Nkodia* et *Dakoury*, du 13 décembre 1991, ont ainsi consacré le principe d'un droit au séjour provisoire, au bénéfice de ceux qui sollicitent l'asile ou la reconnaissance de la qualité de réfugié, jusqu'à ce qu'il ait été définitivement statué sur leur demande. Mais alors que le Commissaire du Gouvernement Abraham proposait que le droit au séjour provisoire soit déduit de la nécessité d'assurer au principe proclamé par le Préambule de la Constitution une portée effective, avant de le déduire également de la Convention de Genève et de la loi du 25 juillet 1952, l'Assemblée du contentieux ne retint finalement que ces deux derniers textes. C'est en ce sens que l'on peut considérer que le Conseil d'Etat n'avait pratiqué qu'une "lecture faible" du droit d'asile inscrit dans le Préambule : le contenu de ce droit avait été renforcé, mais sans référence au Préambule.

Pourquoi ce changement de lecture en 1993, alors que la loi déferée avait précisément pour but de mettre en oeuvre les conventions de Dublin et de Schengen, dans des conditions telles que le demandeur d'asile ait la certitude de voir sa demande examinée dans l'un au moins des Etats d'Europe occidentale qui sont réputés offrir des garanties comparables à celles de la France, et que, de surcroît, la Convention de Schengen elle-même (art. 29 § 4) garantissait le droit, pour chaque Etat signataire, d'examiner une demande d'asile après un refus par un autre Etat signataire ?

Pourquoi avoir adopté en 1993 un code de lecture qui eût davantage convenu en 1946, et qui ne l'avait pas été en 1986 dans une situation comparable, sinon semblable ? On peut difficilement parler d'actualisation dans un contexte qui, la construction européenne aidant, se prêtait plutôt à l'attitude inverse. Le juge aurait-il adopté le code culturel dominant en 1993 ? Les débats qui suivirent la décision du Conseil montrèrent que ce n'était pas le cas, que deux codes au moins étaient en concurrence, l'un favorable à une lecture faible du droit d'asile, compatible avec les engagements européens de la France, l'autre favorable à une lecture forte, soucieuse de l'intégrité de la souveraineté nationale et peu confiante dans les capacités de nos partenaires européens d'assurer une effectivité du droit d'asile égale à celle de la France. Entre ces deux codes, il était permis d'hésiter (encore que l'on puisse soutenir que le code dominant s'était manifesté, à une faible majorité il est vrai, par l'adoption du traité de l'Union européenne par voie de referendum en 1992 ; en situation de controverse quant aux valeurs en cause, le juge ne

doit-il pas se tenir à une attitude de réserve prudente ?²⁰³).

Une jurisprudence constante, depuis 1946 pour le Conseil d'Etat²⁰⁴, depuis 1958 pour le Conseil constitutionnel, n'avait vu dans le droit d'asile *stricto sensu* (c'est-à-dire indépendamment du droit des réfugiés) qu'une prérogative de l'Etat, et dans l'alinéa 4 du Préambule de 1946 qu'une "coquille vide". Le revirement de 1993, non justifié par les circonstances de l'espèce (à moins, bien-sûr, de considérer l'harmonisation européenne comme une menace particulière pour les demandeurs d'asile), apparaît bien, à ne lire que les décisions successives, comme la manifestation d'une transgression : respect de la lettre du texte, mais subversion de son esprit (cette décision fait l'objet d'une analyse plus approfondie au quatrième chapitre, nous verrons que les conclusions du commissaire du Gouvernement Abraham, quoique n'ayant pas été suivies sur ce point sans véritable influence sur la solution de l'espèce, laissaient présager une évolution en développant une réflexion herméneutique convaincante sur la substance du droit d'asile proclamé par le Préambule de la Constitution - le problème étant, pour nous, que le Conseil d'État n'avait justement pas reconnu la valeur de cette réflexion).

Dans la typologie des jugements de l'analyse systémale, la transgression représente le pouvoir créateur ultime du juge, mais, dit G.Timsit, elle n'est pas violation, car elle reste attentive à respecter au moins la lettre de la loi. Dans quelle catégorie ranger, alors, l'arrêt *Rohner* du Tribunal fédéral²⁰⁵, qui a été rendu en violation évidente de la réserve du droit cantonal inscrite à l'art. 74 al. 4 de la Constitution fédérale ? Le fait de donner une nouvelle interprétation des termes "ressortissants du canton" et "Suisses" en y incluant les femmes constituait évidemment une transgression de la Constitution appenzelloise : la lettre était respectée, mais le code de lecture était en parfaite contradiction avec celui du constituant cantonal, confirmé par une pratique constante, et en contradiction avec la propre jurisprudence du juge fédéral ("s'écarter du sens clair voulu par le législateur reviendrait en fait à modifier la loi, pouvoir qui n'appartient pas au juge", disait le juge dans l'arrêt *Quinche* de 1957).

Pour ce qui est des articles 4 al. 2 et 74 al. 4 de la Constitution fédérale (principe d'égalité et réserve du droit cantonal), la question est plus délicate ; mais il nous semble que ces deux textes n'étaient pas en contradiction formelle. Y-eût-on décelé une contradiction, elle pouvait être levée par l'examen du contexte direct de ces dispositions, à

²⁰³ Pour Yann Aguila, "lorsque le juge fait appel, dans son oeuvre d'interprète, à des valeurs, il conviendrait de distinguer davantage entre les situations de consensus et les situations de controverse". Plus loin : "Plus contestable est la référence aux valeurs en situation de controverse. Dans ce cas, seule la volonté subjective de l'interprète intervient. Or il n'appartient pas au juge de trancher entre les divers courants de pensée qui peuvent s'opposer dans la société". (Y. AGUILA, *Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle*, RFDC 1995, p.38-39.)

²⁰⁴ La consécration, en 1991, par le Conseil d'État, d'un droit au séjour provisoire au profit des demandeurs d'asile et des candidats au refuge, n'apportait pas de changement décisif, ce droit n'étant déduit que de textes relatifs aux réfugiés, et non du droit d'asile du Préambule, qui est tout de même un droit particulier puisqu'il ne concerne que les "combattants de la liberté".

Il y avait certes, en 1991, un renforcement du contenu du droit d'asile, mais son fondement demeurait conventionnel et non constitutionnel, et ce n'était pas par inadvertance, le commissaire du gouvernement ayant clairement proposé un fondement constitutionnel, mais n'ayant pas été suivi sur ce point.

²⁰⁵ *Supra* p. 72.

savoir la Constitution elle-même, dont l'article 3 déclare : *les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la constitution fédérale, et, comme tels, ils exercent tous les droits qui ne sont pas délégués au pouvoir fédéral*. Comment imaginer, dans ces conditions, qu'une norme qui serait implicitement inscrite dans le principe d'égalité puisse l'emporter à la fois sur une norme expresse et sur la règle d'interprétation ? N'est-ce pas un exemple d'école devant donner lieu à l'application du principe de la formulation expresse, que François Luchaire justifie ainsi : "Ce type d'appréciation incombe d'ailleurs au pouvoir politique (...) le juriste qui n'a aucune responsabilité politique ne peut pour cette tâche se substituer à lui"²⁰⁶. L'esprit de l'article 4 al. 2 était peut-être en contradiction avec celui de la Constitution appenzelloise, et avec celui de l'article 74 al. 4, mais rien dans sa lettre ne l'indique. En l'absence de contradiction formelle entre les textes qu'il avait à appliquer, le juge n'avait pas à faire intervenir des éléments de surdétermination pour choisir entre eux. Il n'était guère possible de tenir compte du fait que l'art. 4 al. 2 était plus récent que l'art. 74 al. 4. Car d'une part, dix années seulement séparaient l'adoption par le peuple de ces deux dispositions : on pouvait donc difficilement arguer de la désuétude de la réserve du droit cantonal. D'autre part l'omission des droits politiques dans un article consacré à l'égalité pouvait justement être considérée comme révélatrice de la volonté du constituant : la révision de l'art. 4 étant intervenue à une époque où la question de l'égalité des droits politiques était tout à fait d'actualité, un oubli du constituant était impensable. Suivant la terminologie de l'analyse systémale, il semble bien que nous soyons en présence d'un *jugement-violation*, à travers lequel se manifeste un pouvoir créateur beaucoup plus important que lors de la consécration de règles non écrites. Cet arrêt n'a pas soulevé les passions, car on s'attendait à ce que, tôt ou tard, le suffrage féminin soit généralisé, mais cela aurait dû résulter d'une votation fédérale ou être décidé par le constituant cantonal ; en voulant précipiter les choses, le juge fédéral n'a pas donné une leçon de droit.

On peut noter, au passage, que le projet de nouvelle Constitution établi en 1995 reprenait mot pour mot, en son article 7, l'actuel article 4 al. 2, sans ajouter l'égalité des droits politiques, et il en allait de même du projet de 1996 (art. 7 également) ; le texte adopté en 1998 par l'Assemblée fédérale ajoute l'égalité "de fait" à l'égalité de droit, mais il ne dit mot des droits politiques (art. 8).

La réserve du droit cantonal est maintenue (art. 39, alinéa premier : La Confédération règle l'exercice des droits politiques au niveau fédéral ; les cantons règlent ces droits aux niveaux cantonal et communal).

Chose curieuse, l'article 115 du projet 95, qui devait remplacer l'actuel article 74 al. 1 accordant expressément le droit de vote fédéral à *tous les Suisses* et à *toutes les Suissesses*, ne parlait plus que de *Suisses* et de *citoyens actifs*, offrant un intéressant exemple d'un affaiblissement de la prédétermination de la norme. On pouvait effectivement penser qu'en matière d'égalité entre les hommes et les femmes, la surdétermination, c'est-à-dire l'ancrage dans les valeurs dominantes, avait tellement progressé qu'il devenait inutile de donner ce genre de précision au texte. Pourtant le texte de 1998 revient, de manière spectaculaire, à l'utilisation des deux genres masculin et féminin, non seulement à l'article 136, relatif aux droits politiques ("tous les Suisses et

²⁰⁶ François LUCHAIRE, *De la méthode en droit constitutionnel*, R.D.P. 1981, p. 275-76.

toutes les Suissesses...”), mais avec une insistance telle qu’elle suscite une certaine irritation, devant les emplois répétés de *citoyens et citoyennes* dans des contextes où aucun doute n’est possible, et face à l’obstination à employer des périphrases destinées à éviter le mot “homme” (*Tout être humain a droit à ...*). Il semble qu’au cours des débats parlementaires portant sur le projet de révision, de vives pressions aient été exercées dans le sens d’une féminisation aussi systématique que possible de la version française du texte, sans que soient entendus ceux qui défendaient la possibilité d’une valeur neutre du masculin dans la langue française²⁰⁷ .

²⁰⁷ Allons-nous devoir nous habituer au style “*les usagers et les usagères des voies publiques sont tenus de ...*”, “*chacun et chacune a le devoir de...*” Pourquoi pas alors “*les juges et les juges sont nommés par..*” et “*les automobilistes et les automobilistes doivent...*” pour que nul (nulle ?) ne puisse penser qu’en l’absence de précision, le texte ne vise que les juges-hommes et les automobilistes-hommes ? En pratique, un tel excès de prédétermination de la norme risquera toujours, même en outrepassant les frontières du ridicule, d’être pris en défaut, car on pourra alors, à l’occasion d’une inadvertance du rédacteur ou d’un texte non actualisé, tirer argument de ce que la loi s’adressait à *quiconque, toute personne, ou à l’enfant* pour soutenir que, connaissant le souci de précision du législateur, il n’a certainement pas entendu viser les femmes ou les fillettes, car autrement il l’aurait précisé.

Chapitre deuxième

POUVOIR CRÉATEUR ET PRÉVISIBILITÉ DES DÉCISIONS

Que le juge crée une norme nouvelle n'implique pas l'imprévisibilité de la décision correspondante ; pourtant, l'un des défauts les plus ordinairement imputés à la création du droit par le juge tiendrait à l'imprévisibilité des normes ainsi créées, il serait impossible à quiconque de connaître la norme de référence que le juge va déduire, dégager ou créer, et la manière dont l'affaire sera jugée ainsi que son résultat seraient imprévisibles. A l'inverse, un juge qui s'en tiendrait scrupuleusement aux textes permettrait à tous les juristes avisés de connaître à l'avance les normes applicables et rendrait le résultat de ses décisions prévisibles. Il y a bien sûr une part de vérité dans cette affirmation, mais elle n'est pas entièrement vraie ; elle est le reflet de cette illusion selon laquelle tous les textes seraient susceptibles d'une interprétation univoque, illusion dont on connaît la fragilité. Il est évident que l'on ne peut connaître à l'avance le texte d'une norme non écrite ; mais cela n'est pas un obstacle dirimant à la connaissance de certains éléments de détermination de cette norme. Le problème qui se pose est celui de la prévisibilité des éléments qui vont être retenus par le juge ; certains d'entre eux sont susceptibles d'une connaissance scientifique : il peut s'agir d'abord de textes qui constituent le contexte de l'affaire : lois, jurisprudence, droit international (1), ce peuvent être les conditions de fait ou les effets prévisibles de l'application de textes ou de règles jurisprudentielles (2) ou encore les valeurs qui dominent l'ordre juridique dans lequel le juge exerce son office, ces valeurs pouvant s'exprimer sous la forme de concepts finalistes ou de principes généraux du droit (3).

1. La connaissance des textes et du contexte.

De nombreuses décisions à caractère créateur s'inspirent plus ou moins directement de textes qui sont susceptibles d'une connaissance préalable et qui constituent le contexte de la matière, mais cela n'est pas toujours le cas, ni en Suisse (A), ni en France (B).

A - L'influence des textes est très fréquente en Suisse.

Dans le processus de reconnaissance des droits non écrits du Tribunal fédéral, l'influence des textes est nette, sauf en ce qui concerne la liberté de la langue maternelle.

Avant que la propriété ne devienne, avec l'arrêt Dafflon²⁰⁸, une "institution fondamentale de l'ordre juridique suisse", le juge fédéral en avait fait un "droit constitutionnel non écrit de la Confédération" (arrêt Keller) en s'appuyant sur la doctrine dominante et sur sa jurisprudence antérieure, tout en déclarant qu'à côté de la garantie fédérale, les garanties cantonales (dans vingt-quatre cantons sur vingt-cinq en 1959) n'avaient pas de signification particulière. C'était à la fois rappeler que la propriété était garantie par les constitutions cantonales, et signifier que la garantie fédérale était indépendante : le juge fédéral revendiquait la responsabilité de la création d'une règle de droit fédérale nouvelle, et en ce sens il s'agissait d'un phénomène créateur, mais en même temps il évoquait les garanties cantonales de ce même droit. Il est presque impossible de déterminer si le contenu du droit fédéral de propriété se distinguait de celui des divers droits cantonaux, car cette construction jurisprudentielle s'est étalée sur une longue période, au cours de laquelle les menaces objectives qui pesaient sur ces droits ont changé de nature et en ont modifié la perception même ; on peut penser que même sans garantie fédérale, le contenu de chacune des garanties cantonales aurait de toute manière évolué dans un sens protecteur de la propriété, ou du moins de manière à contenir quelque peu les initiatives du législateur. La garantie fédérale, lorsqu'elle fut opposée au législateur cantonal, représentait donc une sorte de synthèse des conceptions cantonales et de la conscience juridique suisse telle qu'elle s'exprimait par la voix d'auteurs éminents.

La liberté d'expression, garantie à l'époque dans douze cantons, a d'abord été reconnue en droit fédéral dans des termes légèrement différents de ceux utilisés pour la garantie de la propriété, puisqu'elle constituait "un principe fondamental du droit fédéral et cantonal, écrit ou non, et une extension de la protection assurée par la liberté de la presse". La formule *écrit ou non* ménageait toutes les hypothèses, l'éventualité de l'appui sur un texte (art. 55 Constitution fédérale) étant évoquée. Tout dépend donc de l'attitude du juge et des formules qu'il utilise : peu importe que la liberté d'expression soit considérée comme écrite ou non, l'essentiel est qu'elle n'était pas inscrite dans la Constitution fédérale, et qu'elle figure désormais au même rang, qu'elle soit une simple extension de la liberté de la presse (art. 55) ou un principe fondamental. Cette dernière expression a une puissance symbolique différente, mais il n'est pas évident que les effets juridiques produits soient différents de ceux qui l'auraient été par la simple déduction d'un article de la Constitution. Le concept d'une liberté d'expression qui serait une extension de la liberté de la presse ayant été critiqué par la doctrine, le Tribunal fédéral inversa le rapport logique entre ces deux libertés dans l'arrêt *Aleinick*, résumant ainsi son attitude : "la liberté d'expression, dont la liberté de la presse est une manifestation, n'est pas consacrée par une disposition expresse de la Constitution fédérale. Cependant le Tribunal fédéral l'a reconnue comme un principe fondamental du droit fédéral et cantonal, puis expressément comme un droit constitutionnel non écrit de la Confédération"²⁰⁹. C'est une excellente illustration de la manière dont on peut passer d'un texte à un principe, et de la grande liberté dont dispose le juge dans la motivation de ses décisions.

La liberté personnelle était garantie expressément dans vingt-trois cantons lors de sa reconnaissance au niveau fédéral en 1963, mais elle ne l'était pas dans le demi-canton de

²⁰⁸ ATF 88 I p.255, *Dafflon*, 14 novembre 1962.

²⁰⁹ ATF 96 I p. 586, *Aleinick c. Genève*, 24 juin 1970.

Bâle-Ville, ce qui explique sans doute que cette liberté ait été directement présentée comme appartenant au droit constitutionnel non écrit de la Confédération, le juge fédéral soulignant qu'elle était "la condition d'exercice de toutes les autres libertés"²¹⁰, et qu'elle constituait dès lors "un élément indispensable du système de l'Etat de droit sur lequel repose la Confédération". Il ajoutait enfin : "du moment que la liberté individuelle appartient au droit constitutionnel non écrit de la Confédération, il n'est pas nécessaire d'examiner si, comme le prétend le recourant, elle est garantie aussi tacitement par la constitution cantonale de Bâle-Ville". Dans ce cas encore, on constate que le juge a revendiqué la création de la norme, mais que des textes d'appui éventuels étaient tenus à portée de main.

Le cas de la liberté de la langue est spécial à bien des égards. Cette liberté n'était garantie par aucune constitution cantonale lorsqu'elle fut introduite par le Tribunal fédéral ; ce dernier, dans un premier temps, considéra que la liberté de la langue, entendue comme le droit d'employer sa langue maternelle, rentrait "au nombre des libertés individuelles non écrites du droit constitutionnel fédéral", n'étant pas garantie par l'art. 116 de la Constitution fédérale, mais seulement "présupposée"²¹¹ par lui. En 1980, assez curieusement, le Tribunal fédéral déclara (dans l'arrêt *Brunner* précité²¹²) que la liberté de la langue était en outre protégée par l'art. 116 al. 1er de la Constitution. Pour M. Rossinelli, "la liberté de la langue est bien un droit fondamental non écrit qui ne peut raisonnablement être déduit du texte constitutionnel", et son rattachement à l'art. 116 Cst est donc "un véritable artifice de la jurisprudence récente". Ce changement d'attitude de la part du juge fédéral dans sa lecture de l'art. 116 montre à quel point les critères du "détachement de la règle jurisprudentielle du texte qui l'a inspirée" et de la "reconnaissance de paternité de la part du juge" sont inopérants pour mesurer le degré de création. En 1995, la liberté de la langue a été inscrite au projet de révision de la Constitution, sous la forme suivante : *Art. 14 La liberté de la langue est garantie.*²¹³

Les auteurs du projet ont donc estimé utile d'apporter une garantie expresse plutôt que s'en remettre à l'interprétation extensive de l'art. 116 actuel ; ils ont finalement entériné une construction jurisprudentielle qui n'avait pas rencontré la même approbation que les autres libertés non écrites, si l'on en juge par le fait qu'elle ne figurait ni dans le projet de révision de 1977, ni dans celui de 1985. En usant du vocabulaire de l'analyse systémale, on peut dire que le projet de 1995 renforce considérablement la prédétermination de la liberté de la langue : il y a inscription dans le texte ; quant au contenu de cette liberté, la concision de la formule semble indiquer que l'on s'en remet au juge, que l'on accepte le code de lecture auquel il a eu recours jusqu'à présent : le silence des auteurs du projet vaudrait donc inscription du code culturel du Tribunal fédéral dans la norme, le nouvel article 14 traduirait ainsi objectivement l'élément de surdétermination qui a été construit par le juge. Avant l'éventuelle entrée en vigueur de la nouvelle constitution, le rapport de la liberté de la langue avec les textes doit être considéré comme incertain.

²¹⁰ ATF 89 I p. 92 ; JdT 1964 I p. 111, *Kind X. g. X. und Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt*, 20 mars 1963.

²¹¹ ATF 91 I p. 480 ; JdT 1965 I p. 112, *Association de l'Ecole française*, 31 mars 1965.

²¹² ATF 106 Ia p. 302, *Brunner g. Tiefnig und Gerichtspräsident des Saanebezirks*, 25 avril 1980 ; cité p. 21, 1ère partie de la présente thèse.

²¹³ Le projet 1996 reprend la même formule à l'art. 14

La liberté de réunion était reconnue par treize cantons, soit une légère majorité d'entre eux, lorsqu'elle fut consacrée en jurisprudence fédérale en 1970. Cette liberté avait été jusque là protégée très libéralement par le juge fédéral, qui se réservait la possibilité de la rattacher à la liberté d'association garantie par l'art. 56 Cst. féd. quand bien même il s'agissait de fêtes populaires attirant des milliers de spectateurs. Ce rattachement de la liberté de réunion à la liberté d'association rappelle celui qui est opéré par l'art. 11 CEDH : "toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts" ; il ne semble pas que le juge suisse se soit appuyé sur cette source, qu'il considère pourtant comme introduisant dans l'ordre juridique suisse des droits matériellement et procéduralement analogues à ceux de la Constitution fédérale et des constitutions cantonales (M. Rossinelli, *op.cit.*, p. 13). En consacrant la liberté de réunion comme droit constitutionnel non écrit de la Confédération, dans une affaire où cela n'était nullement nécessaire²¹⁴ (la liberté de réunion était expressément garantie par la Constitution zurichoise), le Tribunal fédéral a délibérément évité toute référence textuelle, ne s'appuyant que sur la "doctrine récente", revendiquant pleinement son pouvoir créateur et poursuivant son oeuvre de consolidation du bloc des droits non écrits.

Le droit à des conditions minimales d'existence, enfin, n'était évoqué, au moment de sa reconnaissance par le juge fédéral, que par trois constitutions cantonales, tandis que dans les autres cantons le constituant avait refusé, de manière parfois très explicite, de le consacrer, ce qui n'était certes pas favorable à son accession au rang de droit fondamental garanti par la Constitution fédérale; le fait que le principe d'une certaine aide sociale aux démunis soit bien enraciné dans la législation cantonale n'aurait pas, à lui seul, justifié une constitutionnalisation sur le plan fédéral. Il existait cependant une source écrite pouvant servir de point d'appui au juge fédéral : le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels était entré en vigueur en Suisse en 1992, et, en son article 11, il proclamait le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants. Mais on a vu (au chapitre 1 de la première partie) que le Tribunal fédéral a plutôt choisi de se référer à la doctrine, dont la quasi-unanimité permettait au critère du consensus de peser de tout son poids, donnant ainsi au processus créateur un caractère que l'on peut qualifier de "quasi-démocratique" : l'unanimité de la doctrine sur une question donnée constitue probablement un indice plus sûr de l'enracinement des valeurs correspondantes dans la société que ne peut l'être la ratification d'un traité international qui embrasse un vaste domaine, et dont, il faut bien le dire, beaucoup de dispositions ne paraissent pas pouvoir recevoir une application universelle, ni dans le temps présent, ni dans un avenir prévisible.

Si l'on considère ces six droits non écrits, on relève que dans quatre cas les libertés en cause n'étaient imprévisibles ni dans leur formulation, ni dans leur contenu (elles étaient d'autant moins imprévisibles, d'ailleurs, que deux d'entre elles ont d'abord été élevées au rang fédéral à titre d'*obiter dicta*). Dans l'ensemble, le Tribunal fédéral s'est donc inspiré de sources écrites facilement accessibles aux juristes et aux justiciables, ces sources étant situées à un niveau proche de celui de la Constitution fédérale ; pour ce qui est de la liberté de la langue, le contenu en a été évolutif, et donc difficilement prévisible, mais cela est dû bien

²¹⁴ Arrêt *Nöthiger et Pinkus* du 24 juin 1970, JdT 1971 p. 77.

davantage à la particularité de cette liberté qu'à son caractère non écrit, puisqu'aussi bien le Tribunal fédéral l'a rattachée depuis à un article de la Constitution fédérale. Pour ce qui est du droit au minimum vital, que la doctrine appelait de tous ses vœux depuis longtemps, il convient de dissocier les conditions de sa reconnaissance comme droit fédéral fondamental de son contenu : malgré les écrits doctrinaux, on pouvait croire que les réticences des cantons à l'inscrire dans leurs constitutions respectives auraient représenté un obstacle à sa constitutionnalisation par le Tribunal fédéral, d'autant plus que le processus de révision de la Constitution fédérale était engagé ; mais dans son contenu, ce droit n'ajoute guère à la législation des cantons et à leur pratique, puisqu'il leur fait seulement obligation de ne pas refuser totalement leur assistance aux personnes qui sont dans le besoin.

Ce mécanisme d'emprunt aux constitutions de rang inférieur peut être comparé à celui qu'utilise la Cour de justice des communautés européennes lorsqu'elle s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres pour assurer, dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté, la sauvegarde des droits fondamentaux. D'ailleurs, pour le Professeur Bernhardt, les principes généraux du droit des Etats membres constituent *un droit non écrit qui complète le droit communautaire écrit*, et qui, même s'il ne constitue pas du droit constitutionnel formel de la Communauté, peut et doit être rangé dans le droit constitutionnel de la Communauté²¹⁵.

B- L'influence des textes paraît moins directe en France.

La situation du Conseil constitutionnel est bien différente : d'abord, il ne se reconnaît pas de pouvoir créateur, on ne trouve dans sa jurisprudence aucune "reconnaissance de paternité"²¹⁶ ; ensuite, si certaines manifestations d'un pouvoir créateur comme les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République découlent par hypothèse directement de textes d'un niveau infra-constitutionnel, les autres ont avec les textes des liens plus variés et plus indirects. Examinons successivement les différentes variétés de normes de référence :

- les P.F.R.L.R. : bien qu'ils soient écrits et en nombre limité, on ne peut pour autant dire qu'ils soient prévisibles avant qu'intervienne leur consécration comme normes constitutionnelles : l'exemple des ponts à péage a montré que là où de fins juristes croyaient déceler un principe fondamental, celui de la gratuité de la circulation, inscrit en des termes sans équivoque dans une loi de "l'âge d'or de la République", le Conseil constitutionnel s'est refusé à le faire. Il n'y a donc pas ici de liaison entre le caractère écrit et la prévisibilité de la norme ; cela s'explique bien sûr par la nature très particulière des P.F.R.L.R. : une fois reconnus, on ne peut plus vraiment dire qu'il s'agisse de principes constitutionnels non

²¹⁵ Rudolf BERNHARDT, *Les sources du droit communautaire : la "constitution" de la Communauté*, in *Trente ans de droit communautaire*, Office des publications officielles des communautés européennes, Luxembourg, 1982, p.77-78. Selon cet auteur, "malgré tous les éléments de création du droit que renferme la jurisprudence de la Cour de justice (comme n'importe quelle autre jurisprudence), la Cour ne fait idéalement qu'appliquer le droit préexistant ; elle concrétise la constitution de la Communauté, mais elle ne crée pas de droit constitutionnel à proprement parler". On appréciera la subtilité de cette distinction.

²¹⁶ suivant l'expression de Bertrand FAURE, *Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ?*, RFDC 1995, p. 76.

écrits, puisqu'on peut les lire²¹⁷ dans des textes de loi auxquels le Préambule de 1946 renvoie, mais sans cependant les désigner exactement ; ils ont valeur constitutionnelle, mais on ne peut les lire dans le texte constitutionnel lui-même.

L'importante incertitude qui règne à l'égard d'éventuels nouveaux principes fondamentaux montre bien que ce mécanisme est en fait très proche de la création jurisprudentielle pure et simple. En d'autres termes, la norme est bien inscrite dans un texte (plus ou moins clairement cependant, car si dans certains cas c'est effectivement un principe général qui est directement exprimé par le texte de loi, dans d'autres cas le principe est déduit par le juge de dispositions législatives de détail, comme dans le cas du principe d'indépendance des professeurs), elle a valeur constitutionnelle en application du Préambule de 1946, et en ce sens la norme est prédéterminée par le constituant et par le législateur de la Troisième République²¹⁸, mais c'est une prédétermination toute conditionnelle, puisqu'elle est totalement dépendante de la bonne volonté du juge constitutionnel : les exemples de la gratuité de la circulation et de l'indépendance des professeurs montrent combien la prédétermination de ces normes est incertaine.

- les principes de valeur constitutionnelle : comme nous l'avons déjà souligné, cette expression a été utilisée de manière indifférenciée par le juge constitutionnel français pour désigner aussi bien des principes inscrits dans les textes constitutionnels que des créations jurisprudentielles telles que le principe de continuité du service public ; de nombreux exégètes ont proposé une classification des diverses normes recouvertes par cette terminologie, la plupart estimant d'ailleurs qu'il était possible de rattacher tous ces principes de valeur constitutionnelle à des textes. Ainsi, Bruno Genevois distingue les "principes généraux du droit de valeur constitutionnelle", empruntés à la jurisprudence du Conseil d'Etat, et les "principes para-constitutionnels", catégorie à laquelle il rattache, entre autres, le principe de l'inapplicabilité des lois plus rigoureuses aux situations acquises intéressant une liberté publique (décision 84-181 DC) et le principe de la compétence judiciaire en matière d'indemnisation de la dépossession d'un bien immobilier (décision 85-198 DC).

Une thèse récente²¹⁹, consacrée à la reconnaissance des droits non écrits par les cours constitutionnelles italienne et française, distingue également, sous une dénomination différente, les "principes généraux du droit à valeur constitutionnelle" des autres "principes de valeur constitutionnelle". Selon l'auteur de cette thèse, "pour la doctrine, le processus de création des principes généraux du droit se distingue de celui des principes de valeur constitutionnelle, dans le sens où les principes généraux du droit ne ressortent pas nécessairement d'une source écrite, à la différence des principes de valeur constitutionnelle

²¹⁷ Il est vrai que l'on peut rarement les lire directement dans le texte de la loi, puisque l'élévation au niveau constitutionnel ne concerne que les principes et non les détails de la loi. Mais on peut dire que les principes en cause ont une *expression écrite* dans la loi, ce qui les distingue des principes purement jurisprudentiels.

²¹⁸... ou par le législateur de la Seconde République : le principe de l'indépendance des professeurs a été posé par une loi organique du 15 mars 1849 (art. 86) et repris, sensiblement dans les mêmes termes, sous les trois républiques suivantes.

²¹⁹ Marie-Claire PONTHEAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française*, essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel, Economica, 1994.

qui trouvent toujours leur fondement dans un texte écrit”²²⁰. Cet auteur, comme Bruno Genevois, range parmi les *principes généraux du droit de valeur constitutionnelle* (bien que, rappelons le, cette expression ne soit pas utilisée par le juge) le principe de la séparation des pouvoirs (décision du 23 mai 1979) et le principe de continuité du service public (décision du 25 juillet 1979), mais il considère que le principe de la protection de la santé et de la sécurité des personnes n’est qu’un simple principe de valeur constitutionnelle, que l’on peut relier, “non sans peine, à certains textes de valeur constitutionnelle comme l’alinéa 11 du Préambule de 1946 ou l’art. L 131-2 du code des communes, découlant d’une loi du 5 avril 1884, loi de la République”²²¹.

De nombreux auteurs contestent que le Conseil constitutionnel ait pu consacrer des principes généraux du droit de valeur constitutionnelle, et les commentateurs des Grandes décisions eux-mêmes, après avoir longtemps considéré la séparation des pouvoirs et la continuité du service public comme tels (jusqu’à la quatrième édition de leur ouvrage), s’en tiennent désormais à la qualification prudente de principe de valeur constitutionnelle qui est celle qu’emploie le Conseil ; Louis Favoreu estime que ces principes peuvent être rattachés à des articles de la Constitution, et il s’appuie en outre sur le fait que le Conseil n’utilise pas l’expression “principes généraux du droit”, ce qui est exact ; mais ne peut-on pas soutenir, en sens inverse, que le juge constitutionnel aurait pu citer les articles de la Constitution auxquels il se référait, au lieu d’utiliser l’expression *principe de valeur constitutionnelle*, dont on sait qu’elle ne préjuge absolument pas de la nature de la norme invoquée ?

Que le Conseil n’utilise pas la formule *principes généraux du droit* n’enlève rien au fait que, par leur contenu, les principes en cause correspondent parfaitement à ceux auxquels le Conseil d’Etat avait auparavant donné cette appellation ; le principe de la séparation des pouvoirs est certes inscrit dans la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen et ne constitue donc pas une création jurisprudentielle à proprement parler, mais nous pensons que la continuité du service public tient plus du principe non écrit que de l’interprétation d’un quelconque article de la Constitution. La prédétermination de cette norme n’est pas inscrite, selon nous, dans un texte de valeur constitutionnelle ; cette norme n’était cependant pas totalement imprévisible : les familiers de la jurisprudence du Conseil d’Etat la connaissaient bien, et surtout, elle peut être considérée comme un bon exemple de ces valeurs qui dominent le système juridique au point d’apparaître comme des éléments indispensables de l’Etat de droit. C’est sans doute avec ces principes que nous sommes le plus loin des textes, mais la liberté du juge lorsqu’il les consacre n’est finalement pas très grande, pas plus grande en tout cas que s’il était en présence de textes contradictoires à concilier entre eux (car il dispose dans ce cas d’une vaste marge de manoeuvre) ; que l’on considère ces principes comme des créations jurisprudentielles ou comme exprimés par des articles de la Constitution, il n’est pas évident qu’ils soient plus imprévisibles que les diverses significations que le juge constitutionnel est amené à donner, au gré des espèces, à des normes écrites.

- les objectifs de valeur constitutionnelle : savoir si ces objectifs constituent une source autonome ou ne résultent que d’une certaine lecture des textes est une question qui a été

²²⁰ *Ibid.* p. 131.

²²¹ *Ibid.* p. 127.

discutée dans notre première partie sans être tranchée ; nous avons souligné que certains de ces objectifs découlent assez directement de normes constitutionnelles écrites, tandis que d'autres s'apparentent davantage à des créations jurisprudentielles. Il s'agit maintenant de se demander si, autonomes ou non vis à vis des textes, les objectifs de valeur constitutionnelle répondent à l'exigence de prévisibilité qui s'attache normalement à une règle de droit, et si cette prévisibilité se manifeste à travers des textes.

Le premier objectif identifié, celui du pluralisme en matière de communication audiovisuelle²²², qui peut s'inscrire dans le prolongement de l'art. 11 de la DDHC sans que cela heurte la logique, a pourtant représenté une surprise pour beaucoup de constitutionnalistes en 1982 : nous n'avons pas connaissance d'écrits doctrinaux ayant annoncé cette solution au problème que posait la constitutionnalité de la loi modifiant le régime de la communication audiovisuelle ; on aurait tout aussi bien pu s'attendre à ce que le Conseil constitutionnel accepte l'atteinte à la liberté de communication comme il avait accepté en 1975 l'interruption volontaire de grossesse, en justifiant sa retenue par la raison que l'art. 61 de la Constitution "ne lui confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement", et en arguant des nécessités techniques ainsi que du caractère limité des atteintes prévues par cette loi.

La norme de référence choisie par le juge, l'objectif de pluralisme, était donc largement imprévisible dans sa forme comme dans son appellation ; mais la solution juridique l'était-elle ? Nous doutons que cela ait été le cas ; dans cette décision, l'objectif de préservation du caractère pluraliste des courants d'expression en matière de communication audiovisuelle n'était certainement pas inscrit dans la lettre de l'art. 11 de la DDHC, il n'était pas prédéterminé par ce texte, mais il était conforme à son esprit, tel que le code culturel dominant en 1982 permettait de le lire ; la référence à ce code de lecture s'exprime très nettement par l'usage de formules et de concepts à caractère finaliste, comme la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui, la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels. On peut donc dire que ce nouvel objectif, comme ceux qui l'ont suivi, était surdéterminé par les conceptions juridiques dominantes, et surtout que les contraintes techniques des communications hertziennes (l'encombrement du spectre hertzien multipliant des interférences très préjudiciables à la qualité des signaux transmis, au point de rendre parfois impossible la réception sur certaines fréquences) rendaient indispensable l'intervention des pouvoirs publics, et donc d'autant plus prévisible une limitation de la liberté dans ce domaine.

Deux années plus tard, on ne pouvait en dire autant de la décision *entreprises de presse* ²²³ : car cette fois, le Conseil avait à confronter l'objectif de pluralisme à une loi qui limitait la concentration des journaux quotidiens d'information générale, et la solution juridique dépendait moins de considérations techniques que d'un choix politique ; en effet, s'il était aisé de comprendre qu'une liberté incontrôlée de communication audiovisuelle aurait rapidement abouti à un encombrement généralisé du domaine hertzien, et donc à la perturbation de toutes les communications utilisant ce support, il était plus difficile d'imaginer une limitation constitutionnelle de la liberté de la presse écrite, liberté solidement enracinée dont on ne pouvait prétendre qu'elle pouvait gêner les lecteurs de tous les

²²² Décision 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Rec.* p. 48.

²²³ Décision 84-181 DC du 10 et 11 octobre 1984, *Rec.* p. 73.

journaux. Après coup, l'argumentation du Conseil paraît si convaincante, lorsqu'elle fait entrer en ligne de compte la liberté des lecteurs, qu'il nous semble qu'elle s'impose à tout esprit éclairé ; mais était-ce le cas avant que le juge ne statue ? Même si l'objectif du pluralisme avait déjà été formulé, il n'avait pas été aussi développé, et la constitutionnalité des dispositions législatives fixant des limites à la concentration des quotidiens nationaux ne s'imposait pas d'emblée. Cet exemple montre, à notre avis, que même un objectif qui constitue indiscutablement le prolongement logique d'un texte comme l'art. 11 de la DDHC n'est guère susceptible de prévision ni d'une connaissance anticipée de son contenu. Mais il faut souligner que de nombreux juristes, s'ils avaient été consultés sur ce point, auraient très probablement estimé qu'une telle limitation n'était pas incompatible avec le droit constitutionnel français en vigueur, même s'ils n'étaient pas unanimes quant au choix des normes de référence à faire intervenir.

Pour la plupart, les objectifs de valeur constitutionnelle sont "le prolongement de textes initiaux en ramifications jurisprudentielles implicites"²²⁴, une "enveloppe jurisprudentielle autour de la règle écrite" ; il en est quelques uns que le juge n'a pas rattachés expressément à un texte, mais auxquels il est assez facile de trouver une assise constitutionnelle : l'objectif de la sauvegarde de l'ordre public peut dériver de l'art. 2 de la DDHC, celui du respect de la liberté d'autrui représente une application évidente de l'art. 4 du même texte.

Mais pour ce qui est de l'objectif de sauvegarde du pluralisme des courants d'expression socio-culturels, il faut développer un raisonnement assez constructif pour le déceler dans l'art. 11 de la DDHC. Enfin, selon Bertrand Faure²²⁵, l'attache constitutionnelle de l'objectif d'apaisement social est "plus difficile à identifier". Cet auteur, qui considère les objectifs de valeur constitutionnelle en général comme des "normes constitutionnelles implicites", refuse d'y voir une règle d'origine jurisprudentielle, préférant parler d'une "enveloppe jurisprudentielle constituée autour de la règle écrite". Il concède cependant que l'objectif d'apaisement social, qui, selon le Conseil constitutionnel, autorise à étendre à la réintégration de salariés licenciés le bénéfice d'une loi d'amnistie, est "un objectif vague, inspiré d'une sollicitation assez divinatoire de l'art. 4 de la DDHC". Dans cette décision²²⁶, le Conseil n'évoque pas l'art. 4 et n'utilise d'ailleurs pas l'expression *objectif de valeur constitutionnelle* : il parle seulement de *but*, et, plus loin, de *souci d'apaisement politique ou social*.

Nous sommes donc apparemment en présence d'un *but d'intérêt public*, de ce que Gérard Timsit appelle un "principe finaliste", dont l'énoncé justifie l'adoption de la solution retenue, car il "répond aux attentes implicites des destinataires de la norme"²²⁷. Le seul texte constitutionnel que le Conseil évoque directement est l'art. 34 de la Constitution, dont il cite l'extrait suivant : "La loi fixe les règles concernant : (...) la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats" ; le juge constitutionnel s'appuie sur les termes de cet article pour affirmer que le champ de l'amnistie ne se limite pas au droit

²²⁴ Bertrand FAURE, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, RFDC 1996 p. 57.

²²⁵ *Art. préc.* p. 57.

²²⁶ Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Rec.* p. 119.

²²⁷ Gérard TIMSIT, *Les noms de la loi*, P.U.F., Paris, 1991, p.169-170.

pénal et peut s'étendre aux sanctions disciplinaires ou professionnelles, dans un but d'apaisement politique ou social. Il souligne la nécessité d'opérer une conciliation entre les droits et libertés de chacun et les droits et libertés d'autrui, ce qui conduit B. Faure à estimer qu'il s'agirait là d'une conciliation entre la liberté d'entreprendre de l'employeur et le droit au travail des salariés amnistiés. Quand on sait quel était l'objet précis de la loi déferée à la censure du Conseil, la motivation de cette décision apparaît assez subtile : en effet, la loi n° 88-828 *portant amnistie*, malgré l'apparente généralité de l'amnistie accordée aux salariés licenciés pour avoir commis certaines fautes lourdes à l'occasion de l'exercice de leur fonction de représentant du personnel ou de délégué syndical, visait en fait une situation très précise, celle de dix salariés des usines Renault qui s'étaient rendus coupables ou complices de violences envers d'autres membres du personnel, violences constitutives d'une faute lourde ayant justifié leur licenciement. Le Conseil constitutionnel se trouvait donc une fois de plus face à des dispositions législatives *ad hominem*, ce qui rapprochait sa position de celle d'une cour suprême ayant à juger un cas concret ; plutôt que censurer brutalement le législateur en lui contestant la possibilité d'étendre le champ de l'amnistie aux relations de travail, comme l'y invitaient les saisines parlementaires, le Conseil préféra admettre cette possibilité, mais en lui fixant des limites définies très précisément et d'une manière telle qu'en l'espèce elles étaient outrepassées. Ainsi chacun pouvait y trouver son compte : le principe de l'extension, par le législateur, du champ de l'amnistie, était admis, et les parlementaires saisissants, dont l'argumentation était écartée sur le fond, avaient au moins la satisfaction d'obtenir la déclaration d'inconstitutionnalité d'une mesure d'amnistie qu'ils jugeaient scandaleuse.

L'argumentation du juge constitutionnel et les limites qu'il fixe à la réintégration des salariés protégés (qui, dit-il, "exercent des fonctions difficiles") paraissent raisonnables : on aurait pu préférer, comme les auteurs des saisines, que l'amnistie se limite au domaine pénal et para-pénal et n'empiète pas sur les relations de droit privé, mais il est vrai que la Constitution elle-même ne fixe pas explicitement de limite au domaine de l'amnistie ; en déclarant que la conciliation nécessaire entre les droits et libertés de chacun trouvait son point d'équilibre, en matière de réintégration de salariés protégés, à la frontière qui sépare la faute simple de la faute lourde, le Conseil a finalement opéré une conciliation assez heureuse entre les prérogatives du Parlement et sa propre appréciation des contraintes que l'intérêt général autorise à imposer aux employeurs dans un souci d'apaisement politique et social. Ce faisant, le Conseil a posé une norme de référence assez précise, comme on a pu en juger l'année suivante avec la décision du 8 juillet 1989²²⁸ qui a censuré une nouvelle tentative du législateur d'imposer la réintégration des "dix de Renault" en contournant la décision du 20 juillet 1988 ; cette fois, le Conseil, constatant l'identité d'objet qui existait entre les deux lois l'amnistie, a simplement invoqué l'autorité qui s'attachait à sa décision précédente en vertu du deuxième alinéa de l'art. 62 de la Constitution : "Les décisions du Conseil constitutionnel ... s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles".

Que l'objectif d'apaisement social constitue l'enveloppe jurisprudentielle de l'art. 4 de la DDHC, comme l'estime B. Faure, ou qu'il soit considéré comme une création jurisprudentielle, en aucun cas la lecture du texte constitutionnel ne permettait d'en déceler

²²⁸ Décision n° 89-258 DC du 8 juillet 1989, JCP 1990, 21409, note de Claude FRANCK.

l'existence avant la décision du 20 juillet 1988. La solution juridique retenue par le Conseil doit beaucoup plus au code culturel dominant et aux circonstances de fait qu'aux textes constitutionnels.

Dans l'ensemble, la prévisibilité, à partir des textes, des règles jurisprudentielles dégagées par le Conseil constitutionnel apparaît paradoxalement plus limitée que celle des règles non écrites du Tribunal fédéral, ces dernières ayant été, pour la plupart, reconnues d'abord par les constitutions cantonales.

2. La connaissance des conditions de fait ou des effets prévisibles de l'application de la règle.

Il ne s'agit pas ici d'étudier le *consequentialism*²²⁹, phénomène complexe qui déborde largement le domaine de la création jurisprudentielle, mais seulement de réfléchir aux possibilités de connaissance préalable d'éléments qui vont intervenir dans la détermination de la norme de droit.

Dans un système de droit écrit, l'idée que le raisonnement du juge soit influencé, ou pire, déterminé par des considérations de fait est destructrice de la notion même de droit : si ce dernier est défini comme un modèle du réel, un modèle ayant vocation à infléchir les faits, accepter de l'adapter aux faits remet en cause sa vocation fondamentale ; en particulier, le droit constitutionnel devrait présenter tous les caractères de généralité et d'impersonnalité que l'on est en droit d'attendre de règles qui se situent au sommet de la hiérarchie des normes, il devrait donc être, plus que tout autre, indifférent aux conséquences particulières de son application. Et pourtant nous savons bien que le juge, même s'il ne le reconnaît pas toujours, ne peut éviter, dans son raisonnement, de songer aux effets de ses choix, et qu'il fait tout ce qu'il peut pour neutraliser une règle dont l'application conduirait à un résultat manifestement injuste ou regrettable. Dans bien des cas, la neutralisation d'une règle est juridiquement justifiée par l'existence d'une autre règle qui joue en sens inverse, et il revient au juge de concilier des exigences contradictoires, ce qui constitue un problème classique d'interprétation pouvant obliger à des arbitrages délicats, et donnant par suite une très grande responsabilité au juge (en même temps qu'une grande liberté).

Plus rarement, quand il n'existe pas de règle antagonique à invoquer, le juge peut en créer une, ou développer un raisonnement qui justifie son refus d'appliquer une règle dont les conséquences seraient fâcheuses ; une solution plus facile consiste à interpréter la règle d'une manière qui la rende moins contraignante, il s'agit alors, en quelque sorte, d'une "création négative" : la portée de la règle s'en trouve diminuée. Le Conseil constitutionnel donne un excellent exemple de cette démarche avec son interprétation de l'obligation du vote personnel qui est posée par l'art. 27 de la Constitution, obligation qui, en pratique, est rarement respectée par les parlementaires, malgré la netteté des termes des alinéas 2 et 3 de cet article : "Le droit de vote des membres du Parlement est personnel. La loi organique peut autoriser exceptionnellement la délégation de vote. Dans ce cas, nul ne peut recevoir

²²⁹ En droit anglo-saxon, le *consequentialism* désigne la prise en considération des effets des décisions de justice. Aux Etats-Unis notamment, les juridictions peuvent se voir remettre, par les avocats ou les *amici curiae*, des conclusions dépassant la centaine de pages et exposant les conséquences possibles de la décision du juge.

délégation de plus d'un mandat".

Ayant eu à se prononcer pour la première fois en 1987²³⁰ sur un moyen tiré de la violation de cette obligation constitutionnelle, dont on sait qu'elle avait pour objectif de lutter contre l'absentéisme parlementaire, le Conseil s'est trouvé dans une situation embarrassante, car la plus grande partie des lois adoptées depuis 1958 l'avait été au moyen de délégations de vote, et une part notable par des délégations plurales, pourtant prohibées par la Constitution.

Accepter de censurer la loi du 27 janvier 1987 qui ne respectait pas, elle non plus, l'obligation du vote personnel et de la délégation unique, c'était peut-être risquer, en cas d'élargissement de la saisine, qu'il soit soulevé devant les juridictions ordinaires une foule d'exceptions d'inconstitutionnalité contre toutes les lois qui se trouvaient dans cette situation (même si une telle crainte pouvait paraître à la fois excessive et prématurée) ; c'était surtout bousculer des habitudes parlementaires solidement enracinées malgré leur inconstitutionnalité.

Le Conseil ne put éviter de confirmer l'existence de cette obligation, mais il la priva de tout effet pratique en déclarant que sa violation n'entraînerait la nullité de la procédure d'adoption que s'il était établi, "d'une part, qu'un ou plusieurs députés ont été portés comme ayant émis un vote contraire à leur opinion et, d'autre part, que, sans la prise en compte de ce ou de ces votes, la majorité requise n'aurait pu être atteinte", circonstances qui avaient peu de chances de se trouver réunies. Comme nous aimerions que ceux qui estiment que le Conseil constitutionnel n'a aucun pouvoir créateur nous expliquent comment une telle interprétation de l'art. 27 est compatible avec leur maxime favorite "Toute la Constitution, rien que la Constitution"! Mais il est vrai que cette création négative du juge constitutionnel ne le posait pas en censeur du Parlement, et ne risquait donc guère de susciter des accusations de "gouvernement des juges" ... On ne sait si, dans cette affaire, le souci de ménager l'emploi du temps des parlementaires a plus influencé le juge que son inquiétude devant les conséquences imprévisibles d'une déclaration d'inconstitutionnalité ; on peut penser que s'il avait été saisi de ce moyen dans les débuts de la Vème République, il se serait montré plus ferme dans l'appréciation de la régularité de la procédure législative face aux exigences de l'art. 27. On peut dire que la décision de 1987 était assez prévisible dans son résultat, sinon dans sa motivation, car elle intervenait après trois décennies de pratique inconstitutionnelle, et mettait en cause la plus grande partie de l'oeuvre législative de la Vème République.

On trouve, à des degrés divers, de nombreux exemples de prise en considération des conséquences dans la jurisprudence constitutionnelle française et suisse, certains d'entre eux intéressant le domaine du droit non écrit. En Suisse, le critère de la justiciabilité a permis au Tribunal fédéral d'écarter l'existence d'un droit constitutionnel non écrit à la formation qui irait au delà de l'instruction primaire prévue par l'art. 27 alinéa 2 Cst. féd. Dans l'arrêt *Wäffler* ²³¹ rendu en 1977, le Tribunal fédéral a d'abord indiqué que la reconnaissance d'un droit à la formation avait été refusée quatre années plus tôt par la majorité des cantons lors d'une consultation populaire, ce qui excluait d'emblée toute initiative jurisprudentielle dans ce domaine ; mais il a ajouté que la reconnaissance d'un tel droit par le juge aurait présenté des difficultés presque insurmontables, en l'absence d'intervention du législateur fédéral et

²³⁰ Décision n° 86-225 DC du 27 janvier 1987, *Rec.* p. 13.

²³¹ ATF 103 la p. 369.

cantonal. Plus largement, on peut dire que toute reconnaissance d'un droit à une prestation pose un problème de justiciabilité, c'est-à-dire de mise en oeuvre concrète, car les conséquences, notamment économiques et budgétaires, en sont trop importantes pour que le juge puisse organiser lui-même l'application du droit qu'il viendrait à reconnaître.

En France, il est probable que la question de la reconnaissance du principe de la gratuité de la circulation se serait posée dans des termes différents si un important kilométrage d'autoroutes à péage n'avait pas existé au moment où le juge constitutionnel était appelé à se prononcer, et s'il ne s'était agi que de quelques ponts à péage.

Peut-on, à partir de ces quelques exemples, soutenir que des faits ou des conséquences probables, qui vont indiscutablement influencer le juge constitutionnel, sont susceptibles d'une connaissance scientifique et doivent être pris en considération par la science du droit, au même titre que les textes constitutionnels applicables ? Nous répondons par l'affirmative, car nous avons la conviction que, loin d'ajouter à l'imprévisibilité du droit, la connaissance des conséquences, lorsqu'elle est possible, permet de mieux cerner les éléments du raisonnement décisive suivi par le juge. Et pour mettre à l'épreuve la possibilité de connaissance des conséquences, nous pouvons examiner quelques hypothèses :

- il est ainsi hautement improbable de voir le juge prononcer l'inconstitutionnalité d'une législation qui ne concrétiserait pas suffisamment le droit au travail ou le droit au logement.

- en revanche, rien ne s'opposerait à la censure de dispositions comme celles qui confèrent aux douanes françaises des prérogatives exorbitantes en matière de visite des véhicules et de fouille des personnes à l'intérieur du territoire national, ou à la censure d'une législation organisant des vaccinations ou des dépistages obligatoires, censure qui interviendrait au nom de la liberté individuelle et qui serait facilitée par la plus grande connaissance que l'on a aujourd'hui des effets limités des campagnes systématiques sur la santé publique, et par la plus grande conscience des risques d'effets indésirables sur les individus sains, sans parler bien sûr de l'évolution des opinions en matière de liberté individuelle (évolution que l'on mesure à la réticence qui se manifeste, par exemple, à l'égard d'une éventuelle obligation du dépistage du virus de l'immunodéficience acquise humaine).

Dans ces hypothèses, les considérations tenant aux effets concrets et celles tirées de l'évolution des conceptions sont étroitement liées, sans toutefois que l'on puisse dire, dans chaque cas, que le juge ne ferait que s'incliner devant un certain état des choses et des moeurs (certaines situations étant d'ailleurs loin d'être acquises). Le juge ne se contente pas toujours de prendre acte d'une situation de droit ou de fait bien établie, il lui arrive de se montrer un acteur déterminant de l'évolution des conceptions, spécialement dans le domaine de la liberté individuelle, domaine éminent qui se trouve être également celui dans lequel les avancées coûtent le moins, économiquement parlant, puisqu'il ne s'agit, le plus souvent, que d'imposer une abstention aux organes de l'Etat. Si l'on considère l'exemple de la décision *visite des véhicules* du 12 janvier 1977, il est difficile de soutenir que le juge constitutionnel ait été, à l'époque, influencé positivement par les circonstances de fait, les Français n'ayant jusque là manifesté nul courroux à l'égard des fouilles policières ou douanières²³². C'est de

²³² Il est frappant (et inquiétant) de voir avec quelle docilité les diverses fouilles sont généralement acceptées dans le pays où a été rendue la décision *visite des véhicules*. Rappelons aussi quelle étrange conception de la liberté individuelle révèle la croyance, très répandue en France, en l'obligation qui serait faite aux auto-stoppeurs de posséder sur eux une certaine somme d'argent pour éviter d'être considérés comme des vagabonds en cas de contrôle de gendarmerie.

manière négative que les conséquences pratiques ont pu influencer le Conseil : il pouvait justement considérer que l'efficacité de l'action policière ne serait guère diminuée par la subordination des contrôles à l'existence d'une infraction flagrante ou d'une menace suffisamment précise d'atteinte à l'ordre public ; mais il paraît difficile d'établir qu'il ait pu exister, à l'époque, un mouvement d'opinion de quelque ampleur, en faveur d'une limitation des fouilles policières, qui soit susceptible d'influencer le juge. Si aujourd'hui le Conseil devait se prononcer sur la régularité des contrôles douaniers, il ne serait éventuellement lié que par sa décision de 1977, et une décision favorable à la liberté irait précisément à l'encontre d'une situation de fait et de droit bien établie, à savoir que les agents des douanes se livrent quotidiennement et sans restriction, sur une vaste partie du territoire français²³³, à des visites de véhicules, à des fouilles de bagages et même à des fouilles corporelles, "alors même qu'aucune infraction (n'est) commise et sans que la loi subordonne ces contrôles à l'existence d'une menace d'atteinte à l'ordre public".

Le problème des vaccinations obligatoires ne provoque guère de débat politique ou juridique ; sur le plan scientifique, la situation est beaucoup plus nuancée que trente ou quarante ans auparavant, ce qui explique peut-être le faible niveau du contentieux actuel, les services de santé se montrant souvent conciliants à l'égard des rares réfractaires (qui n'ont, il faut bien le dire, guère de peine à se faire établir des certificats médicaux de contre-indication, la science palliant ainsi, de manière quelque peu hypocrite, l'insuffisante protection juridique du libre choix individuel). Le problème d'une éventuelle obligation de dépistage du VIH se poserait dans des conditions très différentes : un vaste débat a révélé une réticence quasi-générale à l'encontre d'une obligation, et un tel contexte psychologique et moral constituerait, en l'état actuel des connaissances scientifiques, un "état de fait" établi de nature à influencer le juge constitutionnel, d'autant plus facilement qu'il jouerait dans le sens de la protection de la liberté individuelle.

3. La connaissance des valeurs dominantes de l'ordre juridique.

Nous avons souligné à plusieurs reprises quelle pouvait être l'importance des valeurs dans le processus d'accession de la norme à sa signification, et plus on s'écarte des textes,

²³³ La zone terrestre du rayon des douanes, qui s'étend normalement jusqu'à 20 kilomètres des frontières terrestres, des rivages maritimes et des rives des fleuves, rivières et canaux affluant à la mer, jusqu'au dernier bureau de douane situé en amont, ainsi que dans un rayon de 20 kilomètres autour dudit bureau, peut être portée, par des arrêtés du ministre des finances, jusqu'à 60 kilomètres pour faciliter la répression des fraudes, possibilité dont cette administration use largement : c'est ainsi qu'un citoyen français se rendant de Dijon à Besançon, par exemple, et circulant à bord d'un véhicule immatriculé en France, peut se voir soumis à une fouille lors des fréquents contrôles aléatoires pratiqués en l'absence de tout indice de fraude, quand bien même il ne se serait jamais, de sa vie, rendu à l'étranger. Quiconque a assisté au spectacle de la fouille complète d'un véhicule et de ses occupants, leurs effets personnels étalés sur le bitume, conviendra que de telles pratiques ne paraissent guère compatibles avec l'esprit de la décision du 12 janvier 1977 (il ne semble pas, en effet, que ces contrôles, pratiqués loin des frontières, soient réservés aux personnes ou aux véhicules faisant l'objet d'une surveillance particulière parce qu'ils seraient soupçonnés de commettre des infractions douanières. Et si la justification de ces contrôles est de permettre de surprendre, par le jeu du hasard, des infractions réputées connexes aux délits douaniers, le détournement de procédure s'ajoute à la violation des principes exprimés par la décision de 1977).

plus les valeurs deviennent déterminantes ; la thèse que nous défendons est que, contrairement à une opinion commune, le juge dispose d'une moins grande liberté lorsqu'il ne peut plus se prévaloir de l'appui d'un texte et qu'il doit s'en remettre aux valeurs dominantes de l'ordre juridique ; la connaissance de ces dernières joue donc un rôle essentiel dans la prévisibilité des décisions créatrices.

Les valeurs apparaissent clairement et directement dans la motivation du juge fédéral suisse, tandis qu'elles sont "encodées" dans le vocabulaire du Conseil constitutionnel sous des formes telles que *le service public...ou il n'appartient pas au Conseil...* Naturellement, la logique a ses limites, et il ne saurait être question de nier la part de subjectivité qui intervient dans tout jugement ; notre propos est simplement de montrer que même dans le domaine des valeurs, il existe des contraintes qui viennent en principe limiter la subjectivité du juge, sauf bien-sûr s'il décide de transgresser les valeurs dominantes de l'ordre juridique.

La Théorie pure ne méconnaît pas la possibilité de connaissance de ces valeurs : "normes de la morale, de la justice, jugements de valeur sociaux que l'on a accoutumé de désigner par des slogans : bien du peuple, intérêt de l'Etat, progrès, etc ..."234 mais elle considère que leur connaissance ne relève pas de la science du droit, à moins bien sûr que ces normes originellement métajuridiques ne soient transformées en normes de droit positif. Pourtant certaines normes métajuridiques ne sont guère plus incertaines que le droit positif lui-même : Kelsen affirme précisément que l'interprétation juridique du droit positif laisse presque toujours ouvertes plusieurs possibilités, parmi lesquelles l'organe d'application du droit en choisit une par un acte de volonté, ce qui rend vaine toute prétention de la science du droit à faire autre chose que déterminer le cadre représenté par le droit à appliquer et dégager les significations possibles des normes applicables par un acte de connaissance. Si l'expérience montre que le choix de l'organe d'application, parmi les solutions juridiquement possibles, est régulièrement influencé et même déterminé par des normes métajuridiques connues, la reproductibilité de ce phénomène en fait un objet possible d'étude aussi scientifique que peut l'être l'étude du droit positif ; cette étude n'intéresse pas seulement le sociologue ou le politologue, mais également le juriste, parce que les normes métajuridiques qui conditionnent l'interprétation participent autant à la vie du droit que les normes du droit positif. Cette conviction est à la base de l'approche systémale, selon laquelle les valeurs métajuridiques constituent un champ de décodage qui permet de faire un tri parmi les significations possibles de la norme ; G. Timsit appelle surdétermination l'effet de ce champ de décodage constitué par les valeurs, croyances, principes qui orientent ou inspirent les normes235 .

Il convient de préciser que l'approche systémale ne prétend pas découvrir, à l'état latent, des valeurs qui sont difficilement déterminables de manière strictement scientifique, elle s'intéresse seulement à leur traduction dans les normes juridiques, à leur influence sur le système de droit, l'hypothèse étant que les valeurs constituent le plus souvent une limite à la liberté d'énonciation par le juge du code qui préside à l'interprétation ou à la production de la norme. Dans la typologie des jugements qu'il propose, G. Timsit fait en conséquence une large place aux valeurs, il décrit les différentes manières dont elles s'expriment : les principes généraux du droit, l'état de la législation antérieure, pour le Conseil constitutionnel, par

234 *La Théorie pure, op. cit.* p. 460.

235 G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, PUF, 1991, p. 161.

exemple, mais il tient globalement pour instable et peu prévisible le droit qui s'en inspire, car même si ces valeurs constituent pour le juge un "donné" dont le contenu préexiste, le choix que le juge opère parmi elles n'est pas scientifique, il est de nature politique ou métaphysique, et donc sujet à variations. Pour cet auteur, "il ne peut exister, de la part de l'interprète de la norme, de libre recherche scientifique des données naturelles. Il ne peut y avoir de pratique scientifique du droit. Il peut en revanche exister une connaissance scientifique de pratiques antiscientifiques"²³⁶ .

Dans quels termes peut-on, après cela, poser la question de l'aide que la connaissance des valeurs peut apporter à la prévisibilité du droit non écrit ? Faut-il nous résigner à attendre que des valeurs cristallisent dans la jurisprudence, qu'elles deviennent du droit positif, pour les considérer comme un objet d'étude ? S'il est exact que la science du droit ne saurait prétendre appréhender les valeurs en soi, avant toute expression juridique (A), il nous semble que l'approche systémale sous-estime les possibilités de connaissance scientifique des valeurs révélées, c'est-à-dire juridiquement exprimées, alors qu'elles participent autant à la prévisibilité des décisions de justice que le droit écrit dans certains domaines et en particulier dans la création de normes non écrites (B).

A- Les valeurs latentes sont difficilement déterminables.

Savoir si des principes philosophiques, politiques, moraux ou religieux doivent éventuellement recevoir une traduction juridique ne concerne pas la science du droit, c'est un choix politique. Ce n'est que très marginalement que le juriste peut avoir à se tourner vers ces principes, dans des circonstances où le droit positif n'offre aucune solution qui s'impose d'emblée, ou lorsqu'il renvoie à eux à travers des notions comme les bonnes moeurs. En l'absence de toute traduction juridique, il est très difficile de savoir quelles sont les "valeurs dominantes" qui doivent être prises en considération : des valeurs contraires peuvent se trouver en concurrence, d'autres peuvent paraître dominantes parce qu'elles sont politiquement correctes à un moment donné, sans qu'elles soient partagées par une majorité.

La notion d'*opinion dominante* est éminemment suspecte : une opinion domine souvent sans être majoritaire, parce qu'elle bénéficie de moyens d'influence efficaces. On sait d'ailleurs comme il est facile de faire l'opinion que l'on prétend recueillir par des sondages, que ce soit par des campagnes médiatiques, par le choix des questions que l'on pose et par la manière dont elles sont posées. "En interrogeant l'opinion publique, l'enquêteur reçoit donc plus la réponse des mass media que celle de la population. S'il en était autrement, les avis seraient d'ailleurs probablement trop divers pour pouvoir être interprétés : la presse remplit une fonction d'uniformisation. Il reste que rien n'autorise à chercher, dans les prises de position des journalistes, l'expression de la volonté générale, de celle du moins qu'imaginait Rousseau"²³⁷. C'est ainsi, par exemple, qu'aujourd'hui encore il serait bien hasardeux de rechercher dans la société française l'existence d'un consensus philosophique ou moral en faveur ou en défaveur de l'avortement et des modalités de sa pratique ; la représentation nationale s'est prononcée en 1975, elle a politiquement et

²³⁶ *Ibid.*, p. 157-158.

²³⁷ Christian ATIAS et Didier LINOTTE, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, Dalloz 1977, *Chronique*, p. 254.

juridiquement tranché, et le juge constitutionnel s'est prudemment tenu en retrait (trop prudemment pour certains). Mais pour connaître plus sérieusement l'avis des Français, il ne suffirait pas d'un sondage, il faudrait au contraire un large débat permettant à chacun de saisir les principales implications de son choix, débat qui offrirait aux valeurs en cause la possibilité de s'exprimer par des voix plus variées (et peut-être plus qualifiées) que celles qui dominent généralement, c'est-à-dire celles des journalistes et de quelques personnalités médiatiques que l'on retrouve partout. Un tel débat serait évidemment suivi d'un référendum : si cette consultation, en elle-même, ne garantit pas l'expression d'un choix éclairé (comme a pu le montrer le funeste exemple du référendum de 1969 qui mêlait une réforme de l'organisation territoriale insuffisamment expliquée, une réforme du Sénat et une forme de plébiscite, le chef de l'Etat ayant annoncé sa démission en cas de résultat négatif), du moins offre-t-elle la solennité minimale qui s'impose pour l'expression de la volonté populaire. Si imparfaite que puisse être la technique référendaire, elle donne des résultats qualitativement et quantitativement très éloignés des impressions superficielles et fugaces recueillies par les *micro-trottoirs* ou les enquêtes téléphoniques auprès de personnes qui, l'instant d'avant, ne se posaient même pas les questions auxquelles elles sont sommées de répondre à brûle-pourpoint, suivant une grille qui invite très souvent à répondre dans un certain sens.

Devant une telle difficulté à connaître les valeurs latentes, on peut être tenté de s'appuyer sur les pratiques sociales. Une telle attitude, qui est prônée par un certain positivisme sociologique, est extrêmement dangereuse et révèle une conception du droit opposée à ce qu'elle prétend être, en voulant réduire l'écart entre l'être (*sein*) et le devoir être (*sollen*) par l'alignement du droit sur les faits. Cette attitude exerce pourtant une certaine séduction, par son apparence scientifique (le droit se fonderait sur des faits établis et non sur de vaines spéculations) et démocratique (les pratiques sociales exprimeraient plus directement et plus spontanément la volonté populaire que ne le font les organes représentatifs, ou pire encore, les juristes de salon), et doit être fermement combattue par tous ceux qui refusent de s'engager sur le chemin de l'immanence du droit à la nature des choses.

A l'appui de la reconnaissance de droits nouveaux tels qu'un droit à la procréation médicalement assistée ouvert à tous, ou un droit au mariage entre personnes du même sexe, on voit invoquer la fréquence statistique des familles monoparentales ou des cohabitations homosexuelles, comme si cela exprimait l'émergence d'une nouvelle morale dominante ; pourtant il existe une marge importante entre la tolérance de certains comportements et leur

encouragement officiel, et c'est d'ailleurs cette tolérance²³⁸ qu'il faudrait mesurer plutôt que la seule fréquence des comportements, qui n'exprime en soi aucune valeur positive : sinon, que devrait-on déduire de la fréquence statistique de la fraude fiscale ou du travail clandestin ? Les diverses tentatives de connaissance scientifique des valeurs en dehors du droit ne paraissent mener le juriste qu'à des impasses.

B- Les valeurs exprimées par le droit

Par "valeurs exprimées par le droit", nous entendons, non pas des valeurs qui sont directement traduites par des règles écrites explicites (celles-ci relevant de la prédétermination par les textes), mais des valeurs qui peuvent se déduire de textes, qu'ils soient directement applicables à la situation en cause, ou, sans lien direct avec la situation, qu'ils soient invoqués comme preuve de l'existence de telle valeur dominante. Le Professeur Timsit cite ainsi l'exemple du juge américain qui, ayant à répondre à l'argument suivant lequel l'homosexualité serait "implicite au concept de liberté" et "profondément enraciné dans l'histoire et la tradition de cette Nation", relève qu'au contraire, les préventions contre cette pratique ont d'anciennes racines, que la sodomie était un crime pour la *common law* et était interdite par les lois des treize Etats originaux, que jusqu'en 1961 elle était hors la loi dans tous les cinquante-et un Etats, et qu'en 1986 encore, vingt-quatre Etats et le district de Columbia continuaient à réprimer cet acte accompli en privé entre adultes consentants.²³⁹

Le juge fédéral suisse se livre à ce type de raisonnement quand il évoque, dans l'arrêt *Dubois*, "la conception juridique libérale de l'Occident"²⁴⁰ selon laquelle un citoyen libre, ayant des revenus suffisants, ne peut en principe être astreint à travailler : il s'appuie aussi bien sur le droit comparé des Etats européens que sur la Convention internationale de Genève de 1930 sur le travail forcé ; ces textes ne visent pas directement la situation des personnes placées en détention préventive en Suisse, mais les principes qui les sous-tendent peuvent être, eux, transposés à cette situation. La reconnaissance du principe non écrit relève ici davantage de l'acte de connaissance que de l'acte de volonté. On peut rapprocher cette attitude de celle de la Cour européenne des droits de l'homme qui, lorsqu'elle a à examiner si l'ingérence d'une autorité publique est "nécessaire dans une société démocratique",

²³⁸ Il est indéniable, par exemple, que la tolérance à l'égard du concubinage n'est pas du même ordre que celle qui se manifeste à l'égard de la cohabitation homosexuelle : une majorité de familles accepte facilement la cohabitation d'un jeune homme et d'une jeune fille, que cela soit considéré comme une étape avant un éventuel mariage ou comme une situation durable, tandis que la cohabitation homosexuelle, malgré une évolution considérable des mentalités, continue à inspirer aux familles concernées à la fois la gêne vis-à-vis d'autrui et un certain sentiment d'échec. De même, l'acceptabilité de ces deux types de cohabitation dans le monde professionnel n'est pas du tout comparable. Quant aux familles monoparentales, si elles sont loin d'être posées en modèle, elles sont généralement acceptées comme un mal inévitable après une séparation rendue nécessaire par le comportement de l'un ou l'autre des parents, et elles suscitent souvent la sympathie de l'entourage et du voisinage.

Si la situation juridique des concubins tend à se rapprocher de celle des époux, ce n'est pas seulement en raison des pratiques que l'on observe, c'est aussi parce que qu'il existe un certain consensus à cet égard ; ce consensus n'existe pas actuellement pour les concubins homosexuels, malgré la révélation, plus fréquente qu'auparavant, de leur état.

²³⁹ G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, PUF, 1993, p. 184.

²⁴⁰ JdT 1972 I p. 9.

confronte l'attitude de l'autorité en cause à la pratique majoritaire habituelle des autres Etats signataires de la Convention (ce qui a d'ailleurs amené la Cour à déclarer que l'article 64 du Code français des douanes, dans sa rédaction antérieure aux réformes résultant des lois de finances du 30 décembre 1986 et du 29 décembre 1989, violait l'article 8 de la Convention, eu égard aux "pouvoirs fort larges" dont jouissait l'administration des douanes ainsi qu'à l'absence de contrôle judiciaire préalable aux visites domiciliaires²⁴¹).

La jurisprudence constitutionnelle française n'offre pas d'exemple de dissociation aussi nette entre les valeurs juridiques et leur support textuel, car le juge français se montre beaucoup plus timide dans sa motivation : la technique des principes de valeur constitutionnelle ou celle de "l'état de la législation antérieure" ne revendiquent pas la part qu'elles doivent à la surdétermination, c'est-à-dire au monde des valeurs, au code culturel, elles tentent au contraire de s'ancrer le plus possible dans le droit écrit. Le concept de la dignité de la personne humaine est ainsi présenté, par le juge constitutionnel français²⁴², comme découlant de la première phrase du Préambule de la Constitution de 1946, alors qu'il aurait aussi bien pu être déduit de l'esprit de la Déclaration de 1789, ou même de l'ensemble de nos textes et principes constitutionnels, au point d'apparaître lié aux principes fondateurs de notre ordre juridique. Cependant le recours à la notion d'intérêt général laisse poindre, dans une certaine mesure, l'importance du rôle joué par les conceptions et les valeurs, en même temps que l'on devine quelle marge d'appréciation cela peut ouvrir au juge. Il arrive, en effet, au juge constitutionnel français de se référer à la notion d'intérêt général, suivant la méthode utilisée déjà par le Conseil d'Etat pour contrôler les actes discrétionnaires de l'administration lorsque les autres références paraissent insuffisantes.

La notion d'intérêt général représente l'un de ces concepts à caractère finaliste qui sont, selon le professeur Timsit, l'expression de la surdétermination du sens de la norme : l'évocation des fins assignées à l'action du législateur constitue en réalité une référence au code culturel dominant, cette référence étant utilisée par le juge pour encadrer l'activité du législateur, à la fois quant aux motifs qui l'animent et quant aux moyens qu'il choisit, puisque le juge constitutionnel vérifie également l'adéquation des moyens au but poursuivi, par une technique comparable à celle de l'erreur manifeste d'appréciation du Conseil d'Etat.

Envisagée sous un autre aspect, la notion d'intérêt général constitue ce que l'on nomme un standard, comparable en cela à des notions telles que les circonstances *exceptionnelles*, l'erreur *manifeste*, l'entretien *normal*. La doctrine classique perçoit bien que ces notions ont un contenu variable et qu'elles affectent les normes qui y renvoient d'un certain degré d'indétermination, mais elle se partage sur la question de savoir si ces standards sont source de pouvoir discrétionnaire, et surtout, dans l'affirmative, de savoir à qui doit bénéficier l'indétermination de la norme ainsi posée : on peut, en effet, concevoir que l'imprécision du standard, au lieu d'augmenter le degré de liberté de l'autorité chargée de l'appliquer (liberté du législateur en présence d'un standard constitutionnel, liberté de l'Administration face à un standard législatif), profite surtout au juge en lui permettant de se livrer à une interprétation telle que la norme se référant à un standard devienne aussi

²⁴¹ Arrêt *Funcke c/ France* du 25 février 1993, Série A, n° 256-A.

²⁴² la décision *Bioéthique* est évoquée au chapitre suivant comme l'illustration d'une création jurisprudentielle si peu discutée qu'elle apparaît à beaucoup de ses commentateurs comme la simple reconnaissance d'un droit préexistant (même si l'examen du vocabulaire qu'ils utilisent révèle un certain embarras...).

contraignante qu'une norme beaucoup plus précise dans sa lettre.

Ainsi l'intérêt général détermine-t-il, en tant que critère à caractère finaliste, la signification finale qui doit être attribuée à une norme (surdétermination), tout en laissant, en tant que standard, une marge d'appréciation notable non seulement au législateur, mais également au juge chargé de le contrôler.

Dans la pratique française, on rencontre quelques cas où le juge constitutionnel a été amené à vérifier si le législateur avait bien usé de ses pouvoirs dans l'intérêt général, et d'une manière proportionnée au but invoqué ; ces hypothèses correspondent à des situations dans lesquelles le législateur, pour répondre à des nécessités pratiques, avait dû déroger à des principes constitutionnels, et où les lois ainsi adoptées étaient entachées d'une inconstitutionnalité au moins latente : par exemple, dans la loi *Sécurité et liberté*, la référence au but d'intérêt général poursuivi par le législateur justifiait les contrôles d'identité et couvrait, en quelque sorte, l'atteinte à la liberté d'aller et venir, dans la mesure où *la gêne* (apportée à l'exercice de cette liberté) *n'était pas excessive*.²⁴³ (la référence au but d'intérêt général remplit ici, avant la lettre, la fonction d'un objectif de valeur constitutionnelle).

De même, la loi de nationalisation de 1982, qui mettait évidemment en cause la propriété privée et la liberté d'entreprendre, avait pour ambition de "faire face à la crise économique, promouvoir la croissance et combattre le chômage" et, quels que soient les doutes que le juge constitutionnel ait pu éprouver quant à l'adéquation des mesures de nationalisation aux buts poursuivis, il était délicat pour lui de porter une appréciation sur la nécessité publique invoquée ; c'est pourquoi, dans ces exemples, il a considéré que l'appréciation de l'intérêt général (ou de la notion voisine de nécessité publique) appartenait au législateur, sous la réserve, expressément évoquée dans la décision de 1982²⁴⁴, de l'erreur manifeste d'appréciation. La jurisprudence ultérieure du Conseil a témoigné, jusqu'à présent du moins, d'une conception restrictive de l'erreur manifeste : les déclarations d'inconstitutionnalité de ce chef demeurent rares²⁴⁵, et l'indétermination de la notion d'intérêt général n'a profité qu'au législateur.

La connaissance du code culturel permet-elle une plus grande prévisibilité des décisions du juge constitutionnel ? Dans le principe, la réponse devrait être positive, mais elle appelle quelques nuances, car en pratique le juge peut donner la faveur à un code

²⁴³ Décision 80-127 DC *Sécurité et Liberté* des 19 et 20 janvier 1981 : les auteurs des saisines affirmant que les articles 76 à 78 de la loi, relatifs aux contrôles d'identité, portaient gravement atteinte à la liberté d'aller et venir et à la liberté individuelle, le Conseil constitutionnel leur répondit que la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, étaient *nécessaires à la mise en oeuvre de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle*, et que la gêne que les dispositions critiquées pouvaient apporter à la liberté d'aller et venir *n'était pas excessive*, dès lors que les personnes interpellées pouvaient justifier de leur identité "par tout moyen" et que les conditions relatives à la légalité, à la réalité et à la pertinence des raisons motivant l'opération de contrôle étaient réunies.

²⁴⁴ Décision 81-132 DC *Loi de nationalisation* du 16 janvier 1982 : "Considérant que l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, *en l'absence d'erreur manifeste*, être récusée par celui-ci ..."

²⁴⁵ Même si elles ne le disent pas expressément, les décisions relatives au découpage des circonscriptions électorales en Nouvelle-Calédonie (décisions 85-196 DC du 8 août 1985 et 85-197 DC du 23 août 1985) font, de toute évidence, application de la technique de l'erreur manifeste, mais d'une manière prudente, puisqu'un important écart de représentation (1 à 1,83) n'est pas censuré par le juge constitutionnel.

différent de celui que l'on attendait ; cela ne doit pas rendre la référence aux valeurs plus douteuse que ne l'est l'utilité de la connaissance du droit écrit, qui est parfois transgressé plus sûrement encore que ne le sont les valeurs de l'ordre juridique.

Un exemple frappant de changement relativement rapide de code culturel est fourni par le Tribunal fédéral avec l'arrêt *Theresa Rohner et consorts*, rendu en 1990 à propos du suffrage féminin dans le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures (déjà évoqué, sous l'angle de l'étendue du pouvoir créateur du juge, dans notre première partie): abandonnant l'interprétation historique de l'arrêt *Quinche* de 1957, fondée sur la *pratique absolument constante... qui peut être comparée à une sorte de coutume*, le juge fédéral justifia une interprétation contemporaine, trente-trois ans plus tard, par le *changement des circonstances* et par *l'évolution des conceptions*. Bien que, rappelons-le, l'art. 4 de la Constitution fédérale, dans sa rédaction actuelle, n'évoque pas l'égalité des droits politiques parmi les exemples qu'il cite, le juge fédéral estima que le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes était *à ce point enraciné dans le sentiment du droit* ²⁴⁶qu'il ne pouvait manquer de faire évoluer la façon de comprendre la Constitution. Toute norme juridique devant, selon le Tribunal fédéral, "s'interpréter en fonction des jugements de valeur - de niveau supérieur - de la Constitution"²⁴⁷, une interprétation conforme aux conceptions actuelles de l'expression *Landleute* (ressortissants du Canton) dans la Constitution cantonale, et de l'expression *Suisses* à l'article 4 de la Constitution fédérale, était non seulement possible mais souhaitable. Pour le juge fédéral, *l'interprétation* (de la Constitution cantonale) *conforme à la Constitution fédérale met l'accent sur le rapport interne existant entre toutes les normes juridiques de l'Etat* ; ne s'agit-il pas là d'une excellente illustration du phénomène de surdétermination, et d'un puissant argument en faveur de la reconnaissance du rôle de la logique dans l'interprétation du droit ? Ainsi, l'égalité de traitement entre hommes et femmes, exclue en 1957, pouvait-elle être qualifiée, en 1990, de *profondément enracinée dans le sentiment du droit*, au point d'impliquer l'égalité des droits politiques à tous les niveaux de l'organisation politique de la Suisse . Il existe certainement peu d'exemples de renversement aussi rapide (33 ans) du code culturel dominant qui se soient manifestés par deux interprétations opposées de textes analogues.

Plusieurs valeurs peuvent se trouver en concurrence, mais cela n'affecte pas plus la prévisibilité des décisions que l'existence de textes contradictoires entre eux. Il existe, pensons-nous, une cohérence d'ensemble de chaque système juridique, et tous les efforts de ceux qui pensent le droit doivent tendre à renforcer cette cohérence. Nous rappelons, à cet

²⁴⁶ ATF 116 Ia 359, *JdT* p. 105.

²⁴⁷ Souligné par nous ; *ibid.* p. 106. Cette argumentation correspond assez bien à celle qui est développée par MM. Atias et Linotte dans leur article précité (note 169) : ces auteurs, dénonçant les errements des conceptions sociologiques de l'élaboration du droit, défendent une vision volontariste selon laquelle la mission du droit n'est pas de s'incliner devant la pratique, les moeurs ou l'opinion publique, mais au contraire de "diriger la vie sociale vers des fins propres à assurer le bien. Un jugement de valeur sur les faits est alors inévitable" (p. 253). "Il faut récuser l'image simpliste d'un droit qui se formerait par reculades, par décrochements successifs. Le législateur choisit, parmi les buts que lui proposent les diverses données collectées, celui qui est, en justice, préférable : il ne se soumet pas ; il porte un jugement de valeur" (p. 257). "La simplification qu'engendre le mythe (de l'adaptation du droit au fait) est dangereuse : elle tend à faire oublier que le juriste ne saurait se désintéresser de la *valeur* des rapports sociaux" (p. 258).

égard, l'argumentation que développait G. Morange en 1977²⁴⁸ à propos de la constitutionnalité de l'obligation du port de la ceinture de sécurité, argumentation transposable à toute situation mettant en cause un aspect de la liberté individuelle qui ne comporte aucune nuisance pour autrui : pour cet auteur, les art. 4 et 5 de la DDHC expriment en toute clarté le caractère essentiellement libéral de notre société, et ce caractère exige, logiquement et donc juridiquement, que l'Etat s'abstienne de sanctionner pénalement des comportements sans répercussion possible sur la vie ou la santé des tiers, comme c'est, par exemple, le cas de la consommation de tabac (quand personne ne peut être incommodé par la fumée), du suicide et des relations homosexuelles entre adultes consentants.

Remarquons au passage que le principe général de liberté, en tant que valeur fondatrice de notre ordre juridique, ne se déduit pas ici de textes de droit comparé ou d'un rang infra-constitutionnel, mais d'un texte qui figure, selon notre Constitution et selon la jurisprudence constitutionnelle, au premier rang des normes du droit positif, et qui, contrairement à certaines affirmations, n'a pas été rédigé par une assemblée de philosophes, mais par une assemblée politique qui entendait que les valeurs proclamées soient traduites juridiquement.

L'idéologie libérale exprimée par la DDHC devrait donc exercer une influence directe sur tous les raisonnements juridiques, ceux des praticiens comme ceux de la science du droit, et contribuer puissamment à la prévisibilité des décisions de justice ; ce n'est malheureusement pas le cas, et nous ne pouvons que le regretter ; nous réfutons la confusion d'esprit qui vient ordinairement obscurcir le débat et qui voudrait donner à penser que le principe de liberté serait un idéal philosophique trop abstrait pour être utilement confronté aux nécessités pratiques de la vie moderne, mais qui n'est en vérité qu'une abdication de la raison (et peut-être de la volonté). Nous pouvons, à titre d'exemple, envisager quelques applications concrètes du principe de liberté entendu comme élément de surdétermination, c'est-à-dire comme traduction d'un code culturel :

- en ce qui concerne la ceinture de sécurité, l'obligation d'installation pour les constructeurs de voitures ne soulève pas de difficulté. L'obligation pour l'automobiliste de maintenir le dispositif en état de fonctionnement est admissible parce qu'à tout moment et de manière imprévisible, un tiers peut être amené à prendre le volant. Des sanctions indirectes comme l'exclusion contractuelle de la garantie d'une assurance individuelle, ou le non remboursement par l'assurance maladie, s'il est établi que les dommages corporels ont un lien avec le défaut de port de la ceinture, seraient encore compatibles avec l'Etat libéral. Mais des sanctions pénales ne le sont pas, elles le seraient en revanche avec un Etat totalitaire, qui ne considère que les fins collectives et ignore la liberté individuelle.

- à ceux qui seraient tentés d'établir un parallèle avec l'attitude de la société libérale envers la consommation individuelle de stupéfiants, on peut d'abord répondre que c'est moins la consommation que la détention et surtout le trafic de substances déterminées qui sont, dans la pratique, réprimés, la détention matérielle d'une certaine quantité, considérée comme

²⁴⁸ Article précité à la revue Dalloz 1977, *Chronique*, p. 61.

excédant les besoins personnels, constituant souvent la preuve du trafic²⁴⁹, encore qu'il y ait là une grande hypocrisie : toute consommation implique un approvisionnement, et prôner à la fois une sévérité accrue à l'égard des trafiquants et une plus grande tolérance au bénéfice des consommateurs, comme on le voit faire ici et là, n'est finalement guère logique. On comprend mieux, en revanche, que ceux qui produisent eux-mêmes ce qu'ils consomment, sans en faire le moindre commerce et sans prosélytisme, soient moins poursuivis, d'abord parce qu'ils sont plus difficilement connus des services de police, et peut-être aussi parce que, quoique légalement punissables, ils ne semblent pas représenter un danger collectif et leur consommation n'implique l'existence d'aucun commerce illicite (sinon, peut-être, celui des graines dans le cas de la culture de cannabis). Abordée sous cet angle, la question présente d'ailleurs des analogies avec celle du suicide.

On pourrait, plus utilement, emprunter à l'argumentation développée par le Tribunal fédéral lorsqu'il consacra la liberté psychique, pour soutenir que la société libérale doit protéger l'individu "contre les atteintes qui tendraient à restreindre ou à supprimer la faculté d'apprécier une situation quelconque" : les stupéfiants ont précisément pour fonction d'abolir la lucidité que la civilisation occidentale a historiquement essayé de faire progresser, attitude philosophique et morale qui se manifeste encore juridiquement par des législations réprimant l'usage des stupéfiants dans la plupart des Etats libéraux.

Ajoutons encore que si le refus du port de la ceinture de sécurité ne fait qu'ajouter au risque d'atteinte à la santé auquel est exposé de toute manière chaque automobiliste, risque qui est rarement recherché délibérément, la consommation de stupéfiants provoque une atteinte immédiate et certaine à la liberté psychique, c'est même l'unique effet recherché ; ces deux attitudes ne se situent pas sur le même plan, et il ne nous paraît pas absolument contradictoire de sanctionner pénalement la détention de substances dont la fonction exclusive est de modifier le psychisme humain, et de laisser d'autre part des individus faire courir un risque à leur santé en ne bouclant pas leur ceinture, en pratiquant le ski hors-pistes ou la spéléologie, ou encore en mangeant trop gras.

- s'agissant de la consommation d'alcool ou de tabac, le libre choix individuel continue de prévaloir dans les Etats libéraux, même si l'on assiste à un encadrement croissant des nuisances liées à ces consommations, lorsqu'elles représentent un danger pour la santé ou

²⁴⁹ La Cour constitutionnelle fédérale allemande, dans un arrêt du 9 mars 1994, a admis la constitutionnalité des dispositions pénales réprimant, d'une manière générale, toute activité portant sur les stupéfiants, y compris la détention de cannabis pour un usage personnel ; mais, invoquant la proportionnalité entre l'atteinte à la liberté individuelle, que représente la répression pénale d'une activité individuelle, et le but de la loi, qui est la protection de la santé de l'individu et de la population, la Cour a procédé à une correction de la loi par voie d'interprétation conforme à la Constitution : elle a estimé que la simple possession de quantités minimales de drogues dites douces comme le cannabis ne devait pas être pénalement poursuivie, car le risque de revente à des tiers était réduit dans ces hypothèses. Ainsi, pour la Cour, la détention de faibles quantités de cannabis est toujours un délit, mais un délit que le ministère public est tenu de ne pas poursuivre.

Examinant la question sous l'angle du respect du principe d'égalité, du fait que que les activités liées au tabac ne sont pas pénalement réprimées, la Cour a déclaré que la nicotine n'était pas un stupéfiant et que seul son abus faisait courir des dangers.

Pour un commentaire de cette décision, voir Michel FROMONT, *République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 1994 et 1995*, Chroniques étrangères, RDP 2-1997, p.348 et suiv.

pour la vie d'autrui²⁵⁰. Malgré l'enracinement profond des boissons alcoolisées dans la civilisation occidentale, les législations récentes désignent assez clairement le tabagisme et l'alcoolisme comme des fléaux sociaux contre lesquels il convient de lutter, toute la difficulté consistant à fixer la limite entre ce qui relève de la gastronomie et du patrimoine culturel d'une part, et, d'autre part, ce qui représente un fléau social. Il nous semble que les législations actuelles, si l'on se place d'un point de vue strictement juridique, ne portent pas d'atteinte excessive à la liberté individuelle, dans la mesure où les seuls aspects de ces consommations qui soient visés sont ceux qui mettent en cause le bien-être, la santé ou la vie d'autrui, les aspects individuels ou privés demeurant indifférents (le haut niveau de taxation qui frappe de plus en plus ces produits pénalise également les consommateurs modérés, ce qui peut paraître injuste, mais ils ne sont alors que modérément pénalisés...).

Si l'on adopte d'autres points de vue, comme ceux de l'étiologie et du coût de la protection sociale, on peut évidemment considérer que le législateur - ou le constituant - devraient aller plus loin dans la limitation des consommations individuelles, d'autant plus que l'État doit constitutionnellement protéger tous les citoyens contre le risque de maladie, mais l'on se trouve rapidement confronté au principe de la liberté individuelle ; on pourrait envisager des restrictions plus sévères à la vente des boissons alcoolisées et des cigarettes, mais il paraît difficile d'assimiler tabac et alcool aux stupéfiants car, en l'état actuel des comportements, ces substances ne sont pas, dans la généralité des cas, consommées dans des conditions contraires aux principes fondateurs de la société libérale. Cette réflexion nous amène sur le terrain des valeurs ultra-juridiques, terrain d'autant plus délicat que la référence à des valeurs telles que la liberté individuelle peut recouvrir bien des arrières-pensées politiques ou économiques, comme le montre l'exemple de l'alpinisme : malgré les risques encourus, sa pratique a été historiquement encouragée par les pouvoirs publics, sans doute moins en tant que manifestation de la liberté individuelle que comme moyen de faire progresser la connaissance d'un milieu encore mal cartographié, de développer dans la jeunesse des aptitudes jugées utiles à la guerre (comme le montre encore la devise du Club Alpin Français, fondé en 1873 : *Pour la Patrie, par la montagne*), ou pour des raisons de prestige national lorsqu'il s'agissait d'atteindre des sommets remarquables par leur difficulté d'accès ou par leur altitude élevée. Aujourd'hui ces raisons ont perdu beaucoup de leur importance, et les pouvoirs publics sont devenus plus sensibles au coût des sauvetages et aux répercussions médiatiques de certains accidents, qui donnent parfois l'impression, jugée fâcheuse en ces temps d'assistance généralisée, que l'Administration ne maîtrise pas parfaitement la situation ; on peut donc craindre que la liberté individuelle ait à souffrir de la confrontation à ces arguments.

Il est vrai qu'une absence de répression de la consommation de stupéfiants serait

²⁵⁰ En France, le Conseil constitutionnel n'a pas eu à juger d'une éventuelle atteinte à la liberté individuelle : la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, qui lui fut déférée en 1991, ne visait que la publicité et la propagande, aussi les moyens invoqués contre elle ne se rattachaient-ils qu'à la violation de la liberté d'entreprendre, du droit de propriété, et, de manière plus surprenante, à l'atteinte au libre usage du nom patronymique, ce dernier moyen ayant été jugé *dénué de pertinence en l'espèce* (Décision 90-283 DC du 8 janvier 1991, *JORF* du 10 janvier 1991 p. 524).

également compatible juridiquement avec la société libérale²⁵¹, bien que ne l'étant pas avec son idéologie et ses buts ultimes, comme l'absence de répression de la prostitution individuelle ne doit pas être confondue avec une caution morale, et cet exemple montre que la prévisibilité du droit, qu'elle soit recherchée à partir des textes ou à partir des valeurs exprimées par l'ordre juridique, ne se conçoit, en toute rigueur, qu'en termes de compatibilité : la science du droit peut dire, parmi les solutions possibles, lesquelles sont compatibles avec l'ordre juridique et lesquelles ne le sont pas, c'est une question de connaissance ; mais elle ne peut pas, sauf exception, affirmer quelle solution sera effectivement choisie par le juge (cela ne l'empêche nullement d'évaluer les probabilités des diverses solutions) ; lorsqu'elle indique qu'une solution déterminée devrait être choisie par le juge, elle exerce, outre sa fonction de connaissance, une fonction de politique juridique, sauf bien sûr si toutes les autres solutions imaginables sont logiquement incompatibles avec le droit existant.

L'éventualité d'une coexistence de ces deux fonctions ne doit pas affecter la qualité du raisonnement juridique, et la confrontation des publications doctrinales à la jurisprudence ultérieure montre de nombreux exemples de prévisions remarquables émanant de *juristes de salon* n'ayant avec le juge constitutionnel aucune liaison autre que celle que procurent les revues juridiques

Le phénomène est évident en Suisse, le Tribunal fédéral mentionnant expressément dans ses arrêts les auteurs dont il s'inspire ; en France nous sommes très éloignés de cette situation, mais on peut citer un exemple récent, à propos du droit d'asile dans la décision "*Maîtrise de l'immigration*" du 13 août 1993 : Louis Favoreu, commentant cette décision qui, dit-il, *a surpris en affirmant que non seulement l'alinéa 4 du Préambule produisait directement des effets mais qu'au surplus il fallait désormais l'interpréter comme comportant l'obligation pour l'Etat (d'une manière générale) d'autoriser le demandeur d'asile à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande*, ajoute immédiatement que le Conseil d'Etat avait adopté une telle position en 1991, et que, *observant qu'un annotateur averti de la jurisprudence constitutionnelle (B. Genevois) avait déjà souligné le changement de "dimension" qu'impliquait la nouvelle jurisprudence du Conseil d'Etat, Franck Moderne annonçait déjà que, "connaissant le souci de la jurisprudence constitutionnelle de ne pas s'éloigner sans raison déterminante de la jurisprudence administrative", il y aurait une évolution de l'attitude du Conseil constitutionnel. C'est ce qui s'est produit avec la décision du 13 août.*²⁵² La surprise était donc toute relative...

Plus remarquable encore est la note de François Julien-Laferrière, publiée en 1992 : *Il nous paraît donc que les arrêts du 13 déc. 1991 - combinés avec la décision du Conseil*

²⁵¹ La tolérance relative que l'on observe dans certaines villes de la Suisse alémanique à l'égard de l'usage des drogues est souvent interprétée, à tort semble-t-il, comme du laxisme, alors qu'il faudrait plutôt y voir une sorte d'indifférence liée à l'éthique calviniste (selon laquelle l'individu qui donne le spectacle de sa dépravation, en s'injectant publiquement des drogues, manifeste si évidemment sa qualité de réprouvé, et donc sa vocation à la damnation éternelle, qu'il paraît vain de tenter de s'y opposer, car cela reviendrait à s'opposer à la volonté de Dieu). Il est de fait que cette tolérance ne s'observe pas dans les cantons romands, réputés pourtant plus "progressistes" et moins conformistes.

²⁵² Louis FAVOREU, commentaire de la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 *Maîtrise de l'immigration*, R.F.D.C. 1993, p. 597.

*constitutionnel du 25 févr. 1992 - impliquent, au-delà du droit au séjour des candidats réfugiés, un véritable droit d'entrée en France pour ces étrangers. Ainsi la Haute assemblée semble-t-elle avoir reconnu, alors qu'elle avait hésité jusque-là à le faire, la réalité du droit d'asile comme droit de l'individu et non comme prérogative discrétionnaire des autorités de l'Etat. Il est à souhaiter que l'avenir ne contredise pas cette conclusion.*²⁵³

Le caractère prophétique de cette analyse tient à ce que le Conseil d'Etat n'avait, en 1991, que partiellement suivi les conclusions de son commissaire du Gouvernement, et refusé d'évoquer le droit d'asile de l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution : M. Julien-Laferrière se fondait donc sur la logique qui sous-tendait ces arrêts, logique développée dans les conclusions du commissaire du gouvernement, bien plus que sur la motivation des arrêts, qui, à elle seule, ne l'aurait pas permis. Autrement dit, la prévisibilité de la décision du 13 août 1993 dépendait d'un raisonnement juridique élaboré, le juge constitutionnel n'ayant pu se contenter d'imiter simplement une jurisprudence administrative qui, en l'état, ne le permettait pas.

Le fait que quelques spécialistes aient estimé, après coup, que l'évolution de l'attitude du Conseil constitutionnel était prévisible, et même le fait que certains l'aient effectivement prévue dans des publications antérieures à la décision, à notre avis rien de cela n'enlève son caractère transgressif à la décision *Maîtrise de l'immigration*, car le courant doctrinal sur lequel elle s'est appuyée ne pouvait être considéré comme exprimant un code culturel devenu si dominant que le juge se sente autorisé, dans les circonstances de l'époque, à renverser sa propre jurisprudence et à prendre l'exact contre-pied d'une politique d'intégration européenne qui n'était pas dépourvue de légitimité.

²⁵³ François JULIEN-LAFERRIERE note sous les arrêts *Dakoury* et *Nkodia* du 13 décembre 1991, Dalloz 1992, p. 452.

Chapitre troisième

LA CRÉATION JURISPRUDENTIELLE ET LA SÉPARATION DES POUVOIRS

La présente étude a montré, du moins l'espérons-nous, que les juridictions constitutionnelles française et suisse exerçaient un certain pouvoir créateur, quelle que soit l'appellation qu'on lui donne : que les principes ou droits fondamentaux soient *inventés* par le juge ou seulement *dégagés* ne change pas grand chose. La consécration de droits constitutionnels non écrits a fait l'objet d'un consensus assez large en Suisse, et l'on peut observer que le projet de constitution de 1995 reprend l'intégralité de ces droits non écrits dans son chapitre premier qui énumère les droits fondamentaux. La situation en France est, à tous égards, beaucoup plus confuse (terminologie flottante des décisions, motivation peu développée et parfois inexistante, contrôle engendrant des critiques aussi politiques que juridiques), comme le montre l'exemple du principe de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine : le Comité consultatif pour la révision de la Constitution avait souhaité inscrire ce principe à l'art. 66 avec celui du respect de la vie privée ; après examen par le Conseil d'Etat, ce principe fut déplacé à l'art. 1er du projet de loi constitutionnelle adopté en Conseil des ministres le 10 mars 1993. En juillet 1994, le projet de révision n'était plus à l'ordre du jour, mais le Conseil constitutionnel eut à se prononcer sur la loi relative à la bioéthique et, à cette occasion,²⁵⁴ il proclama la valeur constitutionnelle du principe de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine dans sa décision du 27 juillet 1994, en s'appuyant sur la première phrase du Préambule de 1946 :

Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés.

S'agissait-il d'une création jurisprudentielle ? D'une interprétation créatrice du Préambule ? On pourrait le croire, car sinon, pourquoi inscrire dans la Constitution ce qui s'y trouve déjà ? Pourtant, la réponse que donne Louis Favoreu est négative²⁵⁵, il ne s'agissait pas, selon lui, de consacrer un nouveau droit, mais d'inscrire dans la

²⁵⁴ Décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994, *JORF* du 29 juillet 1994, p. 11026.

²⁵⁵ *RFDC* 1994, p. 807-808.

Constitution un droit *déjà reconnu*, le rapport du Comité consultatif indiquant en effet :

“Il a paru nécessaire au Comité que ces droits déjà reconnus soient inscrits dans le texte de la Constitution”.

La précision sémantique que donne Louis Favoreu est du plus haut intérêt : “La décision du Conseil constitutionnel ne crée donc pas ce droit : elle le fait émerger - de manière très heureuse - du texte qui la contenait”. Ainsi, un droit implicite, *déjà reconnu*, nous dit-on, avait semblé, aux yeux du Comité consultatif pour la révision, devoir être exprimé expressément dans le texte constitutionnel ; cela signifierait que le principe de la sauvegarde de la dignité humaine pouvait être décelé dans les premières lignes du Préambule de 1946 par une opération logique, mais encore fallait-il que le juge s’y livre, qu’il accomplisse un *travail du texte*, une opération d’interprétation à laquelle l’analyse systémale donne le nom de codétermination. Le Comité consultatif, en inscrivant dans le texte le principe de la sauvegarde de la dignité, voulait renforcer l’élément de prédétermination de cette norme, estimant probablement qu’elle n’était pas assez nettement lisible dans le Préambule.

La consécration jurisprudentielle de ce principe n’a pas, en tout cas, soulevé d’objection notable, contrairement à ce qui s’est passé lors de l’interprétation de la notion de droit d’asile : cette dernière a provoqué les attaques les plus violentes contre le Conseil constitutionnel. Le ton en a été donné dès le 17 août 1993 par un conseiller du ministre de l’Intérieur : “la souveraineté réside désormais dans un conseil non élu ...”²⁵⁶. Le plus remarquable est que beaucoup de ces attaques visaient le pouvoir créateur du juge alors même qu’il s’agissait, en l’occurrence, du droit d’asile, norme constitutionnelle dont le caractère écrit est peu discutable. Ainsi, pour M. Dailly le droit d’asile, comme d’autres dispositions, ne serait évoqué “qu’à titre de principe et dans des préambules qui n’ont aucun pouvoir normatif”²⁵⁷, les membres du Conseil n’ayant et ne devant avoir aucun pouvoir législatif ni constituant. Pour M. Pons, le Conseil “dit le droit, en aucun cas il ne peut le créer”. M. Charasse estimait que le Conseil avait “ajouté artificiellement au droit existant”²⁵⁸, et le Premier ministre lui-même déclarait dans son allocution au Congrès : “Depuis que le Conseil constitutionnel a décidé d’étendre son contrôle au respect du Préambule de la Constitution, cette institution est conduite à contrôler la conformité de la loi au regard de principes généraux parfois plus philosophiques et politiques que juridiques, quelquefois contradictoires et de surcroît conçus parfois à des époques bien différentes de la nôtre”. Le droit d’asile de 1946 relevait-il de cette catégorie de principes plus philosophiques que juridiques conçus à des époques bien différentes de la nôtre ? Quoi qu’il en soit, cela montre qu’en France, que l’on soit en présence d’une création jurisprudentielle ou de l’interprétation d’une disposition expresse, la question de la légitimité de l’action du juge est toujours d’actualité.

Cette question s’inscrit évidemment dans le cadre, beaucoup plus large, de celle de la légitimité du contrôle de l’activité du Parlement ; les adversaires de ce contrôle ont naturellement tendance à concentrer leurs critiques sur les aspects créateurs de la

²⁵⁶ M. Jean-Claude BARREAU, *Le Monde* du 17 août 1993.

²⁵⁷ Ces déclarations sont citées par Didier MAUS, *La pratique institutionnelle française 1er octobre-30 décembre 1993*, RFDC 1994, p. 89-90.

²⁵⁸ Sénat, 16 novembre 1993, p. 4271.

jurisprudence, qui font ainsi figure d'épouvantail destiné à effaroucher tous les démocrates attachés au respect du principe de la séparation des pouvoirs. La justification d'une certaine activité créatrice passe donc d'abord par la réfutation de quelques idées reçues sur l'articulation des notions de contrôle de constitutionnalité et de démocratie (1). Nous exposerons ensuite pourquoi une telle activité nous paraît utile au bon fonctionnement de l'ordre juridique (2) et comment elle peut, à l'exemple de ce que l'on observe en Suisse, se concilier avec les exigences d'une société démocratique, en associant les différents acteurs de la vie constitutionnelle (3).

1. Contrôle de constitutionnalité et démocratie.

Créer un droit nouveau en accord avec les valeurs dominantes de l'ordre juridique est certainement moins grave qu'interpréter le droit existant de manière transgressive, c'est du moins ce qui nous est apparu tout au long de ce travail. Néanmoins la création en soi peut sembler contraire au principe démocratique qui veut que le contenu de la loi soit déterminé par le peuple ou par ses représentants, et non par des juges qui n'ont reçu aucun mandat à cet égard et qui ne sont pas politiquement responsables.

Le juge constitutionnel est amené à intervenir non seulement dans le domaine du législateur (c'est ce que ce dernier éprouve de la manière la plus nette), en invalidant parfois une partie de son oeuvre, mais également dans le domaine du constituant, en ajoutant, très exceptionnellement, des normes prétoriennes à la Constitution écrite, et, beaucoup plus souvent, en précisant ce que dit la Constitution. En France, il est encore courant de voir opposer à la création prétorienne du droit par le juge constitutionnel le principe démocratique, ou, plus précisément, la légitimité de la représentation nationale : ce que l'on dénonce habituellement comme "le gouvernement des juges", c'est le fait, pour le Conseil constitutionnel, d'entraver l'oeuvre du législateur en lui imposant le respect des normes constitutionnelles. Pourtant, le juge ne se substitue pas au législateur (A) ; ce dernier ne représente d'ailleurs qu'imparfaitement la volonté générale, ce qui diminue la portée de l'opposition habituelle (B) ; enfin, et contrairement à ce que laisse supposer la dénonciation du gouvernement des juges, le juge constitutionnel n'est ni supérieur, ni même égal au constituant formel (C).

A - Le juge constitutionnel ne se substitue pas au législateur.

Vis-à-vis du législateur, le juge constitutionnel n'est pas véritablement un concurrent, il joue plutôt, aux dires même des détracteurs du contrôle de constitutionnalité, le rôle d'un "gêneur" : il invalide la loi, ou il émet des réserves d'interprétation. Qu'il vienne limiter la liberté du législateur est un fait, mais on ne peut dire qu'il soit lui-même un législateur de manière positive : il n'ajoute jamais à la loi, il ne peut, au plus, qu'imposer une interprétation de la loi parmi plusieurs possibles (cette interprétation pouvant, naturellement, être aussi créatrice que celle de la constitution) ; il revient donc au législateur de rédiger les lois de telle sorte qu'aucune interprétation ne puisse produire des effets contraires à ceux qu'il en attendait ; mais il est vrai que, du fait

d'une interprétation restrictive du juge constitutionnel, la loi peut se trouver privée d'une bonne partie de sa portée. Dans une telle hypothèse, le rôle du juge demeure cependant négatif : il limite l'action du législateur, mais il ne crée pas de droit à sa place ; il porte atteinte à la souveraineté du Parlement, dans l'optique française traditionnelle depuis la Révolution, mais il ne la remplace pas. Il est exact qu'en imposant une certaine interprétation de la Constitution à l'occasion d'une déclaration d'inconstitutionnalité, le juge constitutionnel peut, en quelque sorte, "dicter" au législateur une partie non négligeable du contenu des lois futures ayant un objet voisin ou similaire ; mais n'est-ce pas, au fond, la moindre des choses que l'on puisse attendre d'un contrôle de constitutionnalité ?

Une telle atteinte est encore souvent mal ressentie en France, probablement en raison de l'expérience vécue des Parlements de la fin de l'Ancien Régime : ces juridictions s'étaient opposées à tous les efforts de réforme, offrant l'image d'une véritable résistance politique dont l'effet, sous couvert de préserver les libertés, était de maintenir les divers privilèges qui sclérosaient la société et l'administration françaises. Inversement, on peut citer l'exemple des Etats-Unis d'Amérique qui, ayant connu l'exemple de la suprématie absolue du Parlement de Westminster, ont été d'emblée beaucoup plus méfiants envers la notion d'assemblée représentative et ont évité, autant qu'ils l'ont pu, la concentration des pouvoirs dans les mêmes mains, s'efforçant de les distribuer entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire.

En France, le mythe révolutionnaire selon lequel les élus de la nation seraient la meilleure incarnation de la volonté générale et donc de la démocratie est encore vivace, et appelle quelques commentaires critiques. En Suisse, la nature fédérale de l'Etat complique un peu la situation : d'abord, la Constitution fédérale ne prévoit pas, jusqu'à présent du moins, le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales ; ensuite, le juge fédéral se refuse à un *contrôle préjudiciel* (c'est l'expression qu'il utilise) de la conformité des constitutions cantonales au droit fédéral, car, les cantons étant tenus de demander à la Confédération la garantie de leur constitution, conformément aux dispositions de l'article 6 de la Constitution fédérale, cette garantie leur est accordée (ou refusée) par l'Assemblée fédérale, c'est-à-dire par les députés du peuple suisse (Conseil national) et les députés des cantons (Conseil des Etats). Ce n'est que dans l'hypothèse de l'invocation devant lui d'une norme constitutionnelle fédérale entrée en vigueur postérieurement à l'octroi de la garantie fédérale que le Tribunal fédéral accepte de contrôler la conformité de la norme cantonale à la norme fédérale nouvelle. Cette attitude, d'une logique indéniable, correspond au rôle que la Constitution lui impartit : s'il lui arrive de s'opposer au constituant cantonal, il ne s'oppose jamais à l'Assemblée fédérale ni au constituant fédéral (on observera au passage que la Constitution fédérale impose au Tribunal fédéral de se conformer aux traités que l'Assemblée fédérale a ratifiés, ce qui place la CEDH, pour ne prendre que cet exemple, au même rang que la Constitution). Ajoutons que les multiples possibilités d'expression de la volonté populaire qui existent en Suisse (par les mécanismes de démocratie directe ou semi-directe qui existent à l'échelon de la Confédération et à l'échelon cantonal) autorisent le juge fédéral à s'appuyer sur elle de manière convaincante, lorsqu'il est appelé à se prononcer, en enlevant toute pertinence à d'éventuelles accusations d'avoir cédé à la tentation du "gouvernement des juges".

B - Le législateur n'incarne qu'imparfaitement la volonté générale.

Jean-Jacques Rousseau est souvent associé à la théorie du mandat représentatif et c'est bien à tort, car il a, au contraire, affirmé avec la plus grande netteté que la volonté ne se représentait pas : "les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses représentants, ils ne sont que ses commissaires ; ils ne peuvent rien conclure définitivement. Toute loi que le peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle ; ce n'est point une loi"²⁵⁹ .

Ceux qui accusent le Conseil constitutionnel de porter atteinte à la volonté générale devraient donc relire et méditer le *Contrat social*. Le fait qu'après la Seconde guerre mondiale, des pays, comme l'Allemagne et l'Italie, se soient dotés de juridictions constitutionnelles manifeste une confiance moindre dans les Parlements, qui peuvent devenir des instruments de la tyrannie au nom de la majorité ; si de telles juridictions avaient existé auparavant, peut-être auraient-elles été muselées et n'auraient-elles finalement rien changé au cours des événements (c'est ce qui s'est malheureusement produit en Autriche, avec la Cour constitutionnelle mise en place en 1920, mais il s'agissait alors d'une institution nouvelle, et son mode de saisine, par des autorités politiques, n'était sans doute pas le plus propre à garantir son intervention, dans le contexte d'une forte emprise du national-socialisme), mais on peut penser que leur existence aurait tout de même compliqué l'exercice du pouvoir par les dictateurs, d'autant plus si elles avaient été accessibles aux minorités politiques ou aux citoyens et si elles avaient eu le temps d'asseoir leur autorité ; cet espoir est en tout cas à la base des systèmes d'équilibre des pouvoirs et de contrôle qui ont été mis en place dans ces pays. La différence de légitimité démocratique qui existerait entre le législateur et le juge constitutionnel doit être relativisée : en France notamment, la loi, si elle est formellement votée par le Parlement, est souvent, dans la pratique, préparée par les services du gouvernement ; le professeur Shapiro, s'appuyant sur l'exemple des États-Unis, souligne l'imperfection de la représentation de la volonté du peuple par les branches politiques de l'Etat : "Congrès et Présidence ne nous offrent pas l'image simple d'organismes démocratiques qui expriment la volonté du peuple et sont responsables envers la majorité qui les a élus ; ils constituent bien plutôt une structure politique complexe au moyen de laquelle des groupes variés cherchent à obtenir des avantages en manoeuvrant les différents centres de pouvoir. Ce qui en résulte n'est pas nécessairement la définition de ce que veut la majorité ...". Il conclut : "cela n'a guère de sens en conséquence, pour qui veut voir la réalité, d'appliquer aux différentes branches du gouvernement, avec trop de simplicité, des étiquettes telles que *la volonté de la majorité* ou les mots *démocratique* ou *non démocratique*"²⁶⁰ .

On peut ajouter que le juge constitutionnel n'est pas entièrement dépourvu de légitimité démocratique : en France, il est nommé par les principales autorités politiques

²⁵⁹ *Contrat social*, Livre III, ch. 15. De même : "Quoi qu'il en soit, à l'instant qu'un peuple se donne des représentants, il n'est plus libre ; il n'est plus"(ch. 15). Il est surprenant que Rousseau soit aussi fréquemment invoqué, lorsqu'il est question de démocratie, par des *représentants* qui oeuvrent si peu en accord avec les idées de cet auteur.

²⁶⁰ Martin SHAPIRO, cité par Mauro CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 86-87.

de manière à refléter les grandes composantes de la vie politique nationale, tandis qu'en Suisse, il est nommé par l'Assemblée fédérale. Rappelons cependant que les lois fédérales échappent, jusqu'à présent, au contrôle du Tribunal fédéral²⁶¹ (Art. 113 al. 3 : *Dans tous les cas prémentionnés, le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette assemblée qui ont une portée générale. Il se conformera également aux traités que l'Assemblée fédérale aura ratifiés.*), ce qui, avec l'extension des compétences fédérales au détriment des compétences cantonales, enlèverait beaucoup d'intérêt au contrôle de constitutionnalité s'il n'existait la possibilité, pour le peuple ou pour les cantons, de soumettre les lois fédérales, les arrêtés fédéraux de portée générale et certains traités internationaux au référendum (Art. 89 al. 2 : *...lorsque la demande en est faite par 50 000 citoyens actifs ou par huit cantons.*) ; la Constitution fédérale suisse réalise ainsi un équilibre intéressant entre les compétences respectives du peuple, de l'assemblée représentative et du juge constitutionnel. Il subsiste le risque, au moins théorique, qu'une loi fédérale qui serait contraire à la Constitution échappe à la vigilance du peuple et des cantons et s'impose au juge fédéral, ce qui ne manquerait pas de nuire à la cohérence de l'ordre juridique ; le projet de 1996, qui y remédiait en étendant la compétence du Tribunal fédéral au contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales, a été sur ce point écarté au cours des débats parlementaires, en raison, semble-t-il, d'une certaine défiance vis-à-vis d'une "république des juges", le législateur fédéral ayant manifesté le souci de ménager ses propres prérogatives, et ayant estimé qu'une telle innovation n'aurait rien apporté à la démocratie, car le peuple dispose de l'arme référendaire : "En donnant ce droit au Tribunal fédéral, il est possible qu'on satisfasse le juriste, mais nous commettrions d'abord une faute politique, car la capacité de décider de la loi doit rester au législateur élu par le peuple qui garde alors le dernier mot"²⁶². Le Conseil fédéral avait pourtant estimé, dans son message accompagnant le projet 96, que *l'extension du contrôle des normes aux lois fédérales et aux arrêtés de portée générale (s'imposait) de plus en plus aujourd'hui comme une réforme nécessaire*.²⁶³

Un autre argument en faveur de l'existence d'un contrôle de constitutionnalité et d'un certain pouvoir créateur du juge, au regard de la théorie démocratique, est que cela constitue un moyen de se faire entendre pour les individus ou les minorités qui sont ignorés par la majorité en place ; naturellement, en ce qui concerne les individus, cela ne vaut que pour une cour constitutionnelle accessible au citoyen, et ce n'est pas le cas en France ; mais le Conseil constitutionnel, depuis la réforme de 1974, est saisi, le plus

²⁶¹ Le projet de révision de 1995 ne modifiait pas la compétence de tribunal fédéral :

Art. 166 - **Droit applicable** - Le tribunal fédéral et les autres autorités appliquent les lois fédérales, les arrêtés fédéraux de portée générale et les traités internationaux.

Le projet de 1996 prévoyait la possibilité, pour le juge fédéral, de statuer, par la voie du recours de droit public, sur la conformité à la constitution fédérale des lois fédérales, chose rendue nécessaire par l'important développement de la législation fédérale au cours des dernières décennies. Mais le texte de 1998, soumis au vote populaire en 1999, est revenu à la rédaction de 1995 :

Art. 191 Droit applicable

Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international.

²⁶² Déclaration du député Jean Cavadini (NE) au Conseil des États, séance du 5 mars 1998.

²⁶³ Réforme de la Constitution fédérale - Message du Conseil fédéral 96, 231.15 Lacunes dans le contrôle des normes, p.4 de la Partie 23.

fréquemment, précisément par des parlementaires minoritaires (60 députés ou 60 sénateurs) ce qui, on en conviendra, montre que le contrôle de constitutionnalité ne porte pas atteinte, en fait, aux pouvoirs du Parlement mais à ceux de sa majorité, ce qui n'est pas tout à fait pareil : les membres de la minorité qui saisissent le juge constitutionnel ne sont pas, eux non plus, dépourvus de légitimité démocratique. Quant au juge constitutionnel suisse, il peut être saisi facilement par des individus, par la voie du recours de droit public, dès lors qu'ils estiment que leurs droits constitutionnels sont violés. Les quelques cas que nous avons présentés dans notre première partie montrent que la facilité d'accès au Tribunal fédéral est réelle, qu'il s'agisse d'une personne placée en détention préventive confrontée au règlement intérieur de sa prison, ou d'une famille voulant faire reconnaître son droit à l'usage de sa langue maternelle dans un procès civil.

Enfin, s'il apparaît que le juge constitutionnel excède ses pouvoirs, il est relativement facile de faire en sorte que le dernier mot appartienne toujours à la volonté d'une majorité, en prévoyant les mécanismes appropriés de révision constitutionnelle.

C - Le juge constitutionnel n'est ni supérieur, ni même égal au constituant.

On est parfois porté à penser que le juge constitutionnel, en sa qualité d'interprète ordinaire de la constitution, détiendrait *de facto* le véritable pouvoir constituant, à la place (ou même au-dessus) de son titulaire formel. Une telle vision des choses est certainement excessive. En revanche, on peut considérer qu'il lui arrive de remplir le rôle d'un constituant secondaire lorsqu'il impose sa propre interprétation de la règle constitutionnelle écrite, et surtout, de manière plus spectaculaire, lorsqu'il ajoute des normes de référence jusque-là ignorées ; se substitue-t-il au pouvoir constituant en agissant ainsi ? Pas nécessairement, pas davantage en tout cas que le juge ordinaire, lorsqu'il interprète ou complète la loi, ne se substitue au législateur : de même que le législateur laisse le soin au juge de donner un contenu à des notions telles que la faute civile ou les "bonnes moeurs", le constituant qui entend garantir la liberté, ou le droit de grève, dans leur principe, habilite le juge constitutionnel à définir concrètement ces notions en fonction de situations diverses qui ne peuvent évidemment être toutes envisagées lors de la rédaction de la Constitution. Ainsi, d'une manière générale, les dispositions constitutionnelles de principe fourniraient la base juridique de la création de droit constitutionnel par les juges, en les habilitant, et même en les invitant à préciser et à compléter le contenu du texte constitutionnel (dans cette optique, il est évident qu'une constitution vide de tout principe, comme celle de la Troisième République, qui se contentait de décrire l'organisation des pouvoirs publics, ne fournirait guère de base à un pouvoir créateur du juge, sauf à obliger ce dernier à en appeler au droit international, au droit comparé ou au droit naturel, ce que tente de faire le juge australien, et ce qu'a fait, en partie, le juge israélien).

Dès lors qu'existe un contrôle de constitutionnalité, il revient au juge de faire produire des effets juridiques à la constitution, dans l'intervalle qui sépare les interventions du pouvoir constituant, lesquelles peuvent être plus ou moins rapprochées selon les systèmes adoptés : il est évident que la Constitution fédérale suisse autorise des interventions du constituant beaucoup plus fréquentes que ne permettent les constitutions

de la Vème République française ou des Etats-Unis d'Amérique. On ne peut, en tout cas, pas dire que le juge constitutionnel soit un constituant au même titre que le constituant formel : car si, dans le silence de la constitution ou en l'absence de réaction du constituant, le juge peut créer des normes ou développer des interprétations qui produisent matériellement les mêmes effets juridiques que si elles émanaient du pouvoir constituant, ces normes jurisprudentielles ou ces interprétations n'ont pas tout à fait la même autorité que la constitution ; l'intervention du constituant peut éventuellement confirmer la jurisprudence créatrice, mais elle peut aussi l'anéantir et obliger le juge constitutionnel à s'incliner, comme l'a montré l'exemple français du droit d'asile. Bien-sûr, toute règle constitutionnelle peut, un jour ou l'autre, se trouver modifiée ou supprimée par le pouvoir constituant, et en cela les normes jurisprudentielles ne sont pas, à proprement parler, dans une position hiérarchiquement inférieure à celle des règles écrites ; mais si l'on raisonne en termes d'équilibre des pouvoirs au sein des organes de l'Etat, il faut bien admettre que l'autorité du juge constitutionnel risque d'être atteinte, plus ou moins gravement, par une intervention "correctrice" du constituant, tandis que l'autorité du constituant n'est pas mise en cause lors d'une révision ordinaire (on peut même considérer que dans l'hypothèse, assez improbable, d'une censure du parlement par le peuple, l'atteinte à l'autorité ne serait pas du même ordre et demeurerait, en tout état de cause, beaucoup plus limitée que dans le cas du juge, en raison de la position éminente du titulaire du pouvoir constituant dérivé, et des pouvoirs dont il dispose, qui sont sans commune mesure avec ceux du juge, et qui l'autorisent précisément à créer des normes constitutionnelles sans qu'il soit accusé d'outrepasser son rôle). La possibilité d'une censure par le constituant exclut donc que l'on puisse considérer, en droit, l'oeuvre du juge constitutionnel comme attentatoire au principe démocratique. M. Rossinelli fait d'ailleurs observer que lorsque le Tribunal fédéral consacre des libertés non écrites qui s'avèrent indispensables au système démocratique, comme par exemple la liberté d'expression ou de réunion, "prétendre qu'il porte ainsi atteinte aux valeurs démocratiques tiendrait du sophisme"²⁶⁴ ; cela dépend bien-sûr du contenu du droit non écrit qui est consacré, et il est possible, en théorie, d'imaginer des créations jurisprudentielles dont le contenu serait moins évidemment favorable à la démocratie ; mais alors le pouvoir constituant pourrait dire le droit s'il l'estimait utile, et l'on sait qu'en Suisse il est relativement facile d'amener le peuple à se prononcer : il suffit, par la voie de l'initiative populaire, d'une demande présentée par cent mille citoyens.

2. Intérêt de la reconnaissance d'un pouvoir créateur au profit du juge constitutionnel.

Constatant la nécessité dans laquelle se trouve tout juge constitutionnel de participer, peu ou prou, au processus de création du droit, on pourrait se contenter de considérer cela comme un mal nécessaire, comme une contrainte fonctionnelle. Mais on peut également considérer qu'une participation mesurée du juge à la création du droit, loin d'être en contradiction avec le principe démocratique, peut au contraire contribuer à le conforter : en effet, le constituant ne peut tout prévoir ni intervenir trop fréquemment (A),

²⁶⁴ *Op. cit.* p. 258.

tandis que le juge peut se prévaloir d'une objectivité relative qui fait de lui un constituant secondaire et conditionnel digne d'intérêt (B).

A - Le constituant ne peut ni tout prévoir, ni intervenir trop fréquemment.

Un premier mouvement pourrait porter à penser que l'exemple de la Suisse va à l'encontre de cette affirmation : le peuple n'est-il pas consulté plusieurs fois chaque année ? La Constitution fédérale ne comporte-t-elle pas des dispositions extrêmement détaillées, comme celles qui concernent la culture du blé et l'acquisition de semences indigènes de qualité (art. 23 bis), les boissons distillées (art. 32 bis) et notamment l'absinthe (art. 32 ter), ou les taux d'imposition fédérale (art. 8 des dispositions transitoires) ? Pourtant, une chose est de savoir que l'imposition fédérale sur les revenus des personnes physiques est de 11,5 pour cent au plus (art. 107 du projet de Constitution de 1995), une autre chose est de savoir si telle situation concrète contrevient au principe d'égalité, et l'on imagine mal de consulter le peuple sur chaque cas concret ; ce n'est que de manière exceptionnelle que le constituant pourrait être appelé à se prononcer sur la concrétisation d'un aspect particulier de ce principe comme, par exemple, l'application d'un quota par sexe aux listes de candidats à une élection politique (une tentative du législateur français en ce sens, à propos des élections municipales, a été censurée en 1982 par le Conseil constitutionnel, sur le fondement de l'article 3 de la Constitution et de l'article 6 de la Déclaration de 1789).

L'exemple du rapide abandon du référé législatif, procédure imaginée par les révolutionnaires de 1789, suivant laquelle les tribunaux devaient s'adresser au corps législatif "toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle" (art. 12 de la loi des 16 - 24 août 1790), peut-être aisément transposé au niveau constitutionnel, et devrait dissiper toute illusion à cet égard. Faudrait-il alors se résigner, comme le fait le doyen Vedel²⁶⁵, à nier l'existence de toute lacune dans la constitution, et considérer que "là où il n'y a pas de règle de droit constitutionnel, c'est que la matière n'est pas de niveau constitutionnel et revient au pouvoir législatif ou gouvernemental" ? Ce serait enlever beaucoup d'intérêt au contrôle de constitutionnalité de la loi ; mais on sait que le doyen Vedel opère une distinction subtile entre "l'interprétation, même constructive" du texte constitutionnel, qu'il accepte parfaitement, et la "création de règles", qui seule caractérise pour lui le "gouvernement des juges"²⁶⁶. Nous avons vu comment il suffisait, pour le juge, de ne pas revendiquer dans sa motivation un quelconque pouvoir créateur, mais au contraire d'invoquer, fût-ce de manière purement formelle, un article ou un principe constitutionnel, ou même de ne rien dire, pour que l'on puisse considérer qu'il ne fait que se livrer à une *interprétation constructive*, quand bien même il aurait omis de mentionner la norme à laquelle il se réfère.

Dès lors qu'on lui reconnaît ce pouvoir d'interprétation constructive, le juge constitutionnel peut à son gré compléter la constitution écrite, mais cela se fait d'une

²⁶⁵ Colloque *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, LGDJ, 1988, p. 233.

²⁶⁶ Colloque *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 63.

manière hypocrite que la science du droit ne peut que regretter : la motivation des décisions s'écarte de la démarche logique, en s'appuyant artificiellement sur des dispositions écrites peu adéquates et en évitant soigneusement d'exposer le raisonnement réellement suivi par le juge.

Pour Léo Hamon, "il est impossible d'énoncer des principes comme ceux d'une Déclaration de droits sans employer des termes généraux et susceptibles de combinaisons diverses avec d'autres termes non moins généraux et souvent antinomiques"²⁶⁷. Cet auteur estime d'ailleurs que l'expression *gouvernement des juges* est frappante, mais inexacte : elle constitue, selon lui, "une belle image et un mauvais épouvantail"²⁶⁸, car quel gouvernement véritable se contenterait de n'intervenir qu'à l'occasion de mesures prises par d'autres que lui, sans avoir la moindre initiative des mesures concrètes à prendre ?

B - Un constituant secondaire "raisonnable et acceptable".

Insistons d'emblée sur le fait que le juge ne peut être qu'un constituant secondaire conditionnel : sa jurisprudence est toujours subordonnée à la volonté du constituant (sous la réserve, encore hypothétique, de la supraconstitutionnalité de certaines normes, qui est l'objet de controverse en doctrine, mais dont la perspective se dessine tout de même, y compris dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ; Louis Favoreu croit pouvoir déceler la manifestation d'une telle évolution dans la décision 92-312 DC²⁶⁹ ; le Tribunal fédéral n'hésite pas, de son côté, à invoquer la CEDH, mais nous avons vu qu'il y était expressément invité par la Constitution fédérale, et que, comme tous les traités, la CEDH se plaçait au même rang, dans la hiérarchie des normes, que ladite constitution, ce qui n'empêche nullement de l'invoquer au titre de la surdétermination s'il s'agit d'éclairer l'interprétation de la Constitution fédérale, et a pour résultat pratique de faire finalement triompher les valeurs exprimées par la Convention sans jamais affirmer sa supériorité.

Chaque fois que le juge constitutionnel se livre à une interprétation créatrice, c'est avec la permission tacite du constituant, de la même manière que le Conseil d'État français est devenu source de droit avec la permission tacite du législateur. Or on ne peut manquer de constater que le constituant n'intervient que très exceptionnellement pour rappeler à l'ordre le juge constitutionnel, et qu'il est au contraire beaucoup plus fréquent de le voir confirmer les créations jurisprudentielles en les intégrant au texte de la Constitution lorsque l'occasion s'en présente. C'est particulièrement le cas en Suisse : la garantie de la propriété ayant été confirmée par le constituant dès 1969 (soit dix années après sa consécration, comme droit constitutionnel non écrit, par le Tribunal fédéral), les autres libertés non écrites du Tribunal fédéral sont aujourd'hui toutes intégrées au texte du projet de révision et, selon le Président et le Chancelier de la Confédération, "cette démarche confère au droit constitutionnel en vigueur une nouvelle légitimité démocratique, dans la mesure surtout où la mise à jour fait prendre conscience de l'importance du droit constitutionnel non écrit, qui s'est développé, pendant des décennies, en marge du droit

²⁶⁷ *Ibid.* p. 69.

²⁶⁸ *Ibid.* p. 70.

²⁶⁹ *RFDC* 1992, p. 735.

constitutionnel écrit”²⁷⁰. L’adoption définitive du projet de Constitution (qui devait intervenir en 1998, année commémorative des 150 ans de l’Etat fédéral, la votation populaire étant reportée en 1999) risque, en intégrant au texte constitutionnel le droit non écrit, de faire disparaître une catégorie originale de normes de référence, car il n’est pas sûr que le juge fédéral trouve de sitôt l’occasion de proclamer de nouveaux droits non écrits.

Pour les nouveaux articles relatifs aux droits fondamentaux classiques et à la liberté de la langue, la formulation retenue par les auteurs du projet est, pratiquement mot pour mot, celle des arrêts du Tribunal fédéral. C’est ainsi que l’article 16 dispose :

Art. 16 Libertés d’opinion et d’information

¹ La liberté d’opinion et la liberté d’information sont garanties.

² Toute personne a le droit de former, d’exprimer et de répandre librement son opinion.

³ Toute personne a le droit de recevoir librement des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser.

On observera que cet article²⁷¹ associe, comme le fait la jurisprudence du Tribunal fédéral, la liberté d’information, la liberté d’expression et la liberté d’opinion ; quant à la formule *se procurer* (les informations) *aux sources généralement accessibles*, elle est directement tirée de l’arrêt *Bürgin* de 1978²⁷² (et probablement inspirée par la Constitution fédérale allemande).

L’article 18 du projet de la Commission de rédaction pour la votation finale confirme, de manière on ne peut plus laconique, la liberté de la langue :

Art. 18 Liberté de la langue

La liberté de la langue est garantie.

Le commentaire de cet article par la chancellerie fédérale mérite d’être cité *in extenso* : *Cet article consacre un droit interne non écrit qui résulte de la jurisprudence et de l’art. 27 Pacte II. La liberté de la langue, avec le correctif du principe de la territorialité, est garantie par le Tribunal fédéral comme un droit non écrit (ATF 91 I 480). Les rédacteurs du projet n’ont donc pas jugé utile de préciser comment la liberté de la langue devait être entendue, préférant visiblement s’en remettre à l’appréciation du juge constitutionnel (la référence à l’art. 27 Pacte II concerne le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (RO 1993 I 750).*

La confirmation de la liberté de réunion s’inscrit, elle aussi, dans le droit fil de la jurisprudence :

Art. 22 Liberté de réunion

²⁷⁰ Introduction au *Projet de Constitution*, Office central fédéral des imprimés et du matériel, Berne, 1995.

²⁷¹ Les articles correspondant à celui-ci dans les projets 1995 et 1996, qui étaient les premières reconnaissances officielles de la légitimité de ces droits constitutionnels non écrits, comportaient des formules très voisines, mais y associaient la liberté des médias. Cette dernière bénéficie dans le texte de 1998 d’un article distinct et est renforcée par la garantie du secret de rédaction (art. 17).

²⁷² ATF 104 Ia p. 93. La formule originale est : *Was die schweizerische Bundesverfassung betrifft, so wird in der Lehre mehrheitlich die Ansicht vertreten, sie gewährleiste die Informationsfreiheit zumindest als Recht, Informationen zu empfangen und sich aus allgemein zugänglichen oder verfügbaren Quellen zu unterrichten.*

Quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine.

Il semble que le constituant ait reculé devant les implications symboliques de formules telles que "droit à des conditions minimales d'existence" ou "droit au minimum vital", et le risque concomitant de faire naître de faux espoirs. Le corps de l'article intègre cependant l'essentiel du contenu du droit constitutionnel non écrit.

Après la lecture de ces exemples, on peut admettre que le juge n'est, en général, pas un si mauvais constituant secondaire.

Mauro Cappelletti, tout au long de son oeuvre, insiste sur la nécessité d'un contrepoids juridictionnel face au renforcement des branches politiques de l'État, afin de protéger les citoyens et la société en général contre les abus possibles de ces pouvoirs, ces abus pouvant consister d'ailleurs aussi bien en une dérive autoritaire et policière qu'en une inertie, une inaccessibilité ou une irresponsabilité. Selon lui, le renforcement du pouvoir judiciaire présente structurellement beaucoup moins de danger que celui des branches politiques : si les risques que nous venons d'évoquer peuvent aussi concerner l'institution judiciaire, s'il peut s'y ajouter la difficulté d'assurer l'application des décisions du justice, et donc le risque d'inefficacité, ou encore le risque d'incompétence technique dans certaines matières, il n'en demeure pas moins que le développement du pouvoir judiciaire constitue aujourd'hui un élément indispensable à l'établissement d'un système de contrôle et de contrepoids (*checks and balances*). "On peut regarder comme un fait que seul un système équilibré de contrôles réciproques peut permettre de faire vivre côte à côte, sans danger pour la liberté, un pouvoir législatif fort, un pouvoir exécutif fort et un pouvoir judiciaire fort. C'est cet équilibre de forces, de contrepoids et de contrôles réciproques qui explique le succès indéniable du système constitutionnel qui fonctionne aux États-Unis d'Amérique"²⁷⁴

S'il est conscient des différentes critiques que l'on peut adresser à la création de droit par le juge, et s'il convient que ces critiques ont leur part de vérité, le professeur Cappelletti est cependant convaincu qu'il ne manque pas de circonstances et de secteurs de la vie juridique où les connaissances, les moyens et les ressources dont le juge peut disposer sont parfaitement adéquats pour lui permettre d'accomplir une tâche de création.

Une première qualité, purement passive, du juge constitutionnel en tant que créateur de droit, c'est d'être accessible, soit aux individus, comme l'est le Tribunal fédéral, soit du moins à certaines minorités, comme le Conseil constitutionnel français l'est à la minorité parlementaire, en attendant un hypothétique élargissement de son mode de saisine. Mauro Cappelletti cite un juge fédéral américain, Shirley Hufstedler : "la clef permettant d'ouvrir les portes du tribunal est simplement une demande faite par une partie, et les activités des tribunaux se déroulent dans une large mesure en public ; le mystère continue au contraire à planer sur la manière dont un individu peut arriver à se faire entendre par une chambre du Parlement ou par les bureaux internes du pouvoir exécutif, même si l'on sait avec certitude qu'il est utile, à cette fin, d'être très riche ou très

²⁷⁴ Mauro CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 55.

puissant”²⁷⁵.

Son indépendance, qualité qu’il partage avec toute juridiction digne de ce nom, lui permet en principe de mieux résister que les organes politiques aux intérêts corporatifs et aux tentations de la démagogie électorale. Le relatif isolement du juge, qui lui est souvent reproché, l’aide pourtant à découvrir les valeurs durables d’une société ; cet isolement n’est que relatif car, lorsqu’il est amené à statuer sur des cas concrets, comme c’est le cas du Tribunal fédéral, il perçoit beaucoup mieux les conséquences pratiques de l’application du droit que ne peut le faire le législateur au moment où il a à se prononcer. Ce dernier argument ne vaut malheureusement pas pour la France : le Conseil constitutionnel est tenu de se prononcer immédiatement après le législateur, donc avant que la loi ne puisse être mise à l’épreuve des faits ; cette situation, théoriquement favorable au maintien de la pureté des principes, prive certainement le juge français de beaucoup de possibilités d’apprécier les divers intérêts en cause, surtout s’il s’agit d’une législation portant sur un domaine auquel on ne s’intéressait guère jusque là.

D’une manière générale, la nature juridictionnelle de la procédure suivie devant le juge constitutionnel, son caractère contradictoire, placent l’individu ou la minorité sur un pied d’égalité avec l’autorité politique, et les chances de se faire entendre du juge sont réelles ; la jurisprudence en offre de nombreux exemples. Quand on y songe, il est tout de même remarquable de voir, dans l’exemple suisse, que quelques individus isolés ont pu obtenir, par leurs recours, des avancées de leurs droits constitutionnels, sans avoir à mobiliser l’opinion pour obtenir cent mille signatures de leurs concitoyens, ni avoir à convaincre la majorité du peuple du bien-fondé de ces droits. Si le droit jurisprudentiel n’est pas démocratique dans un sens formel, c’est-à-dire dans le sens où il n’est pas approuvé par un vote, il peut l’être dans sa substance, en étant protecteur de l’individu. On peut donc dire, avec Mauro Cappelletti, que “le processus juridictionnel est, de tous les processus que comporte l’activité publique, celui qui fait la plus large place à la participation des intéressés”²⁷⁶.

Le fait que, à la différence des législateurs étatiques, les juridictions soient tenues de motiver leurs décisions, peut constituer une certaine garantie : exposées à la critique de la collectivité, elles sont conduites à bâtir un raisonnement aussi convaincant que possible pour persuader le public que leurs décisions ne résultent pas de leur fantaisie ou de leurs préférences personnelles, mais correspondent à un effort d’objectivité et de justice. Malheureusement, certaines juridictions, comme le Conseil constitutionnel, poussent le souci de faire paraître leurs décisions comme la simple déclaration de ce qu’est le droit, comme le résultat d’un syllogisme, à un point tel qu’elles dépassent leur but et perdent leur crédibilité en prétendant avoir choisi la seule solution juridiquement possible alors qu’à l’évidence, cela n’était pas le cas.

La thèse précitée de M.C. Ponthoreau met l’accent sur le grand intérêt qu’il y aurait à voir le Conseil constitutionnel développer la motivation de ses décisions, et c’est à juste titre, nous semble-t-il, qu’elle considère que cela rendrait possible un contrôle démocratique du pouvoir créateur du juge constitutionnel, et que la participation des différents acteurs institutionnels au processus de formation du droit n’en serait que plus

²⁷⁵ *Ibid.* p. 95.

²⁷⁶ *Op. cit.*, p. 90-91.

constructive.

3 . Les acteurs de la création jurisprudentielle.

Au moment de la décision, c'est évidemment le juge constitutionnel qui tranche ; mais la lecture des arrêts du Tribunal fédéral nous montre qu'il est sensible non seulement à l'avis ou à l'argumentation des parties au litige, mais également à ceux des autorités fédérales ou du peuple suisse, lorsqu'ils ont eu l'occasion de s'exprimer sur un sujet quelconque (par exemple, le droit à la formation avait été refusé lors d'une votation), et à ceux de la doctrine, dont des membres sont fréquemment cités dans la motivation des décisions. En France, nous sommes très loin de cette situation, le juge constitutionnel s'en tenant à une motivation formelle de type syllogistique (alors que les juges constitutionnels de la plupart des États voisins motivent longuement leurs décisions, parfois même trop longuement au yeux de leurs commentateurs). Cela ne signifie pas, bien sûr, que la doctrine n'ait en France aucune influence, mais il est beaucoup plus difficile de la déceler. Cela est regrettable non seulement pour les juristes, mais plus largement pour la société toute entière, car le raisonnement justificatif du juge constitutionnel est souvent inexistant. Or, pour que la création jurisprudentielle soit acceptable d'un point de vue démocratique, il faut que le juge, faute de trouver dans la lettre de la Constitution la référence qu'il cherche, puisse ouvertement la déduire des valeurs qui y sont exprimées et du code culturel qui domine l'ordre juridique.

La doctrine peut être une auxiliaire du juge constitutionnel (A) ; il paraît également souhaitable que le constituant puisse, au moins sporadiquement, manifester sa volonté sur des questions de principe, car certaines valeurs peuvent n'être exprimées qu'imparfaitement par l'ordre juridique et appeler la confirmation du peuple (B).

A - La doctrine et la création jurisprudentielle.

D'une certaine manière, la doctrine peut être considérée comme la "conscience juridique" de la société : ses membres viennent d'horizons suffisamment divers pour que l'on puisse leur accorder une certaine représentativité ; ce qu'ils ont en commun, c'est de pouvoir, par leur formation, soutenir une argumentation juridique et, si possible, la faire connaître à la communauté juridique, le reste de la population étant sensible au résultat beaucoup plus qu'aux raisonnements juridiques qui y conduisent.

On pourra évidemment objecter que la formation commune des juristes les conditionne dans un certain sens, et que la difficulté à franchir le seuil de la publication

constitue un biais supplémentaire²⁷⁷, il n'en reste pas moins que si, effectivement, on rencontre sur certains points une quasi-unanimité de la doctrine, ce qui n'est pas nécessairement suspect (sauf aux yeux de ceux qui soupçonnent les juristes de former une caste, sinon une classe, ayant des intérêts à dissimuler derrière le paravent de ses théories juridiques), il existe autant de cas où elle se montre divisée. Sa contribution peut donc être à la fois qualitative et quantitative : un consensus doctrinal peut conforter le juge dans sa voie, tandis que le partage ou l'éclatement des opinions doivent inciter à la prudence.

Nous avons vu que le juge fédéral suisse invoquait habituellement la doctrine dans la motivation de ses arrêts, soit pour en discuter ou en reprendre l'argumentation, soit d'une manière plus générale comme indice d'un consensus ou d'une dissension ; cette pratique est grandement facilitée par le recours fréquent du juge suisse aux *obiter dicta*, qui constituent des sortes de "ballons d'essai" juridiques permettant, sans conséquence immédiate, de provoquer un débat et de tester l'opinion juridique (faculté dont usent largement les juges constitutionnels de la plupart des pays européens).

Pour qu'un dialogue constructif puisse s'instaurer entre la doctrine française et le Conseil constitutionnel, il nous paraît souhaitable que ce dernier, en développant sa motivation, n'hésite pas à recourir aux *obiter dicta* ou du moins à des discussions qui, sans s'écarter exagérément du sujet, puissent permettre une certaine prospective et éviter de mettre, à chaque fois, les commentateurs (et le législateur) devant le fait accompli ; un dialogue constructif implique un échange d'arguments dans les deux sens, et il nous semble que le Conseil pourrait très utilement s'inspirer de l'exemple de son homologue suisse. Ce dernier n'a certes pas toujours été parfaitement clair dans sa motivation, un certain flottement dans le vocabulaire a accompagné la consécration des libertés non écrites, mais c'était probablement inévitable et, en réponse aux interrogations des commentateurs de ses premiers arrêts relatifs à ces libertés, le Tribunal fédéral a assez rapidement précisé les conditions qu'il mettait à la reconnaissance de droits nouveaux, puis il s'y est tenu, donnant à son oeuvre créatrice une cohérence d'ensemble enviable.

²⁷⁷ Le biais de publication est un concept utilisé dans des disciplines scientifiques pour désigner un phénomène communément constaté : les études aboutissant à des résultats statistiquement significatifs sont plus souvent publiées que les autres. Ainsi, par exemple, une étude épidémiologique aboutissant à des différences significatives vis-à-vis d'un facteur de risques entre les groupes étudiés a 3,8 fois plus de chances d'être publiée qu'une autre ne montrant aucune différence vis-à-vis du même facteur (P.J. EASTERBROOK, *Publication bias in clinical research*, *Lancet* 1991, 337, p. 867 à 872), ce qui ne peut manquer de fausser l'appréciation de tous les lecteurs n'étant pas spécialement avertis à cet égard, qui en tireront des conclusions erronées. La science du droit n'est pas exposée directement à ce phénomène, mais il se peut que des phénomènes d'un ordre comparable puissent l'affecter : des efforts réels sont réalisés par différentes revues juridiques pour donner la parole à des chercheurs jusque là "inconnus" et à des voix critiques, mais il n'est pas sûr que ces revues soient les plus lues, donc celles qui contribuent le plus à la formation de la pensée juridique dès que l'on s'écarte des cercles universitaires spécialisés. L'écart d'influence entre, d'une part, les ouvrages considérés comme étant *de référence* sur un sujet donné et les grands périodiques, et d'autre part, les publications moins diffusées, est beaucoup plus important encore que ne le suggère l'écart des tirages respectifs, de sorte que la pensée juridique commune s'alimente en pratique à des sources moins variées que la richesse des rayons des bibliothèques ne le laisse supposer. Un exemple anecdotique : lorsqu'en 1984 nous avons commencé à fréquenter la bibliothèque de troisième cycle de notre faculté de droit, il nous a fallu nous munir d'un coupe-papier pour consulter certains ouvrages, acquis dans les années soixante, dont les pages avaient encore leurs bordures liées deux à deux.

Comment évaluer, en effet, la quantité d'énergie intellectuelle qui, du fait du laconisme du Conseil constitutionnel, a été dépensée par ses commentateurs dans des spéculations quasi-divinatoires et dans des tentatives de classement des normes de références qui, sitôt publiées, se trouvaient remises en cause par les décisions suivantes ? Cette énergie aurait pu être plus utilement consacrée au contenu des droits et principes si le Conseil n'entretenait pareille incertitude quant à leur valeur constitutionnelle.

On veut bien admettre qu'une certaine prudence ait été nécessaire à l'affermissement de la position institutionnelle de cette jeune juridiction, mais cet argument a perdu, avec le temps, beaucoup de sa force. La qualité et l'utilité des réflexions doctrinales dépendent, pour une bonne part, de la précision de la motivation des décisions.

Quant à l'introduction, dans la motivation, d'une part de discussion allant au-delà des formules péremptoires habituellement utilisées par le juge français, elle permettrait à la doctrine de jouer son rôle en amont de la création jurisprudentielle et éviterait ainsi les inconvénients d'une jurisprudence se formant sous la seule responsabilité du juge et pouvant comporter des avancées et des reculs qui sont bien plus préjudiciables à la crédibilité du contrôle de constitutionnalité que ne le serait la dissipation de l'illusion selon laquelle les décisions résultent d'un simple raisonnement syllogistique.

B - L'affirmation de certaines valeurs doit pouvoir s'appuyer sur la volonté exprimée du constituant.

Il est évident que la fréquence des consultations populaires offre au juge fédéral suisse une abondante source d'inspiration. L'exemple américain semble, en sens inverse, plaider en faveur de la possibilité d'une assez nette identité de philosophie politique et juridique entre la Cour suprême, les pouvoirs législatif et exécutif et la majorité de la société, en dehors de brèves périodes de transition, alors même qu'il n'existe pas d'expression directe des citoyens au plan fédéral ; mais il s'agit d'un État fédéral dans lequel des droits fondamentaux comme le droit à la vie et certains aspects de la liberté individuelle sont régis localement, au niveau des Etats (comme la peine de mort) ou même au niveau des Comtés (comme la prohibition des boissons alcoolisées), et à ces niveaux il existe des formes d'expression de la démocratie directe qui compensent le caractère très indirect de l'expression de la volonté populaire au niveau fédéral.

Rien de tout cela n'existe en France : le peuple n'a pratiquement jamais l'occasion de s'exprimer sur des questions de principe, on peut même douter que, lors de l'adoption par référendum de la Constitution de 1958, les citoyens aient eu en vue, au-delà des nouvelles institutions politiques, la sauvegarde des droits fondamentaux proclamés par la Déclaration des droits de l'homme, qui n'était elle-même évoquée que dans le Préambule de la nouvelle Constitution (il est douteux que l'article 81 de la Constitution de 1946, consacré aux départements et territoires d'outre-mer, ait beaucoup retenu l'attention lors de l'adoption de ce texte, au point que l'on s'en souvienne lors du référendum de 1958) et dont la valeur juridique était mise en doute par les plus éminents spécialistes du droit constitutionnel.

Aussi considère-t-on habituellement en France qu'en l'absence de normes de

référence, le juge constitutionnel n'a pas à se substituer au constituant, et qu'il doit s'en remettre à l'appréciation du législateur, ce qu'il a fait de manière très explicite en deux occasions, en 1975 lors de l'examen de la loi autorisant l'interruption volontaire de grossesse, et en 1994 s'agissant de deux lois relatives à la "bioéthique" (respect du corps humain, don et utilisation de ses éléments, assistance médicale à la procréation). On ne peut trop reprocher au Conseil constitutionnel, globalement, de se montrer prudent, mais c'est tout de même avec une tristesse teintée d'inquiétude qu'on lit sous sa plume que "s'agissant de la sélection des embryons, il n'existe, contrairement à ce que soutiennent les saisissants, aucune disposition ni aucun principe à valeur constitutionnelle consacrant la protection du patrimoine génétique de l'humanité" (cons. 11)²⁷⁸; il est des circonstances, pensons-nous, où la nouveauté relative de la matière n'autorise pas toutes les démissions, et où l'expérience montre que l'appréciation du législateur ne correspond que très imparfaitement à celle du citoyen qu'il est censé représenter.

Face aux problèmes inédits posés, entre autres, par la procréation médicalement assistée, ou par un prétendu "droit à l'identité sexuelle", le juge judiciaire français avait su limiter les abus en recourant à des instruments juridiques éprouvés (tels que la répression de l'incitation à l'abandon d'enfant, la nullité des conventions portant sur le corps humain, l'indisponibilité de l'état des personnes), et le juge administratif lui avait emboîté le pas en validant la dissolution d'associations dont l'objet était considéré comme étant contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs.

Le législateur se prononçant sur des questions de cet ordre, quelle peut-être l'attitude du juge constitutionnel ? Les arguments qu'avaient su développer les juridictions de droit commun peuvent-ils s'effacer totalement devant la loi ? La caution morale d'un comité d'éthique peut-elle suffire ? On sait que ce genre de comité, par l'influence qu'y exercent médecins et chercheurs, a tendance à favoriser l'expérimentation scientifique, donnant au fond l'impression que, pour qu'une activité quelconque soit conforme à l'éthique, il lui suffit d'être encadrée administrativement. Il ne nous semblerait pas choquant que le juge constitutionnel ait une opinion sur ces questions, qu'il estime par exemple que la "protection du patrimoine génétique de l'humanité" puisse se déduire du Préambule de 1946 (qui évoque *la victoire des peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine*), ou qu'il souligne la contradiction, dans le propos du législateur, entre l'affirmation du respect de l'intégrité de la personne et du corps humain, et l'autorisation de sélection génétique des embryons. Comme l'a fait observer un commentateur, "la dignité de l'humanité ne passe, pourtant, sûrement pas par l'élimination de tout ce qui est *anormal*"²⁷⁹.

Louis Favoreu approuve l'abstention du Conseil, estimant qu'il n'aurait pu s'appuyer en l'occurrence que sur des "principes flous, qu'il crée lui-même à sa convenance"²⁸⁰, et qu'au surplus, le principe du respect de l'intégrité de la personne et du corps humain, "proclamé par le législateur lui-même, ne peut servir en même temps de

²⁷⁸ Décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994, JORF du 29 juillet 1994, p. 11026.

²⁷⁹ A. BATTEUR, *De la protection du corps à la protection de l'être humain, les "anormaux" et les lois du 29 juillet 1994*, Petites Affiches n° 149, 1994, p. 31.

²⁸⁰ RFDC 1994, p. 804.

paramètre constitutionnel”²⁸¹. On a pourtant vu le Doyen Favoreu accepter plus facilement que le Conseil constitutionnel déduise de ce même Préambule, en faveur des étrangers, le droit au regroupement familial, et il est assez surprenant qu’un principe comme celui du respect de l’intégrité de la personne, dès lors qu’il est proclamé par le législateur, ne puisse plus avoir valeur constitutionnelle : que le législateur proclame demain le principe de continuité du service public, il pourra alors librement y déroger, si l’on suit bien le raisonnement du Doyen Favoreu.

Décidément, l’attitude qui consiste à s’en remettre à l’appréciation du législateur sur les questions d’éthique ne nous satisfait pas ; sans souhaiter que le juge constitutionnel s’oppose forcément au législateur, il nous semble qu’il devrait, au minimum, ajouter son appréciation à celle du législateur, c’est le moins que l’on puisse lui demander, tant du point de vue juridique que de celui de la démocratie, ou, plus précisément, du point de vue de l’équilibre et du contrôle des pouvoirs : deux subjectivités valent toujours mieux qu’une seule.

L’expérience de la loi de 1976 relative aux prélèvements d’organes a bien montré les limites de l’appréciation du législateur : cette loi, présumant le consentement des individus aux prélèvements sur leur corps en état de mort clinique, à moins qu’ils n’aient fait connaître, de leur vivant, leur refus, s’est révélée difficilement applicable tant elle heurtait les consciences, et, dans la pratique, beaucoup de médecins demandent tout de même l’avis de la famille des personnes en coma dépassé, bien que la loi ne les y oblige pas. Pour faciliter les greffes d’organes, le législateur français a piétiné deux millénaires au moins de tradition juridique, philosophique et religieuse ; s’il avait été saisi, le Conseil constitutionnel aurait pu, et aurait dû le rappeler au droit, les normes de référence ne manquant pas.

Naturellement, il serait encore plus souhaitable que ce soit le constituant qui s’exprime sur ce genre de questions ; nous songeons bien-sûr au référendum, car s’il s’agit simplement du Congrès, on risque fort, malgré l’exigence d’une majorité qualifiée, de retrouver ceux-là même qui sont favorables au projet comme législateurs, et l’équilibre des pouvoirs n’y gagne que très peu. *La volonté ne se représente point*, disait Rousseau, mais en attendant de pouvoir l’exprimer directement un jour, peut-être, nous aimerions voir le juge constitutionnel remplir pleinement son office et ne pas hésiter à exprimer les valeurs qui dominent l’ordre juridique : qu’elles imprègnent la Constitution ou le droit international, elles sont indispensables à l’existence d’un certain contrôle des pouvoirs du Parlement.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 805.

Chapitre 4

SYNTHÈSES ET PERSPECTIVES

Dans sa préface²⁸² à l'ouvrage de Michel Rossinelli, Charles-Albert Morand, professeur à la Faculté de droit de Genève, en appelait à prolonger l'étude de la réalité helvétique par de nouvelles recherches, notamment en vérifiant si, dans d'autres ordres juridiques, le pouvoir créateur pouvait se justifier également par le consensus qui s'établit autour des solutions trouvées, ou si d'autres modes de légitimation intervenaient. Mener cette réflexion à propos du juge constitutionnel français soulevait d'emblée d'importantes difficultés, puisqu'il n'existe pas, en France, de consensus quant aux solutions, et l'existence même d'un pouvoir créateur du juge constitutionnel est controversée par d'éminents représentants de la doctrine. Un autre obstacle à ce type de réflexion réside dans l'attitude de certains représentants de la doctrine : comme Michel Troper, ils considèrent que la théorie du droit n'a pas à justifier quoi que ce soit, que son rôle est seulement de décrire et non pas de prescrire. Toute réponse à ces diverses objections suppose un accord minimal sur la signification de termes comme le *pouvoir créateur*, la *légitimation* ou la *justification* : car s'il existe de nombreuses possibilités d'interprétation des normes constitutionnelles, il existe également plusieurs manières de concevoir la *justification* et la notion de *pouvoir créateur*, et des positions doctrinales en apparence opposées peuvent se révéler finalement moins éloignées lorsque l'on distingue ce qui ne relève que du vocabulaire de ce qui constitue une divergence de vue réelle. C'est pourquoi il nous paraît utile d'approfondir cette notion de création et de proposer une définition aussi opératoire que la matière le permet (1). En effet, si nous avons affirmé, à plusieurs reprises, l'absence de relation obligée entre création jurisprudentielle et règle non écrite, c'est parce que nous considérons que le juge peut accomplir une fonction créatrice à l'occasion de l'interprétation d'une règle écrite (sur ce point, nous rejoignons parfaitement les conclusions de l'étude suisse de M. Rossinelli). La reconnaissance d'un certain pouvoir créateur est d'abord étroitement dépendante de la définition de ce pouvoir ; elle peut correspondre aussi bien à la nécessité de rendre compte de la réalité observée qu'à celle de répondre à la question de la légitimité de l'exercice du pouvoir ainsi défini, la légitimation n'étant pas envisagée ici comme une justification dans l'absolu, mais seulement au regard de l'ordre juridique (2). Cela nous conduit à insister sur l'importance du rôle que doit tenir la logique fonctionnelle dans les opérations d'*interprétation* et de *création* de droit : car ces opérations peuvent aussi tirer leur légitimité de la rigueur intellectuelle avec laquelle elles sont menées (3).

²⁸² Michel ROSSINELLI, *Les libertés non écrites*, op. cit. (1987).

1. Interprétation ou création : comment définir le pouvoir créateur ?

Les règles dites non écrites ne représentent que la manifestation la plus visible du pouvoir créateur du juge constitutionnel ; nous avons montré que la distinction entre “interprétation constructive” et “création” était, le plus souvent, purement symbolique, et que les commentateurs inclinaient à accorder une importance excessive au vocabulaire utilisé par le juge, au détriment d’une réflexion sur le contenu et la portée de la norme nouvellement posée. Il semble, en outre, qu’une part des désaccords doctrinaux sur ces questions repose sur des divergences sémantiques plutôt que sur les phénomènes en soi. Aussi, après avoir mis en évidence la dimension essentiellement sémantique de certaines affirmations doctrinales (A), tenterons-nous de proposer une définition fonctionnelle du pouvoir créateur, en profitant des apports de l’analyse systémale de G.Timsit (B).

A- Les pièges sémantiques.

Paul Amselek, poursuivant son long combat contre le *fléau du “sociologisme”*, mode de pensée qui revient à confondre lois juridiques et lois sociologiques et à donner pour objet d’étude aux juristes la réalité sociale dans son ensemble, dénonce²⁸³ un travers du même ordre, plus insidieux, et plus répandu encore, qui se manifeste, dans la théorie du droit, par la réduction des règles de droit aux éléments d’un simple processus logique, à un “contenu de pensée codé en langage”, et auquel il donne le nom de “logicisme”. Une manifestation particulière du logicisme consisterait à croire en la possibilité de dégager des normes nouvelles par de prétendues “inférences syllogistiques”, c’est-à-dire par les opérations logiques généralement recouvertes par l’appellation “syllogisme judiciaire”.

Plus encore, le travers logiciste inspirerait l’idée de la possibilité de remonter, par la seule force du raisonnement, de l’énoncé de certaines normes posées par le législateur à des idées plus générales, à des principes dont ces normes paraissent inspirées (l’auteur parle de “prétendues inférences normatives par induction”). Ainsi les adeptes de l’*alchimie logiciste* se sentiraient-ils autorisés, au nom de la raison, à former de nouvelles normes par simples inférences logiques à partir des normes édictées par l’autorité compétente : “Autrement dit, par un cheminement déductif ou inductif du raisonnement, on pourrait descendre vers d’autres normes juridiques plus particulières ou remonter vers d’autres normes juridiques plus générales. On pourrait ainsi aboutir, par de simples processus logiques - par de simples calculs rationnels de propositions - à enrichir considérablement le droit officiellement posé, à lui adjoindre une multitude d’autres normes juridiques, des normes juridiques en puissance ne demandant qu’à être arrachées à leur état de latence ou de virtualité. Le théoricien disposerait, par là, d’une espèce de don d’ectoplasmie, de la faculté fabuleuse de peupler lui-même le monde qu’il observe, et même d’y engendrer, pratiquement à l’infini, de nouvelles réalités”²⁸⁴.

À lire ce passage, on pourrait penser que Paul Amselek considère comme intenable la position de ceux qui défendent la possibilité d’une jurisprudence créatrice ; pourtant la suite de son raisonnement montre qu’il n’en est rien, et qu’au contraire, cet

²⁸³ Paul AMSELEK, *Ontologie du droit et logique déontique*, RDP 1992, p. 1005 à 1042.

²⁸⁴ *Ibid.* p. 1030.

auteur distingue deux démarches possibles de la part du juge : d'une part, une démarche herméneutique d'approfondissement qui, sans dégager de nouvelles normes, *explore le contenu* des normes déjà constituées, *explicite* ses éléments et en *dégage les virtualités d'application*, sans que l'on puisse dire que les principes ainsi dégagés - et dégagés par des démarches de logique fonctionnelle et non pas purement formelle - soient des normes juridiques nouvelles ; d'autre part, une démarche officieuse - *puisque les juges n'en ont officiellement pas le droit*, dit Paul Amselek - par laquelle sont constitués en normes juridiques des "principes généraux du droit" qui *paraissent se dessiner dans le prolongement des règles posées par la législateur*. En suivant cette dernière démarche, les juges ne se comportent pas, selon Paul Amselek, comme de simples logiciens raisonnant à voix haute, mais bien comme des *autorités publiques qui créent de la réglementation*.

Le propos de Paul Amselek n'est pas ici de distinguer la création de l'interprétation, mais de montrer que la logique qui est à l'oeuvre dans la pratique du droit n'est pas une logique formelle et abstraite, mais une logique qui doit prendre en compte, outre le contenu même des normes juridiques, leur fonction et le contexte social dans lequel elles sont appelées à fonctionner : "il y a bien une place - et même une place de choix - pour la logique et le raisonnement dans le domaine du droit et, plus généralement, de l'éthique, mais pas la place irréaliste et usurpatrice inspirée par une ontologie logiciste. La logique opère uniquement dans le contexte même - et non pas en concurrence - des activités de création du droit par les autorités publiques ou des activités d'observance des sujets de droit, ou encore dans le contexte des activités herméneutiques de la dogmatique juridique en tant qu'elle interprète ou qu'elle juge les normes juridiques constituées par les autorités publiques".

Nous ne pouvons que souscrire à cette manière de voir les choses : l'étude de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux droits non écrits a montré comment le juge fédéral et la doctrine avaient rempli leur rôle, chacun dans son domaine, en ayant recours aux arguments d'une même logique fonctionnelle et en s'influençant réciproquement pour donner naissance à cette catégorie particulière de normes, étant entendu que la consécration proprement dite des droits non écrits, c'est-à-dire leur émergence dans le droit positif, relève de la seule responsabilité de juge, agissant en sa qualité d'autorité publique.

Nous regrettons seulement de ne pouvoir distinguer que malaisément ce qui sépare, dans le propos de Paul Amselek, l'activité herméneutique d'approfondissement de la règle de droit déjà édictée, qui vise à *extrapoler toutes ses virtualités*, à *éclairer sa portée (...)* en prenant de la hauteur, en reconstituant un champ plus large qui se dessine en filigrane dans le prolongement de ses lignes de structure, de cette autre activité par laquelle les tribunaux *constituent en normes juridiques des "principes généraux du droit" leur paraissant se dessiner dans le prolongement des règles posées par le législateur* : ne demeure-t-on pas, dans la seconde hypothèse, dans le cadre d'une simple *activité herméneutique déployée sur la réglementation juridique elle-même déjà édictée*, activité qui ne doit pourtant pas être confondue, selon l'auteur, avec l'activité de création du droit ? La seule différence visible semble être la référence à la notion de "principe général du droit" : ainsi la distinction tiendrait à l'usage, par le juge français, d'une formule qui est interprétée par la doctrine dominante comme la manifestation du pouvoir créateur,

indépendamment du contenu de la norme présentée sous la forme d'un principe général du droit. Nous avons pourtant constaté que la référence à la notion de "principe général du droit", dans les décisions du Conseil constitutionnel, ne correspondait pas nécessairement à la reconnaissance par le juge de son pouvoir créateur : ainsi, le principe du respect des droits de la défense, dans lequel la doctrine ne vit d'abord qu'un principe de valeur législative, a-t-il été élevé au niveau constitutionnel, tantôt comme *principe fondamental reconnu par les lois de la République*, tantôt comme *principe de valeur constitutionnelle*. Ce principe général du droit peut donc aussi bien être considéré comme résultant d'une *exploration du contenu* de la législation existante, c'est-à-dire d'une *simple activité herméneutique*, que comme la manifestation du pouvoir créateur du juge, qui constituerait en norme un *principe lui paraissant se dessiner dans le prolongement des règles posées par le législateur*. Un raisonnement identique peut être tenu à propos des principes de la séparation des pouvoirs, de la liberté d'aller et venir, de la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens ; le principe de la continuité du service public lui-même peut, sans artifice, être dégagé, par une démarche de logique fonctionnelle, de la réglementation déjà édictée. Ce dernier principe est généralement considéré comme le plus éloigné des textes, et, partant, comme le plus prétorien ; mais n'est-ce pas une illusion, ou plutôt une erreur de perspective, habitués que nous sommes à pratiquer une lecture formelle des textes ? Ne nous suffit-il pas de lire le mot *liberté* dans un article quelconque de la Constitution pour qu'aussitôt nos penchants positivistes soient satisfaits, et pour que nous ne nous demandions pas si, par exemple, le principe de la liberté individuelle, avec toutes les conséquences qu'en tire le Conseil constitutionnel en matière de visite des véhicules, ne se situerait pas aussi loin *dans le prolongement des textes* que peut l'être le principe de la continuité du service public ? Autrement dit, le juge pourrait donner à peu près n'importe quel contenu, pourvu qu'il demeure raisonnable, au principe de liberté, il ne ferait jamais qu'en *explorer le contenu, en extrapoler toutes ses virtualités*, en restant dans le cadre d'une activité herméneutique, et cela parce que le mot liberté est inscrit dans la Constitution.

En Suisse, les choses paraissent plus simples : le pouvoir créateur est étroitement associé, par la doctrine dominante, aux décisions qui usent très explicitement d'expressions telles que *droit non écrit* ou *liberté non écrite*. Mais la motivation des arrêts du Tribunal fédéral montre clairement que son activité créatrice avouée peut aussi s'analyser en une activité herméneutique déployée sur le droit existant, même s'il arrive que ce soit également sur le droit international : la garantie de la propriété figurait dans la quasi-totalité des constitutions cantonales avant d'être élevée au rang d'*institution fondamentale de l'ordre juridique suisse* ; la reconnaissance en droit fédéral de la liberté d'expression et de la liberté de réunion s'imposait parce que ces libertés étaient la *condition de l'exercice d'autres libertés ou apparaissaient comme des éléments indispensables du régime démocratique de la Confédération* (la liberté d'expression fut également présentée par le juge fédéral comme une *extension de la protection assurée par la liberté de la presse*) ; la liberté individuelle fut, quant à elle, présentée comme la *condition d'exercice de toutes les libertés*, tandis que la liberté de la langue apparaissait comme *nécessaire à l'exercice d'autres droits constitutionnels comme la liberté d'expression*. On voit que pour consacrer les libertés dites non écrites, le juge fédéral n'a

pas hésité à solliciter largement le droit existant ; pour reconnaître le droit au minimum vital, le Tribunal fédéral s'est beaucoup appuyé sur la doctrine, mais il a d'abord affirmé que *la garantie des besoins humains élémentaires, comme la nourriture, l'habillement et le logement, constitue la condition de l'existence de l'homme*, et (qu'elle) *apparaît en outre comme un élément indispensable dans une communauté démocratique fondée sur le droit*. Le caractère prétorien des normes ainsi constituées tient-il à ce que les principaux textes d'appui retenus n'appartiennent pas à la Constitution fédérale écrite, ou simplement à la dénomination choisie par le juge ? Un argument en faveur de la seconde explication réside dans le fait que deux des libertés non écrites auraient pu être déduites de dispositions fédérales existantes : la liberté d'expression aurait pu découler de la liberté de la presse, garantie par l'art. 55 Cst., le juge fédéral ayant lui-même déclaré que cet article protégeait de façon générale toute manifestation d'opinion ; la liberté de réunion aurait pu être déduite de l'art. 56 Cst. relatif au droit de former des associations : un tel droit ne présuppose-t-il pas le droit de se réunir ? (La doctrine suisse était partagée sur ce point et le Tribunal fédéral aurait pu se prévaloir du courant doctrinal favorable à une telle déduction de l'art. 56, plutôt que se rallier à la thèse favorable à la consécration de la liberté de réunion comme droit constitutionnel autonome).

Lorsqu'il s'agit de distinguer finement l'interprétation de la création, la consultation des meilleurs spécialistes de l'herméneutique n'apporte pas d'aide décisive ; H-G. Gadamer lui-même ne sépare pas nettement les opérations d'interprétation, de concrétisation et de création : "La tâche d'interpréter, c'est *la tâche de concrétiser la loi* dans chaque cas particulier. C'est donc la tâche de l'application. Il est sans doute réservé au juge d'apporter de cette manière un complément créateur au droit ; mais le juge est soumis à la loi exactement comme tout autre membre de la communauté juridique"²⁸⁵. Sans s'arrêter longuement à la signification de la concrétisation, H-G Gadamer souligne la primauté de l'herméneutique juridique sur la dogmatique juridique, tout en défendant la possibilité d'une sécurité juridique dans un système où *la sentence du juge ne procède pas d'un caprice imprévisible, mais de la juste évaluation de l'ensemble* (*Ibid.*). Pour lui, de toute évidence, le juge apporte un *complément créateur* au droit, qu'il s'agisse d'interpréter une disposition existante du droit écrit, de lui faire produire ses effets juridiques dans un cas particulier, ou encore de créer une règle jurisprudentielle. Ainsi le pouvoir créateur ne se manifesterait pas tant par la distance apparente séparant la sentence du juge des textes qu'il a à appliquer, que par l'importance de l'activité herméneutique déployée par le juge, puisque dans tous les cas il doit tenir compte de - *justement estimer*, dit H-G Gadamer - l'ensemble de l'ordre juridique. Peut-on mesurer l'importance d'une telle activité herméneutique, et en déduire l'importance du pouvoir créateur ?

B - Pour une définition fonctionnelle du pouvoir créateur.

Les indices habituellement retenus pour l'identification du seuil de transition entre l'interprétation et la création jurisprudentielle ont montré leurs limites :

- la "reconnaissance de paternité" de la part du juge serait évidemment d'un grand intérêt si elle correspondait toujours à la réalité, mais nous avons vu, à travers les

²⁸⁵ Hans-Georg GADAMER, *Vérité et méthode*, Éditions du Seuil, Paris, 1976, p. 172.

exemples étudiés²⁸⁶, que cet indice manquait de valeur probante, spécialement lorsqu'il intervient négativement : une absence de reconnaissance peut résulter d'une inadvertance du rédacteur de la décision (dans les hypothèses où la "reconnaissance" résulterait de l'emploi d'une formule évoquant la création jurisprudentielle, telle que "droit non écrit" ou "principe général du droit") ou, plus fréquemment, de la propension du juge à ne pas assumer la paternité des normes qu'il prétend découvrir - comme si cette découverte était à la portée du premier lecteur venu. Si le "désaveu de paternité" est une situation fréquente en pratique, on peut aussi rencontrer, quoique plus rarement, des "paternités putatives", c'est-à-dire des paternités seulement supposées, ou revendiquées à tort ou abusivement, qui correspondent à des situations où le juge use d'expressions comme "principe de valeur constitutionnelle", sans citer les références écrites qui existent, comme l'a fait le Conseil constitutionnel à propos des principes de la séparation des pouvoirs et de la liberté d'aller et venir.

D'une manière certes différente, la surprenante argumentation du Tribunal fédéral aboutissant à constater l'appartenance de la garantie de la propriété au droit non écrit de la Confédération pourrait, elle aussi, être considérée comme une reconnaissance putative de la paternité de cette garantie, car, malgré l'emploi d'une expression aussi révolutionnaire que "droit non écrit", le contenu de la norme nouvellement proclamée n'apportait rien de plus que ce que permettait déjà l'application extensive du principe d'égalité en matière de propriété.

- la "distance vis-à-vis des textes" est un indice difficile à manier : faut-il s'en tenir aux textes constitutionnels, ou même aux seuls articles numérotés lorsque la constitution comporte un préambule et des annexes ? Faut-il considérer la seule lettre du texte, ou également l'esprit qui s'en dégage ? Suffit-il d'une vague parenté d'objet avec un texte constitutionnel pour qu'une création prétorienne (si l'on se place au niveau constitutionnel), comme le droit offert aux étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs, soit considérée comme la simple interprétation de l'alinéa 10 du Préambule de 1946, et cela parce que cet alinéa évoque l'existence de la famille, à côté de l'individu, en tant que bénéficiaire potentielle de l'aide que la Nation doit accorder à leur développement ? Existe-t-il le moindre rapport, en dehors de la présence du mot "famille", entre le texte invoqué, l'alinéa 10, et le droit qui en est déduit par le Conseil constitutionnel, le *droit de mener une vie familiale normale, qui comporte en particulier la faculté pour ces étrangers de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs* ? Pourquoi seulement les enfants mineurs et pas un enfant majeur ? Pourquoi pas un frère, un père ou une mère ? Comment expliquer cette restriction ? Faudrait-il comprendre que d'après la Constitution de 1946 les enfants majeurs cessent *normalement* d'appartenir à la famille ?

Il nous paraît indiscutable que le recours à l'indice tiré du "détachement de la règle jurisprudentielle du texte qui l'a inspirée" aurait dû conduire les commentateurs à voir dans ce droit au regroupement familial, tel qu'il est assez nettement délimité, une création jurisprudentielle au moins aussi caractérisée que peuvent l'être la continuité du service public, ou la liberté d'association entendue comme excluant tout contrôle préalable à la déclaration des associations. Et que faut-il penser lorsque la règle jurisprudentielle, tout

²⁸⁶ En particulier : page 54 de la présente thèse.

en étant très éloignée du texte constitutionnel dont elle est censée s'inspirer, se révèle découler assez directement d'un texte identifié, mais inapplicable, soit en raison de sa place dans la hiérarchie des normes, soit en raison du caractère limité de son champ d'application (ce qui est le cas dans l'exemple que nous venons d'évoquer : la *faculté pour les étrangers de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs* est visiblement tirée d'accords bilatéraux liant la France à certains Etats extérieurs à l'Union européenne, et l'on comprend mal quelle pouvait être l'utilité de telles stipulations si, au lieu de correspondre à un traitement de faveur consenti réciproquement par deux Etats à leurs ressortissants, elles n'avaient fait que rappeler un droit préexistant bénéficiant, en vertu de l'alinéa 10 du Préambule de 1946, à l'humanité toute entière (droit qui peut d'ailleurs aussi se déduire de l'art. 8 de la CEDH). On comprend bien, en revanche, que le Conseil constitutionnel ait préféré s'abstenir d'évoquer de telles sources.

Pour remédier à l'insuffisance de ces indices, il est indispensable de préciser ce que l'on doit entendre par création jurisprudentielle ; si l'on recourt à la méthode de l'analyse systémale, développée par le Professeur Timsit, il devient possible de surmonter l'obstacle que représente la mesure de la distance vis-à-vis des textes. Nous avons vu que cette méthode reposait sur une distinction entre le texte qui est invoqué et le code de lecture qui lui est appliqué par le juge : dès lors qu'un texte ne comporte pas, en lui-même, d'indication quant au code qui doit présider à son décodage, quant aux objectifs poursuivis, et que l'application de ce texte oblige le juge à choisir lui-même les valeurs qui vont permettre de lui donner sa signification, commence à s'ouvrir, au profit du juge, un espace de liberté dans lequel apparaît la possibilité de faire oeuvre créatrice, en faisant émerger du texte un sens nouveau ou même une règle nouvelle. On pourrait croire qu'en l'absence de tout texte, la liberté du juge soit plus grande encore. Cependant, si les valeurs retenues par le juge sont dominantes dans la société et aux yeux de la communauté des juristes, si de surcroît elles s'expriment déjà dans des normes antérieures, mais inapplicables directement (c'est la situation dans laquelle se trouvait le juge fédéral suisse lorsqu'il a consacré en droit fédéral des libertés déjà largement répandues dans les constitutions cantonales), la nouveauté de la norme est en quelque sorte seulement formelle : l'invention du juge a été fortement déterminée par l'ordre juridique considéré autant dans sa lettre que dans son esprit (elle a été *surdéterminée*, suivant le vocabulaire de l'analyse systémale). A l'inverse, si le juge, ayant à interpréter une disposition écrite de la Constitution, use d'un code de lecture personnel, aussi étranger à celui du constituant qu'au sentiment social dominant, si la référence à la norme écrite n'est qu'un leurre destiné à camoufler une idéologie, le degré de nouveauté n'est-il pas plus élevé encore ? Le contenu nouveau donné à la norme n'est-il pas la manifestation d'un pouvoir créateur plus important (et moins justifié) ?

Suivant les critères de l'analyse systémale, la création commence quand le juge doit appliquer un texte dont la prédétermination est insuffisante, dont on ne sait quel sens il doit prendre dans une situation donnée : en introduisant un élément de surdétermination, c'est-à-dire en choisissant un champ de décodage, un code de lecture, le juge crée une nouvelle norme qui ajoute ou substitue une signification nouvelle à la signification primitive du texte en cause. On peut admettre, au moins approximativement, que plus la part de la prédétermination par le texte se trouve réduite au profit de la surdétermination

par les valeurs du code culturel, plus la création devient importante, pour atteindre un maximum en l'absence totale de texte, quand la norme, dans son existence comme dans son contenu, résulte uniquement de l'objectivation du code culturel par le juge, comme on l'observe avec les principes généraux du droit. Mais ce premier maximum ne représente pas le pouvoir créateur ultime : jusqu'ici, nous n'avons envisagé que des situations dans lesquelles les textes à appliquer étant insuffisants ou absents, le juge y remédie en introduisant un code de lecture correspondant à celui qu'imposerait le sentiment social dominant (ce qu'il s'efforce d'ailleurs d'exprimer en usant de formules telles que principes "généraux", "fondamentaux" ou "reconnus").

Mais il existe d'autres situations, dans lesquelles le juge, ayant à appliquer un texte dont le code de lecture est suffisamment décelable, choisit d'user de sa liberté d'interprète pour imposer son propre code culturel, pour substituer ses propres valeurs à celles de l'auteur du texte. Évidemment, il outrepassé alors ses fonctions, sans avoir l'excuse de substituer au code culturel de l'auteur du texte (lequel code peut se trouver inadapté aux circonstances pour des raisons diverses) un code qui serait dominant dans la communauté des juristes, sinon dans la société. Pour Gérard Timsit, c'est là que naît le gouvernement des juges ; il nous semble évident que le pouvoir que s'arroge le juge est alors plus grand que dans toutes les hypothèses précédentes, et que les normes nouvelles qui apparaissent ainsi par l'adoption d'un code de lecture controversé, ou même contraire au code dominant, constituent des créations plus nettes encore, malgré l'alibi du texte.

Nous proposons donc, avec l'aide de l'analyse systémale, de retenir comme manifestation du pouvoir créateur aussi bien l'émergence d'un sens nouveau donné à un texte que la création d'une norme sans texte. L'émergence d'un sens nouveau se distingue de la simple interprétation dans la mesure où le sens nouveau de la norme lui vient pour l'essentiel de la lecture qui en est faite, à travers un code qui n'est pas indiqué par le texte mais apporté par le juge, tandis que lors d'une opération d'interprétation, le juge se contente d'extraire un sens qui est déjà enfoui dans le texte, il s'agit d'une résurgence et non d'une émergence²⁸⁷, car le texte comporte, en lui-même, tous les éléments nécessaires à son décodage, sans qu'il soit besoin de faire intervenir des valeurs autres que celles qui y sont exprimées, directement ou non. Pour illustrer cette distinction entre résurgence d'un sens enfoui et émergence d'un sens nouveau, deux décisions du Conseil constitutionnel semblent significatives : celle du 19 mai 1991 et celle du 13 août 1993.

La décision du 9 mai 1991 *statut de la Corse*, par laquelle la mention faite par le législateur du "peuple corse, composante du peuple français" est déclarée contraire à la Constitution : le raisonnement du juge s'appuie sur l'article 2 (art. 1er aujourd'hui) de la Constitution de 1958, selon lequel *la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale qui assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens quelle que soit leur origine*, et sur les préambules de 1946 et de 1958 qui, comme la Déclaration de 1789, ne connaissent que le peuple français au singulier, pour conclure que le concept juridique de peuple français a valeur constitutionnelle et s'oppose à la reconnaissance juridique, même symbolique, d'un "peuple corse, composante du peuple français" car cela introduirait, parmi les citoyens français, une distinction fondée sur l'origine. Le

²⁸⁷ Les notions d'*émergence* et de *résurgence*, telles qu'elles sont appliquées au droit, sont directement empruntées à G. Timsit (*Les noms de la loi*, op. cit. p. 141 et 145).

raisonnement tenu par le juge est de type interprétatif : aucun texte constitutionnel n'évoque explicitement le problème des éventuelles composantes du peuple français, il est nécessaire de se livrer à un travail du texte pour lui donner sa signification sur ce point ; mais ce travail n'est qu'interprétatif et non créatif, car le texte comporte suffisamment d'indications quant à la logique de ses auteurs. Peu importe que cette logique d'unité et d'indivisibilité du peuple français puisse correspondre également à un sentiment social dominant : c'est avant tout celle des constituants de 1789, de 1946 et de 1958, et c'est en cela que la décision du 9 mai 1991 est à ranger dans la catégorie des *jugements-transcriptions*, ceux dans lesquels la norme édictée par le juge est non seulement prédéterminée, mais surdéterminée par le législateur (en l'occurrence par le constituant). *Prédéterminée : la norme juridictionnelle est l'application singulière de la norme législative (ou constitutionnelle, en l'occurrence) générale ; surdéterminée : cette application en est faite par le juge conformément à la logique du législateur (ou du constituant). Tout le problème, dit G. Timsit, est évidemment que le juge réussisse à déceler la logique du législateur et, que l'ayant décelée, il n'en fasse pas un simple alibi, une simple couverture où dissimuler sa propre logique et la faire ainsi prévaloir sur celle du législateur - auquel cas, il ne s'agirait plus de transcription.*

La décision du 13 août 1993 *maîtrise de l'immigration*, dans ses développements relatifs au droit d'asile, illustre bien le problème évoqué par G. Timsit : ni l'alinéa du Préambule de 1946, ni la philosophie générale qui imprègne les textes constitutionnels ne permettent de déceler une logique suivant laquelle la conception française du droit d'asile s'opposerait à la conclusion d'accords internationaux en vertu desquels l'examen des demandes d'asile formulées *après leur entrée en France* par des personnes *entrées par hypothèse à un autre titre* sur le territoire national et ayant transité par un ou plusieurs Etats membres de l'Union européenne et signataires des Conventions de Schengen ou de Dublin relèverait de l'un de ces Etats (l'Etat ayant délivré le visa à l'échéance la plus lointaine ou l'Etat de premier accueil). Des adversaires résolus des restrictions apportées à l'exercice du droit d'asile par l'application des Conventions précitées conviennent que *les travaux préparatoires de la Constitution de 1946 n'apportent que peu d'éléments permettant de déterminer le champ d'application de l'alinéa 4 du Préambule*, et que la conception du droit d'asile qu'exprime la décision "maîtrise de l'immigration" *traduit indiscutablement une distanciation par rapport au strict contenu de l'alinéa 4 qui ne consacre que le droit à l'asile territorial des seuls "combattants de la liberté" persécutés*²⁸⁸.

L'alinéa 4 est une norme dont la signification n'est pas suffisamment prédéterminée pour qu'elle puisse fonder un contrôle de constitutionnalité sans que le juge ne "fabrique" de la *surdétermination*, c'est-à-dire use de sa liberté d'interprète autorisé pour décider du code selon lequel il fera la lecture de la norme, ce qui caractérise la figure du jugement-transcription. Rappelons toutefois que le fait, pour le juge, de choisir un code de lecture en contradiction avec le code dominant, tel qu'il peut résulter du droit international, des engagements communautaires, de la volonté du législateur actuel ... et même de sa propre jurisprudence antérieure, l'amène à dépasser les limites de la *transcription* pour atteindre la *transgression*. La décision *maîtrise de l'immigration* est donc, si l'on peut dire, doublement créatrice : de manière bénigne d'abord, dans la

²⁸⁸ Catherine TEITGEN-COLLY, *Le droit d'asile : la fin des illusions*, AJDA 1994 p. 108.

mesure ou l'introduction d'un code de lecture extérieur au texte de référence est inévitable dès lors que le texte ne comporte pas d'indication directe ni indirecte, de manière plus frappante ensuite en choisissant un code contredisant l'esprit des Conventions de Schengen et de Dublin²⁸⁹.

C'est l'émergence d'un sens nouveau donné à l'alinéa 4 du Préambule de 1946 par la décision du 13 août 1993 qui confère à cette dernière le caractère d'une décision créatrice et non simplement interprétative ; la contrariété entre le sens nouveau donné par le juge et le code culturel dominant ne fait qu'ajouter à la création le caractère d'une transgression.

Si l'on applique ces critères à la jurisprudence du Tribunal fédéral relatives aux libertés non écrites, on constate immédiatement que le consensus qui l'a accueillie traduit l'identité, ou du moins la grande proximité entre le code culturel fondant ces décisions et le code dominant dans la société helvétique.

Nous avons déjà souligné le caractère somme toute assez formel et symbolique de créations telles que la garantie de la propriété, la liberté d'expression, la liberté individuelle et la liberté de réunion : ces droits n'étaient certes pas inscrits littéralement dans la Constitution fédérale, l'élément de prédétermination de la norme faisait donc défaut, mais il est indiscutable qu'ils imprégnaient l'ordre juridique suisse (ainsi que celui des Etats libéraux d'Occident, le juge fédéral n'hésitant pas à se référer à ce dernier concept) et ils étaient d'ailleurs inscrits dans la majorité des constitutions cantonales, de sorte que l'on peut dire, à la manière de G. Timsit, que malgré le silence de la constitution fédérale à leur égard, leur surdétermination était assourdissante.

Le cas de la liberté de la langue était moins évident : sa consécration comme droit constitutionnel non écrit a été accueillie avec une approbation moins large (une bonne partie des critiques ne tenait pas au principe de la reconnaissance de cette liberté, mais à ses modalités, en raison notamment de la reconnaissance simultanée d'un principe contraire, le principe de la territorialité de la langue ; la formation d'un consensus a été plus tardive, après que l'on ait pu constater, à l'usage, que malgré le principe de territorialité, la liberté de la langue pouvait aussi servir à protéger les minorités linguistiques ; l'inscription de cette liberté, sans autre précision, dans le projet de révision de 1995 peut certainement être interprétée comme la manifestation d'un certain consensus). La surdétermination de la liberté de la langue, c'est-à-dire son appartenance au domaine des valeurs dominantes de l'ordre juridique, ne se traduisait pas dans des textes de valeur infra-constitutionnelle ni dans le droit international, le droit comparé n'étant lui-même pas d'un grand secours : seule la Constitution belge évoquait la liberté de la langue, dans un contexte quelque peu différent. Aucun code ne s'imposant d'emblée

²⁸⁹ Rappelons que, suivant l'analyse systémale, lorsqu'il existe un doute quant au code qui doit présider à la lecture de la norme de référence, il est naturel que le juge tente de déceler le code de l'auteur de la règle de droit qu'il est en train de contrôler. Le fait qu'il adopte un code de lecture emprunté à une source de droit distincte de la Constitution n'est, en soi, pas plus choquant que le fait d'introduire un code qui lui serait personnel, et tant l'unité du droit que la prévisibilité des décisions ont à y gagner. Thierry Di Manno observe ainsi que le Conseil constitutionnel, dans la décision validant la loi n° 93-992 du 10 août 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité, "n'avait, en définitive, fait que reprendre à son compte le *droit vivant*, c'est-à-dire la propre jurisprudence de la Cour de cassation". Thierry DI MANNO, Chronique de contentieux constitutionnel 1995, RFDC 1996 p.576.

à l'esprit, le Tribunal fédéral a développé un raisonnement original, s'appuyant sur des opinions doctrinales diverses, dont aucune n'était dominante, sans que l'on puisse dire non plus qu'en cela il se soit opposé à des valeurs majoritaires, ni même aux valeurs d'une minorité ayant quelque consistance : l'impression qui ressort de l'examen de sa jurisprudence est qu'il s'est efforcé, au gré des espèces, de ménager au mieux les intérêts contradictoires en présence (le maintien des aires linguistiques des langues nationales de la Suisse face à la liberté de s'exprimer dans sa langue maternelle) tout en élaborant une construction cohérente susceptible d'évoluer vers la protection des minorités linguistiques à mesure que le besoin s'en ferait sentir.

Le phénomène de création a été plus net pour cette liberté non écrite que pour les autres, qui correspondaient à des libertés "classiques". La nouveauté de la norme constitutionnelle ainsi consacrée était indubitablement d'un plus haut degré, le juge a dû se référer au monde des valeurs dans un domaine incertain. Nous ne pensons pas qu'en faisant cela, il soit sorti de son rôle pour s'adonner à l'ivresse du *gouvernement des juges* : ses décisions en matière de liberté de la langue n'ont rien de transgressif, à en juger par l'inscription pure et simple de cette liberté dans le Projet de Constitution de 1995. Aurait-il mieux valu qu'il s'abstienne de consacrer cette liberté et que, dans l'attente d'une future révision constitutionnelle, il rejette sur le fond les recours des plaideurs appartenant à une minorité linguistique ?

L'application des critères de l'analyse systématique au droit au minimum vital reconnu en 1995 exige une distinction préalable : si on le considère sous son aspect de droit fondamental essentiellement subsidiaire, destiné à éviter un état de déchéance contraire à la dignité humaine, sa situation ne diffère guère de celle des libertés non écrites : on peut sans grand risque affirmer qu'il était largement *surdéterminé*, qu'il existait certainement un consensus (quant à son principe du moins, car il n'est pas sûr que les circonstances de l'espèce dans laquelle ce droit a été reconnu à des apatrides, séjournant sans titre en Suisse, après y avoir purgé une peine de prison, aient été propices à une approbation massive de la population) dans la société suisse.

En revanche, si l'on y voit un droit social, ou même un but social, la situation est toute autre, il n'y a plus trace de consensus, il y a même désaccord complet. La doctrine se montre déjà hésitante quant au choix des normes susceptibles d'exprimer ce droit : dignité humaine, droit à la vie, liberté personnelle, principe d'égalité, ou assistance cantonale aux personnes dans le besoin (art. 48 al. 1 Cst) ? Lors de la procédure de consultation préalable à l'adoption du projet de révision de la Constitution fédérale, des partis politiques ont demandé que l'on supprime purement et simplement ce droit, tandis que d'autres demandaient au contraire qu'il soit élargi. Le texte final a retenu une formulation plus inoffensive que celle du Tribunal fédéral : l'article 12 ne mentionne plus que le *droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse*, ce qui, pour la première fois, représente un écart important entre les termes choisis respectivement par le juge lors de la reconnaissance d'un droit non écrit et par le constituant lors de la confirmation, et qui témoigne donc d'une réelle difficulté à s'accorder sur la signification et la portée de ce droit.

On peut donc dire que, même s'il bénéficiait d'un indiscutable soutien doctrinal, le juge fédéral s'est avancé à la limite de la transgression en usant de formules telles que

“droit au minimum vital” ou “droit à des conditions minimales d’existence”, et ce malgré toutes les limitations qu’il apportait en même temps, car ces expressions, à elles seules, évoquaient beaucoup plus que ce que la société suisse était disposée à accepter.

2. L’apport de l’analyse systémale à la légitimation du pouvoir créateur.

L’analyse systémale, en définissant la juridicité comme “*la propriété d’une norme de prendre et recevoir sa signification tant de ses destinataires que de ses destinataires*”, en s’attachant ainsi autant aux conditions de décodage de la norme par son lecteur qu’à celles de son encodage par son auteur, permet de répondre de manière assez satisfaisante à deux des préoccupations majeures qui sont à l’origine de la présente recherche : établir en droit constitutionnel l’existence ordinaire d’un pouvoir créateur distinct de la simple interprétation (A) et montrer qu’il existe des limites objectives à ce pouvoir, à l’intérieur desquelles le juge peut contribuer à l’élaboration du droit sans trahir sa mission (B).

A - Le pouvoir créateur tient à la structure des normes juridiques.

Dès lors que l’on accepte l’idée selon laquelle la juridicité de la norme réside dans les conditions de son décodage, il apparaît clairement que la prévisibilité des conséquences de la norme dépend non seulement des indications lues directement dans le texte lui-même, mais aussi de ce que le texte peut ou non être rattaché à “un élément du substrat de valeurs partagées par la société”, suivant une formule de la Cour suprême du Canada²⁹⁰. La phase du travail du juge qui consiste à extraire de ce “substrat de valeurs” ce qui est déterminant dans l’espèce implique évidemment l’interprétation d’un certain nombre de textes variés exprimant ces valeurs, mais une fois le tri fait parmi les valeurs applicables, l’opération par laquelle le juge, en faisant intervenir un élément extérieur au texte, donne une signification différente de ce que la seule lecture laissait prévoir, dépasse l’interprétation et équivaut à la création d’une norme nouvelle : un sens nouveau donné à une norme existante constitue bien une création. Au contraire, quand le sens nouveau ne correspond qu’à un choix nouveau parmi les différentes significations possibles d’une norme, il n’y a pas création mais interprétation, aussi longtemps que le sens nouveau demeure dans le champ des prévisions tel qu’il a été dessiné par l’auteur de la norme et tel qu’il est accessible à tout lecteur avisé.

De ce point de vue, le pouvoir créateur ne requiert donc aucune légitimation particulière, il s’analyse simplement comme un aspect particulier de l’office du juge et spécialement du juge constitutionnel. Cela ne signifie absolument pas que le juge puisse créer n’importe quoi, et la pratique montre que lorsqu’il est amené à créer une norme, qu’il s’agisse d’une création en dehors de tout texte ou d’un sens nouveau donné à un texte en l’absence d’indication de la part de son auteur, il s’efforce le plus souvent de produire une norme aussi proche que possible de celle qu’aurait créée le constituant s’il avait été placé dans les mêmes conditions. S’il y parvient, sa décision doit en principe être accueillie par une large approbation, comme le montre l’exemple de la Suisse, où le

²⁹⁰ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, 9-7-1992, cité par G. Timsit, *Les figures du jugement*, P.U.F., Paris, 1993, p. 158.

consensus qui s'établit autour des décisions consacrant des droits constitutionnels non écrits constitue, aux yeux de la doctrine, la légitimation ultime du pouvoir créateur du juge.

En France, l'absence fréquente de consensus autour de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (qu'elle soit créatrice ou non !) n'implique pas que ce dernier soit foncièrement incapable de remplir son rôle de constituant secondaire, elle résulte d'abord du contexte historique, constitutionnel et culturel même propre à notre pays, ainsi que, comme l'a admis publiquement un Président en exercice du Conseil constitutionnel, d'un "déficit de communication"²⁹¹, auquel il faut bien ajouter l'insuffisance de la motivation des décisions qui, en s'allongeant, ne gagnent pas en clarté sur des points pourtant décisifs du raisonnement²⁹². On peut d'ailleurs relever, à l'actif du Conseil, que certaines de ses décisions à caractère créateur ont été bien accueillies, au moins par la doctrine, comme celle relative au *droit de grève à la radio et à la télévision*, quelques unes lui valant même l'honneur d'apparaître comme le défenseur des libertés et des droits fondamentaux (*liberté d'association, visite des véhicules*). Il faut cependant bien admettre que certaines décisions transgressives rendues par le Conseil constitutionnel ne contribuent pas à la formation d'un consensus autour des solutions trouvées par lui, et pour celles-là, la meilleure politique de communication du monde n'aurait rien changé à l'appréciation portée sur elles, même aux yeux des plus ardents partisans de la reconnaissance du pouvoir créateur de la jurisprudence, car leur manque de légitimité tient à l'absence de consensus autour des valeurs auxquelles le Conseil s'est référé, qu'il s'agisse de valeurs qui lui sont propres, de celles que le pouvoir lui a imposées (cas des ponts à péage ?), ou de valeurs "progressistes" (*Maîtrise de l'immigration*, par exemple) qui d'une part, sont encore loin d'être majoritaires, et d'autre part, dont les conséquences prévisibles de la traduction juridique ne semblent pas avoir fait l'objet d'une évaluation pragmatique. Le consensus sur les valeurs que le juge fait intervenir dans son raisonnement semble donc constituer la clef de la légitimité de son action.

B - Mesure et limites du consensus sur les valeurs.

Le caractère transgressif d'un jugement ne s'identifie pas à un défaut de consensus sur les valeurs que le juge fait intervenir au titre de la surdétermination de la

²⁹¹ Robert BADINTER, le pouvoir et le contre-pouvoir, *Le Monde* du 23 novembre 1993. M. Badinter a exprimé le souhait, pour l'avenir, d'organiser des rencontres avec la presse pour expliquer, d'un strict point de vue juridique, "l'origine, le raisonnement et la portée des décisions rendues".

²⁹² Il est tout de même navrant de voir, dans la décision *Bioéthique*, le Conseil répondre en trois lignes que "s'agissant de la sélection des embryons, il n'existe, contrairement à ce que soutiennent les saisissants, aucune disposition ni aucun principe à valeur constitutionnelle consacrant la protection du patrimoine génétique de l'humanité" (décision du 27 juillet 1994, 11ème cons.). "Aucune disposition", peut-être ; mais "aucun principe", c'est très discutable, et quoi qu'il en soit, l'argumentation développée dans la saisine méritait mieux. On ne peut que s'étonner du décalage entre la réserve que s'impose ici le juge et l'imagination (ou la hardiesse ?) dont il a témoigné en d'autres occasions, par exemple en parvenant à déceler une norme constitutionnelle garantissant aux étrangers le droit de mener une vie familiale normale et en particulier la faculté de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs (décision du 13 août 1993, 70ème considérant).

norme : un jugement peut transgresser les valeurs de l'auteur du texte qu'il est censé d'appliquer, c'est-à-dire les valeurs qui ont présidé à l'élaboration du texte et qui sont clairement décelables, sans pour autant heurter les valeurs majoritaires ou dominantes de la société ou de l'ordre juridique, comme le montre l'attitude du Conseil d'Etat dans l'affaire *Dame Lamotte*, exemple remarquable, car le laps de temps qui sépare l'entrée en vigueur du texte et son application par le juge est réduit, il n'explique absolument pas la transgression des valeurs du texte par une quelconque évolution des mentalités qui serait intervenue entre-temps (la transgression ne s'explique pas davantage par les changements de régime survenus au cours de cette affaire : le Conseil d'État a d'abord résisté, de manière moins frappante il est vrai, à deux arrêtés préfectoraux pris en exécution d'une loi d'août 1940, alors que la Libération n'était pas intervenue ; après le rétablissement de la légalité républicaine, la "résistance" persistante du Conseil d'État à l'acte dit loi du 23 mai 1943 ne l'opposait plus aux autorités vichystes, mais bien à un ministre de l'agriculture républicain qui invoquait devant lui, au bénéfice de son administration, une disposition de cette loi dont on n'avait pas cru bon de constater la nullité depuis août 1944. L'arrêt rendu en 1950 ne transgressait donc pas seulement la volonté du législateur d'un régime disparu, ce qui eût été d'une grande facilité, il s'opposait également à une interprétation et une utilisation du texte de 1943 marquées par une surprenante continuité de la part de l'administration républicaine de 1946).

Dans cet arrêt²⁹³, la logique de la loi que le juge devait appliquer était parfaitement connue de tous puisque cette loi avait été précisément adoptée pour briser la résistance des juridictions, Conseil d'Etat compris, aux réquisitions de terres abandonnées ou incultes depuis plus de deux ans. Le code devant, selon la volonté du législateur, présider à la lecture de cette loi, ne pouvait soulever de doute ; pourtant, le législateur s'étant contenté d'indiquer dans le texte que "l'octroi de la concession ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire", le Conseil d'Etat s'est engouffré dans la brèche sémantique que comportait cette disposition pour affirmer qu'elle n'excluait pas "le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat contre l'acte de concession, recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité"²⁹⁴. Suivant les critères de l'analyse systémale, cet arrêt est un paradigme du jugement-transgression : "transgression - et non violation. Elle reste sur le fil, attentive à respecter la lettre de la loi, conforme à la prédétermination qu'elle impose. En rupture délibérée cependant avec l'esprit du législateur, dont elle veut ignorer les valeurs pour y substituer celles du juge qui *dit* le droit..."²⁹⁵. L'arrêt *Dame Lamotte* a été salué par une doctrine pourtant parfaitement consciente de la subversion de la loi qu'il réalisait, ce qui signifie que s'il se situait en rupture évidente avec le code du législateur, il témoignait en même temps d'une forte adhésion au code dominant.

On aurait probablement tort de penser que cette distorsion entre le code dominant, exprimé sous la forme des principes généraux du droit, et le code du législateur soit seulement liée au fait que la loi en question (celle du 23 mai 1943) remontait à la période

²⁹³ C.E. 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c. Dame Lamotte*, Rec. p. 110.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ G. TIMSIT, *Les figures de jugement*, op. cit., p. 187

de Vichy, car d'une part l'Administration républicaine issue de la Libération semblait bien avoir repris la loi à son compte (comme elle l'a d'ailleurs fait pour une partie substantielle de l'oeuvre législative de Vichy), et d'autre part la même situation s'est reproduite en 1953 à propos de la loi du 1er février 1947 relative au Conseil supérieur de la magistrature : cette fois le Conseil d'Etat osait opposer sa logique²⁹⁶ à celle d'un législateur bénéficiant de la légitimité républicaine, il était donc suffisamment assuré de la supériorité de sa logique propre - plus exactement, de celle qu'il avait librement choisi d'exprimer - et qui, à défaut d'inspirer le législateur de la IV^{ème} République, était largement partagée en doctrine. Dans ces deux exemples, la transgression s'apprécie uniquement à l'égard du législateur, auteur du texte, et non à l'égard du sentiment social dominant qui, pour autant que l'on puisse en juger à travers les diverses réactions à cette jurisprudence, était aussi favorable au contenu des principes généraux du droit invoqués qu'à l'utilisation qui en était faite par le juge administratif contre la volonté du législateur.

Il n'existe pas en France d'équivalent constitutionnel à cette jurisprudence, les décisions fondées sur des principes généraux du droit ne s'étant pas prononcées contre le constituant, mais plutôt en faveur du législateur ; la décision des 19 et 20 janvier 1981 *Sécurité et liberté* s'en rapproche dans la mesure où le principe du respect des droits de la défense a été opposé au législateur, pour déclarer non conforme à la Constitution une disposition permettant d'écarter de la salle d'audience un avocat troublant "la sérénité des débats" sans pour autant qu'il ait manqué aux obligations de son serment ; mais on ne peut dire que cette décision témoigne d'un conflit de logiques qui soit comparable à celui qui se manifeste, dans les arrêts évoqués, entre le Conseil d'Etat et le législateur.

Lorsque le Conseil constitutionnel²⁹⁷ a formulé des réserves d'interprétation à l'égard d'une disposition législative qui permettait au gouvernement de nommer, suivant le procédé dit du "tour extérieur", à l'emploi d'inspecteur général "sans condition autre que d'âge"²⁹⁸, il s'est appuyé sur l'art. 6 de la Déclaration de 1789, selon lequel tous les citoyens *sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leur talents* pour rappeler que si le gouvernement disposait d'un large pouvoir d'appréciation, en vertu de la loi, pour nommer à ces emplois, son choix des candidats devait être effectué en fonction des capacités nécessaires à l'exercice des attributions qui leur sont confiées. Cela a permis au Conseil d'Etat d'exercer un certain contrôle des nominations, et de censurer des nominations qui ne répondaient manifestement pas aux exigences de l'art. 6 de la DDH : les arrêts rendus par l'Assemblée du contentieux le 16 décembre 1988²⁹⁹ ont montré que l'on pouvait se livrer, en se plaçant sur le terrain de l'erreur manifeste d'appréciation, à une estimation des capacités requises des candidats sans pour autant dénaturer le principe du tour extérieur, qui correspond à la volonté d'introduire un "regard neuf", des expériences et des compétences diversifiées dans des corps de la haute

²⁹⁶ C.E. 17 avril 1953, *Falco et Vidailiac*, Rec. p. 175.

²⁹⁷ Décision n° 84-179 DC.

²⁹⁸ Art. 8 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 *relative à la limite d'âge dans la fonction publique*.

²⁹⁹ C.E. Ass. 16 décembre 1988, *Association générale des administrateurs civils et autres c/ M. Dupavillon, et M. Bleton et autres c/ M. Sarrazin*, AJDA 1989 p; 143-144.

fonction publique dont le recrutement habituel est marqué par une grande homogénéité académique et sociologique.

Là encore, la correspondance avec l'arrêt *Dame Lamotte* n'est qu'imparfaite, car d'une part, le juge constitutionnel dispose ici d'une solide référence textuelle à opposer au législateur, et d'autre part il se contente de fixer un cadre au pouvoir discrétionnaire, sans paralyser l'action de l'exécutif : les risques de conflit ne se situent qu'aux marges, contrairement à ce que l'on observait avec l'arrêt *Dame Lamotte*.

La décision *Sécurité et liberté* présente les droits de la défense comme "résultant" des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, mais on a vu que l'évocation des P.F.R.L.R. ne préjugeait ni de l'origine, ni de la nature exacte du principe en cause : ainsi le respect des droits de la défense peut-il, à la fois, être un *principe général du droit* de valeur constitutionnelle, et inspirer plusieurs *lois de la République* qui en consacrent des applications particulières (certains auteurs font également découler le principe du respect des droits de la défense de l'article 8 de la Déclaration de 1789, mais le Conseil constitutionnel ne s'y réfère pas expressément³⁰⁰), sans qu'il y ait de contradiction puisqu'un principe fondateur de l'ordre juridique, "écrit ou non" comme dirait le Tribunal fédéral, peut s'exprimer - et *s'imprimer* - dans des normes écrites diverses, sous ses différents aspects.

Au gré des espèces, le juge peut privilégier l'une ou l'autre des manifestations d'un même principe, montrant ainsi comment s'objective le code culturel dominant d'un système juridique (la surdétermination) : en donnant la préférence aux manifestations écrites d'un principe non écrit, il ne modifie pas la nature de ce principe, pas plus qu'il n'est victime d'une confusion entre les normes de référence ; il s'appuie simplement sur le droit positif dans ses expressions diverses pour en déduire les principes fondamentaux.

Naturellement, on peut regretter que le Conseil constitutionnel n'explique pas lui-même sa démarche intellectuelle, mais le "flottement du vocabulaire" qui lui est reproché doit être relativisé (il se peut, en outre, que l'emploi de certaines formules s'explique tout simplement par la reprise du vocabulaire des saisines, le Conseil estimant inutile de discuter des termes employés par les parlementaires lorsque cela n'a pas d'influence sur le fond).

La déclaration de non conformité à la Constitution de la disposition législative permettant d'écarter un avocat de la salle d'audience à la seule appréciation du président

300 Dans la décision 89-268 DC du 29 décembre 1989 *Loi de finances pour 1990*, par exemple, le Conseil constitutionnel semble mêler la référence à l'art. 8 et la référence aux PFRLR, mais la construction de ses phrases (notamment l'ordre dans lequel sont énumérés d'abord les normes de référence, puis les principes qui en découlent) peut aussi bien indiquer qu'il a souhaité distinguer les deux types de fondement :

Cons. 86 : Considérant que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que "la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée";

Cons. 87 : Considérant qu'il résulte de ces dispositions, comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe du respect des droits de la défense (souligné par nous);

de la juridiction³⁰¹ ne traduit pas un conflit de logiques entre le juge et l'auteur du texte de la loi tel que l'on puisse parler de transgression comme on l'a fait à propos des arrêts *Dame Lamotte* et *Falco et Vidailiac* du Conseil d'Etat : en censurant le législateur, le juge constitutionnel n'a pas appliqué à la norme de référence un code distinct de celui de l'auteur de cette norme, puisqu'il s'agissait d'une norme constitutionnelle et non législative, et que le législateur ne prétendait pas s'appuyer sur une quelconque disposition constitutionnelle. De plus, la conception des droits de la défense retenue par le juge correspondait manifestement à la conception dominante de l'ordre juridique, aucun commentateur n'ayant critiqué cet aspect de la décision malgré l'absence de référence à une loi de la République identifiée ; on peut seulement s'étonner que le législateur ait pu à ce point ignorer le code dominant en matière de droits de la défense.

Pour trouver au niveau constitutionnel des exemples de décisions transgressives, c'est-à-dire qui, feignant de respecter la lettre de la loi, en subvertissent l'esprit, il nous faut nous tourner, une fois encore, vers des décisions telles que *ponts à péage*, *maîtrise de l'immigration* ou, en Suisse, *Theresa Rohner*.

Ce dernier arrêt ne réalise d'ailleurs qu'une subversion relative : en interprétant les mots "Suisses" et "ressortissants du canton" comme incluant les hommes et les femmes, il ignore de manière flagrante l'esprit de la Constitution cantonale, que l'on considère son esprit historique ou son esprit actuel, puisque le suffrage féminin avait été refusé en 1990 par la Landsgemeinde (cette assemblée ne comprenait certes que les hommes du demi-canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures, mais des sondages révélaient, semble-t-il, que les femmes elles-mêmes étaient opposées à l'introduction du suffrage féminin dans le canton) ; mais d'un autre côté, il faut bien admettre que l'interprétation "contemporaine" imposée par le Tribunal fédéral correspondait autant à l'esprit "actuel" de la Constitution fédérale (exprimé notamment par la révision de 1981) qu'au code culturel dominant en Suisse en 1990. Le fait que cet arrêt viole par ailleurs une disposition fédérale expresse (la réserve du droit cantonal de l'art. 74 al. 4) n'a pas empêché qu'il soit presque unanimement salué, la forte adhésion au code culturel dominant excusant, en quelque sorte, la trahison du code culturel cantonal appenzellois, très minoritaire d'un point de vue national, et la violation de la règle fédérale écrite.

La décision *ponts à péage* n'a pas censuré le législateur, mais elle comporte des aspects transgressifs dans la mesure où le Conseil constitutionnel s'est écarté du code dominant en refusant de reconnaître la valeur constitutionnelle du principe de gratuité de la circulation. Il a déçu tous ceux qui estimaient que l'existence d'un principe constitutionnel de gratuité était solidement établie par d'importants textes de la période révolutionnaire (pensons à l'expression *décombres de la servitude* utilisée par l'Assemblée nationale en 1792 pour qualifier les péages), par les lois de quatre Républiques, et auquel même la loi déferée au Conseil constitutionnel en 1979 rendait hommage puisqu'elle se présentait explicitement comme une dérogation à la loi du 30 juillet 1880, de sorte que l'on peut considérer que malgré les apparences (l'absence de censure de la loi), le juge constitutionnel a transgressé l'esprit de tous les textes qu'il avait à prendre en considération, y compris celui du législateur contemporain. Mais s'il a ignoré le code culturel qui se manifestait à travers ces différents textes pour faire prévaloir le sien propre,

³⁰¹ Décision 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981 *Sécurité et liberté*

il est bien difficile de dire de quelles valeurs il s'est inspiré ; la pression du pouvoir ou de certains intérêts économiques ne représente même pas une explication suffisante car, comme nous l'avons remarqué, la reconnaissance du principe aurait pu s'accompagner de l'admission d'exceptions (aisément justifiable en ce qui concerne les quelques ponts concernés, possible pour les autoroutes), la formulation de la loi du 29 juin 1979 y invitait d'ailleurs.

La transgression de l'esprit des lois de la République se voit, dans cette décision, renforcée de la transgression de sa propre jurisprudence par le Conseil constitutionnel : il a, en effet, consacré comme "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" des principes ayant beaucoup moins d'assise textuelle ; cette double subversion ne défiant ni l'ordre établi, ni une fraction notable de l'opinion publique, elle était sans conséquences politiques ou juridiques immédiates, mais elle apparaît comme potentiellement destructrice de la crédibilité de l'institution du contrôle de constitutionnalité et, au-delà, de toute herméneutique juridique. Nous touchons certainement ici à une limite de ce que nous appelons le pouvoir créateur du juge : le pouvoir de substituer son propre code à celui du constituant ou du législateur, tel qu'il s'exprime dans les normes de référence directement applicables à l'espèce, n'est admissible que si le code de substitution s'exprime dans des normes supérieures ou, en l'absence de normes écrites, si le code de substitution est suffisamment dominant dans l'ordre juridique, et dans les deux cas il revient au juge d'objectiver ce code de substitution, soit en citant les sources écrites, soit en indiquant quels sont les éléments qui rendent une erreur *manifeste*, une atteinte *excessive* ou un principe *général*. Si le juge se trouve dans l'incapacité d'objectiver de manière convaincante le code auquel il adhère, il dépasse l'une des limites de son pouvoir.

La décision *maîtrise de l'immigration* est apparue d'emblée comme une décision transgressive, tous les commentateurs s'accordant à reconnaître que d'une part, elle était en contradiction avec l'esprit de la Convention de Schengen (la loi censurée demeurait compatible avec la lettre de ce texte, l'art. 29-4 réservant le droit des Etats de traiter les demandes d'asile, mais l'obligation de traitement par les autorités françaises, qui résultait de la décision du 13 août 1993, écartait totalement l'application du principe du traitement par l'Etat responsable au sens de la Convention), et que d'autre part, elle marquait une rupture avec la jurisprudence antérieure qui déniait à l'alinéa 4 du Préambule de 1946 toute portée directe et tout contenu propre. Cette décision nous présente l'occasion d'approfondir l'analyse de la surdétermination de la norme, et celle des moyens par lesquels on peut objectiver des codes concurrents entre eux, l'esprit de la règle contrôlée étant ici pris en considération au titre de la surdétermination, c'est-à-dire comme manifestation des valeurs qui imprègnent l'ordre juridique. L'expression d'une valeur à un niveau qui n'est que législatif n'est pas un obstacle, en soi, à sa reconnaissance constitutionnelle : elle peut venir conforter d'autres expressions, à des niveaux divers de l'ordre juridique, au point que l'on puisse en déduire l'existence d'un principe général du droit, sans que ce principe ait eu une expression formellement constitutionnelle avant sa consécration par le juge.

Une partie de la doctrine a soutenu que le changement de lecture du droit d'asile inscrit à l'alinéa 4 ne faisait que correspondre à une évolution démocratique des

conceptions dominantes en matière d'asile, à l'abandon d'une conception régaliennne et discrétionnaire d'un droit qui n'aurait été qu'une prérogative de l'Etat, en faveur d'une conception nouvelle reconnaissant un droit au traitement de leur demande aux étrangers se réclamant du droit d'asile. Les arrêts du Conseil d'Etat *Nkodia* et *Dakoury*, rendus en 1991, sont fréquemment évoqués comme traduisant juridiquement le nouveau code devant présider à la lecture de l'alinéa 4. Ces arrêts ne faisaient que consacrer un droit au séjour provisoire fondé sur la Convention de Genève, mais il est exact que dans ses conclusions, le commissaire du Gouvernement Abraham avait également proposé de fonder ce droit sur l'alinéa 4 du Préambule ; il n'allait pas jusqu'à attribuer un effet direct à cette disposition, mais il suggérait d'en dépasser la lettre et d'en pénétrer l'esprit pour "assurer au principe proclamé par le Préambule de la Constitution une portée effective". François Julien-Laferrère, commentant ces arrêts en 1992 et les mettant en relation avec une décision du 25 février 1992 du Conseil constitutionnel relative aux *conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, parvenait à déceler, malgré la portée en apparence limitée de cette dernière décision (qui ne visait que le maintien en zone de transit), les prémices de la transformation du droit d'asile, dans le droit public français, en un droit individuel, ce droit cessant alors de n'être qu'une "prérogative discrétionnaire des autorités de l'Etat"³⁰². L'avenir proche devait donner raison à M. Julien-Laferrère et à tous ceux qui, suivant l'expression de Louis Favoreu, avaient perçu le *changement de "dimension" qu'impliquait la nouvelle jurisprudence du Conseil d'Etat*, et qui estimaient que, "connaissant le souci de la jurisprudence constitutionnelle de ne pas s'éloigner sans raison déterminante de la jurisprudence administrative, il y aurait une évolution de l'attitude du Conseil constitutionnel"³⁰³.

L'évolution vers l'attribution d'un effet direct à l'alinéa 4 n'apparaissait pas directement dans les arrêts du Conseil d'Etat de 1991 ni dans la décision du Conseil constitutionnel de 1992, mais il est vrai qu'un observateur attentif pouvait la percevoir à la lecture des conclusions du commissaire du Gouvernement ; cette évolution s'inscrit bien dans le cadre d'un mouvement global, au sein des démocraties occidentales du moins, vers le renforcement des droits individuels face aux autorités étatiques, et vue sous cet angle, la décision *maîtrise de l'immigration* de 1993 n'est pas si transgressive : on ne peut dire qu'elle use d'un code de lecture déviant ou exagérément progressiste dans l'interprétation qu'elle fait de l'alinéa 4 (encore qu'elle semble ignorer que cet alinéa n'accorde le droit d'asile qu'aux hommes *persécutés en raison de (leur) action en faveur de la liberté*, ce qui, en pratique, aurait dû limiter beaucoup son champ d'application) ; on peut évidemment regretter que cette nouvelle lecture intervienne tardivement et assez mal à propos, mais on ne saurait reprocher, dans l'absolu, un revirement de jurisprudence favorable aux droits fondamentaux de l'individu (encore une fois, nous ne pouvons que regretter l'absence de motivation de la décision sur ce point).

La transgression devient plus perceptible quand on considère que le Conseil constitutionnel n'a pas distingué la situation du demandeur d'asile qui invoque son droit

³⁰² Note François JULIEN-LAFERRIERE sous les arrêts *Dakoury* et *Nkodia* du 13 décembre 1991, Dalloz 1992, Jurisprudence p. 448 à 452.

³⁰³ Il s'agit en l'occurrence, respectivement, de Bruno Genevois et de Franck Moderne, cités par Louis FAVOREU, in *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, RFDC 93, n° 15, p. 597.

au moment où il se réfugie en France, de celle d'étrangers qui, ayant pénétré sur le territoire de la République à un autre titre, (ou sans titre), n'invoquent le droit d'asile que plus tardivement, en réponse à une menace d'expulsion, ce qui ne peut manquer, selon nous, de faire naître des doutes quant à la réalité des persécutions alléguées dans le pays d'origine : on ne peut, sans contradiction, soutenir que la France aurait, conformément à une réputation bien établie de terre d'accueil, à se montrer digne de la confiance que les opprimés du monde entier placent en elle, et prétendre qu'un étranger persécuté dans son pays d'origine puisse pénétrer en France, avec un visa touristique par exemple, sans savoir qu'il devait se prévaloir du droit d'asile d'emblée, ou en croyant devoir dissimuler sa qualité de requérant d'asile.

Si l'on accepte volontiers l'idée qu'en 1993 on ait pu invoquer, au titre des valeurs dominantes de l'ordre juridique, la nécessité de garantir les droits fondamentaux d'une manière générale, et en particulier le droit d'asile, on ne peut faire abstraction des circonstances dans lesquelles la décision a été rendue : circonstances juridiques et politiques avec le traité de l'Union européenne et la convention de Schengen, circonstances de fait avec l'afflux en Europe de l'Ouest de réfugiés et de demandeurs d'asile dont il est difficile d'affirmer qu'ils soient tous persécutés pour leur action en faveur de la liberté. Les dispositions de l'accord de Schengen et les diverses législations nationales visant à encadrer l'immigration traduisent, elles aussi, un certain code culturel et un certain consensus, qui n'est qu'en apparence en contradiction avec le respect des droits fondamentaux³⁰⁴, et dont le juge constitutionnel aurait pu davantage tenir compte.

Au fond, le caractère transgressif qui s'attache à la décision *maîtrise de l'immigration* tient bien à l'insuffisante prise en considération des manifestations écrites d'un autre code, dominant lui aussi dans son domaine, code auquel les peuples de l'Union européenne ont marqué démocratiquement³⁰⁵ leur adhésion et qui implique à la fois que l'on accepte quelques limitations de souveraineté et que l'on fasse confiance aux institutions des autres États de l'Union. Cela a pu donner l'impression d'une partialité du juge, qui s'est comporté comme si l'application du principe de la responsabilité de l'Etat de premier accueil allait se traduire par le renvoi des demandeurs d'asile à leurs bourreaux, alors qu'il n'est pas contesté que le nombre des demandes d'asile était faible avant la fermeture des frontières à l'immigration économique. Peut-être une motivation plus nuancée, le recours à la technique des réserves d'interprétation plutôt que la déclaration de non conformité à la Constitution, la distinction entre les "combattants de la liberté" et les autres réfugiés, auraient-ils permis d'éviter la révision constitutionnelle : on ne peut se défaire de l'idée que le Conseil constitutionnel a, volontairement ou non, exacerbé l'opposition entre les exigences constitutionnelles et les exigences européennes en matière d'asile.

³⁰⁴ On peut certes soutenir que l'emploi des termes "droit d'asile" implique la reconnaissance d'un véritable droit, et non d'une faculté dont l'exercice est à la discrétion de l'Etat. Mais ce droit n'étant constitutionnellement reconnu qu'à un stade déjà avancé de la construction européenne, ne pouvait-il pas être compris comme pouvant désormais s'exercer indifféremment dans l'un ou l'autre des Etats signataires de la Convention, mais pas successivement dans plusieurs ?

³⁰⁵ Aussi démocratiquement que leurs institutions respectives le permettaient - en tous cas en dehors de toute crise intérieure, ou d'une contrainte extérieure quelconque.

L'intervention du constituant a montré que la lecture de l'alinéa 4 ne pouvait se faire à la seule lumière d'un code progressiste sans risquer d'apparaître comme une lecture de circonstance, dictée par d'autres motifs. Certes, pour les adversaires de l'approche "policière" de l'harmonisation européenne du droit d'asile, la légitimité de l'attitude du Conseil constitutionnel n'est pas douteuse, il a choisi le code de lecture de l'alinéa 4 que les circonstances, jugées menaçantes, imposaient. Après tout, quand la majorité s'égare, la transgression ne devient-elle pas un devoir ? Toute la difficulté consiste à distinguer le consensus légitime de celui qui ne l'est pas, et à la considérer isolément, la décision *maîtrise de l'immigration* ne serait pas apparue plus transgressive que d'autres ; il est normal qu'en présence de deux codes concurrents, mais d'une égale importance, le juge puisse donner la préférence à l'un d'eux s'il lui paraît suffisamment enraciné dans l'ordre juridique, et du point de vue de l'analyse systémale, des arguments sérieux existaient en faveur de l'attribution d'un effet direct à l'alinéa quatre. On ne peut donc dire que le Conseil ait imposé son propre code de lecture en l'absence de tout consensus sur les valeurs qu'il défendait et qu'il ait ainsi outrepassé ses fonctions. Ce sont surtout les circonstances de sa reconnaissance du droit d'asile qui lui ont donné un caractère transgressif, car quand on les considère globalement, on se demande si le Conseil n'aurait pas délibérément choisi, par une appréciation politique, de promouvoir des valeurs progressistes, mais minoritaires, en prenant le risque d'une collision frontale avec la majorité, alors que le droit d'asile n'était juridiquement pas menacé. Voulait-il, par ce geste spectaculaire³⁰⁶, témoigner de son souci de protection des opprimés ?

Ces exemples montrent l'importance qu'ont les valeurs quand il s'agit de donner une signification à une règle de droit écrite, et en même temps qu'il existe des limites objectives à la liberté de choix du juge parmi les valeurs. Cela nous amène à contester l'idée reçue qui voudrait que la liberté du juge devienne incontrôlable et sans limite dès qu'il quitte le terrain du droit écrit pour s'engager sur celui des valeurs, réputé flou et insaisissable. Au contraire, nous observons que plus il s'éloigne des textes, plus il prend soin de s'assurer que les valeurs ou principes sur lesquels il s'appuie sont l'objet d'un consensus suffisant. Ce n'est qu'en présence de textes qu'il se permet, à l'occasion, de transgresser le code de lecture que l'on attendait, usant de sa liberté de lecteur de la norme. Et le plus souvent, la transgression du code attendu s'opère au profit d'un autre code qui n'est pas dépourvu de pertinence non plus, même s'il ne correspond pas exactement au sentiment social dominant. Il est finalement assez exceptionnel de rencontrer des situations où le juge dissimule des choix politiques partisans ou personnels sous la référence à des valeurs juridiques ; cela ne signifie nullement que de telles considérations ne puissent intervenir, à des degrés divers, dans son raisonnement habituel, mais seulement que ce sont presque toujours des valeurs plus ou moins dominantes qui déterminent la solution retenue.

³⁰⁶ Pour Andrée LAJOIE, les valeurs minoritaires ou marginales devraient, pour être reçues dans le droit, se superposer au moins partiellement à celles de la majorité qui domine, et seraient d'autant plus facilement acceptées qu'elles n'emportent pas de conséquences pratiques. Une lecture forte du droit d'asile était, en soi, certainement acceptable par la majorité en France, mais son télescopage avec la Convention de Schengen l'était beaucoup moins ; quand aux conséquences pratiques, on ne peut dire quel bénéfice auraient pu en tirer les requérants d'asile, si les conséquences politiques et institutionnelles n'avaient été aussi spectaculaires. Voir A. Lajoie, *Jugements de valeurs*, P.U.F., Paris, 1997.

Notre analyse du consensus nécessaire à l'objectivation, par le juge, d'un élément du code culturel dominant nous conduit donc à distinguer ce consensus de celui qui s'établit, ou non, autour de la solution, des critères autres que juridiques pouvant en outre modifier l'appréciation portée sur le résultat : comme de nombreux auteurs l'ont observé, l'opinion publique s'attache principalement au résultat, au sens de la décision, et son assentiment ne saurait être tenu pour une garantie de la pertinence du raisonnement suivi par le juge ; en France, le législateur lui-même a montré qu'il était surtout sensible au résultat, et spécialement à ce qu'il considère comme un empiétement sur ses compétences, de sorte que, finalement, seule la communauté des juristes exprime "des attentes qui dépassent le seul résultat"³⁰⁷. Si l'on se place d'un point de vue juridique, le consensus sur les valeurs ayant présidé à l'adoption du jugement constitue certainement un meilleur indice de la légitimité de l'action du juge que le consensus accueillant la solution retenue, l'idéal étant bien-sûr que les deux soient réunis.

3. La légitimation par la logique fonctionnelle.

Lorsqu'il distingue les différentes figures du jugement³⁰⁸ et qu'il en propose une typologie, (transcription, transdiction, transgression), Gérard Timsit met en garde contre "la célébration un peu aveugle des nouvelles logiques du flou et de la variabilité" qui risque de consacrer des débordements et d'amener à "accepter ce qui, somme toute, pourrait aller exactement à l'encontre de la liberté". L'analyse qu'il fait des principes généraux du droit, "conçus comme un corps autonome de règles supérieures placées au-dessus du droit écrit positif et s'imposant à lui" l'amène à insister sur leur forte intégration au code culturel dominant, et à rejeter, à propos des jugements dits créateurs, "des analyses répandues aujourd'hui - par une sorte de perversion des travaux de certaines écoles doctrinales - sur la liberté totale du juge face à la norme qu'il doit lire, interpréter et exécuter". "Ilya", dit-il, "*une herméneutique juridique qui a ses règles. Elles en font -- au sens strict - une discipline pour le juge*"³⁰⁹. C'est une réalité qui s'est imposée à nous progressivement, à mesure que nous avançons dans notre étude, pour finir par nous convaincre que les rares décisions qui apparaissent visiblement créatrices ne résultent pas d'une démarche intellectuelle particulière, mais qu'elles résultent d'une démarche essentiellement interprétative. À ne voir un pouvoir créateur du juge que dans ces occasions exceptionnelles, on commettrait une méprise.

Comment expliquer pourquoi les décisions s'appuyant sur des principes généraux du droit paraissent substantiellement différentes des autres, alors qu'elles n'en diffèrent finalement que par l'absence de référence formelle à un texte déterminé ? Nous avons vu que les principes généraux n'étaient généralement pas plus éloignés des textes, considérés dans leur globalité, que ne le sont les principes que l'on affirme déduire d'une disposition écrite. Nous avons même vu qu'un principe identique pouvait, selon les circonstances, être rattaché à un texte ou présenté comme un principe autonome, sans que l'on sache

³⁰⁷ M. C. PONTTHOREAU, *op. cit.*, p. 170.

³⁰⁸ Gérard TIMSIT, *Les figures du jugement*, P.U.F., Paris, 1993, p. 167 et suivantes.

³⁰⁹ *Ibid.*

toujours si cela tenait au raisonnement suivi ou aux hasards de la rédaction de la décision. On ne peut nier l'importance symbolique, dans un système de droit écrit, de la référence aux textes, mais la prise en considération de la dimension symbolique ne doit pas conduire à croire en l'existence de deux démarches distinctes, dont l'une serait purement herméneutique, et l'autre serait celle d'une autorité publique qui crée de la réglementation³¹⁰. Peut-être cette vision dichotomique serait-elle moins répandue si la motivation des décisions était plus explicite, si le juge montrait combien les principes généraux auxquels il se réfère imprègnent le système juridique dans ses diverses composantes : droit interne ou international, droit comparé.

Il serait également souhaitable que le juge témoigne d'une rigueur intellectuelle plus constante, que ce soit dans ses démarches interprétatives des normes écrites ou lorsqu'il se réfère, comme le fait le juge fédéral suisse, à des opinions doctrinales, et qu'il s'efforce de prendre en considération l'ensemble des règles, valeurs et intérêts juridiques qui sont en jeu. À cet égard, peut-être pourrait-on s'inspirer, au niveau constitutionnel, de la jurisprudence développée depuis 1990, en matière administrative, par le Tribunal fédéral, à propos de la *coordination matérielle des décisions*³¹¹.

En effet, en raison, notamment, de l'important développement qu'a connu le droit de l'environnement, le juge fédéral s'est trouvé confronté, à la fin des années quatre-vingt, à des litiges d'une complexité croissante, qu'il n'était plus possible de trancher en se contentant de vérifier que l'administration agissait bien dans le respect des règles applicables à un stade déterminé de la procédure en cours. Il convenait donc d'inviter l'autorité administrative à prendre en considération de manière *coordonnée* l'ensemble des règles et principes susceptibles d'entrer en jeu dans une opération quelconque. Selon le juge fédéral suisse, cette exigence de coordination ne doit pas être envisagée dans une optique étroitement positiviste : elle s'étend au contrôle de la compatibilité d'un projet avec les objectifs de l'aménagement du territoire, et elle ouvre ainsi la perspective de vastes pesées d'intérêts qui rendent indispensable de recourir à une certaine méthodologie pour limiter, autant que possible, la place tenue par la subjectivité du juge dans sa démarche intellectuelle ; de l'avis du Professeur Morand, la méthodologie élaborée par le Tribunal fédéral statuant en matière administrative peut utilement servir la pesée des valeurs constitutionnelles. Nous ne pouvons donc manquer d'exposer, au moins brièvement, la démarche du juge helvétique (A), avant de rechercher dans quelle mesure elle pourrait répondre au souci d'une meilleure légitimation de l'action du juge constitutionnel français (B).

A - La coordination de l'application du droit de fond et de procédure par le juge suisse

³¹⁰ Paul Amselek, dans son article précité, semble réfuter l'identité des deux démarches ; peut-être privilégie-t-il, dans ce cas, l'affirmation volontaire, par le juge, de sa capacité à dire le droit en sa qualité d'autorité publique.

³¹¹ Le Professeur Morand invite à la transposition de cette jurisprudence au niveau constitutionnel dans sa contribution : Charles-Albert MORAND, "Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles", in : *De la Constitution, Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 57 à 75.

La série d'arrêts (rendus sur recours de droit administratif) relatifs à la coordination matérielle des décisions a été inaugurée par l'arrêt *Chrüzlen*,³¹² qui concernait le projet de création d'une décharge de grande envergure dans le canton de Zürich (environ 25000 mètres cubes compactés par an). La complexité procédurale de cette affaire ne permet pas d'en exposer ici le détail, mais on peut en retenir que la 1^{ère} Chambre de droit public a déclaré, à cette occasion, que lorsqu'un tel projet, en raison de ses dimensions et de son incidence sur la planification locale, ne peut être étudié correctement que dans le cadre d'une procédure d'aménagement du territoire, il est indispensable d'élaborer un *plan d'affectation* (comparable au *plan d'occupation des sols* français). Ce plan doit assurer l'application coordonnée des diverses prescriptions de fond ou de procédure applicables dans la mesure où elles sont étroitement connexes ; en l'espèce, l'examen de la conformité du projet aux dispositions sur la protection de l'environnement devait aussi porter sur sa compatibilité avec les objectifs de l'aménagement du territoire ; les autorités cantonales n'ayant pas pris cela en considération, le recours a été admis par le juge fédéral.

Cette jurisprudence a reçu depuis de nombreuses applications : ainsi, à propos de l'exploitation d'une gravière dans le canton de Vaud³¹³, qui avait été autorisée sans que soit accordé le permis de construire, en zone agricole, la piste provisoire prévue par l'exploitant et destinée à éviter, en partie, la traversée de la localité de Saint-Oyens par les camions, le Tribunal fédéral a considéré que l'autorité qui accorde une autorisation d'exploiter doit non seulement coordonner les différentes autorisations nécessaires à la réalisation d'un projet (en l'espèce, au regard des lois sur la protection des eaux et sur l'aménagement du territoire), mais également veiller à la coordination entre les autorisations à obtenir pour deux installations distinctes dont l'une est nécessaire à l'exploitation de l'autre, faisant observer qu'en principe, ces diverses décisions administratives devraient être notifiées simultanément ; l'exploitation de la gravière ne pouvait donc être autorisée indépendamment de la piste provisoire, et l'administration cantonale aurait dû suspendre sa décision sur la demande d'autorisation d'exploiter jusqu'à ce qu'un permis puisse être délivré pour la piste provisoire.

Une autre affaire significative³¹⁴ concerne la modification du *plan d'affectation* d'une commune, modification dont le but manifeste était de permettre l'extension d'une scierie, en affectant les fonds intéressés à l'artisanat et à l'industrie - alors qu'ils étaient jusque-là sans affectation et pour partie en zone agricole - et en leur attribuant le degré minimal de sensibilité au bruit, tout en semblant satisfaire les voisins en prévoyant, en limite de leur propriété, une zone de verdure faisant écran (au moins visuellement, car les riverains et l'exploitant de la scierie, selon les termes de l'arrêt, *furent longtemps en litige en raison des immissions*).

Le Tribunal fédéral a relevé l'existence d'un lien évident entre les arguments

³¹² ATF 116 Ib du 14 mars 1990, *Erben von X. und Mitbeteiligte gegen G., Gemeinden Egg und Oetwil am See und Regierungsrat des Kantons Zürich*. Cet arrêt est plus connu sous le nom de *Chrüzlen*, qui est celui du lieu-dit où le dépôt d'ordures devait être aménagé.

³¹³ ATF 119 Ib du 4 juin 1993, *B. et consorts c. L. SA, X., Saint-Oyens, commune et Vaud, Commission cantonale de recours en matière de construction*.

³¹⁴ ATF 121 Ib du 14 mars 1995, *N. et L. c. I., commune de Schänis et Conseil d'Etat du canton de Saint-Gall*.

relatifs à la protection de l'environnement et ceux qui concernent l'aménagement du territoire, comme c'est le cas de la critique d'une planification locale qui ignore la contradiction entre une zone d'habitation et une zone vouée à l'artisanat et à l'industrie, et de la contestation de l'intérêt public à un classement en zone à bâtir qui ne répond qu'à l'intérêt privé de l'exploitant de la scierie. Il a renvoyé la cause au tribunal administratif cantonal, après avoir précisé que les griefs qui relèvent de l'aménagement du territoire ne devaient pas être examinés séparément du droit de l'environnement : "il importe beaucoup plus d'examiner ensemble des mesures de planification qui ont des aspects relevant de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (au sens large, comme la protection de la nature, de l'eau et les intérêts de la pêche), et dont les intérêts divergents doivent être pesés les uns avec les autres dans le cadre d'une analyse approfondie"³¹⁵.

B - Les possibilités de transposition en droit constitutionnel.

Le raisonnement développé par le Professeur Morand l'est au premier chef dans le cadre suisse d'une justice constitutionnelle qui s'exerce suivant des procédures concrètes, dans lesquelles le juge prend en considération la situation particulière du requérant, mais à notre avis cela n'exclut pas que l'on puisse le transposer, *mutatis mutandis*, dans le cadre français : si effectivement la solution d'une affaire donnée peut, dans une procédure de type concret, dépendre étroitement des circonstances de fait qui l'entourent, les arguments juridiques qui sont exposés peuvent être d'un haut degré de généralité (la motivation des arrêts du Tribunal fédéral comporte fréquemment des développements abstraits). Inversement, les raisonnements qui sont à l'origine de décisions rendues suivant des procédures abstraites, comme c'est le cas en France, peuvent parfois tenir compte de circonstances de fait très précises (*Amendement Tour Eiffel, Dix de Renault*), et souvent s'appuyer sur une perception assez nette des possibles conséquences concrètes du choix du juge (*Ponts à péage, Visite des véhicules*). D'un point de vue méthodologique nous ne voyons donc pas d'obstacle à une certaine transposition en droit constitutionnel français, la représentation et la valorisation des intérêts, publics ou privés, qui auraient été négligés par le législateur, étant alors bien-sûr à la charge des parlementaires saisissants. Il est bien évident que la transposition ne peut être complète, le juge constitutionnel français devant jusqu'au terme de son raisonnement demeurer à un niveau de généralité assez élevé, et manquant souvent, mais pas toujours, de l'irremplaçable épreuve des faits, lorsqu'il s'agit d'une législation nouvelle ; mais la transposition peut être assez poussée pour servir utilement le raisonnement du juge.

Le Professeur Morand conçoit la méthodologie de pesée des valeurs constitutionnelles qu'il préconise comme un mécanisme d'application des principes constitutionnels, et non comme un mécanisme de formation pouvant servir à la création de nouvelles normes constitutionnelles ; mais nous pensons que dans l'optique de l'analyse systémale, la prise en considération des valeurs au titre de la surdétermination peut se faire indifféremment dans le cadre de la création du droit et dans le cadre de son application.

³¹⁵ Arrêt *Schänis*, cons. 3, JdT 1996, p.487.

Si des principes constitutionnels qui ne sont pas hiérarchisés doivent être coordonnés entre eux, ils peuvent, selon le Professeur Morand, l'être de la même manière que le sont les principes constitutionnels et légaux devant les juridictions administratives, à condition que trois exigences soient satisfaites :

- que toutes les valeurs et intérêts juridiques en jeu soient pris en considération ;
- que ces valeurs et intérêts soient pondérés ;
- qu'ils soient appréciés globalement.

Satisfaire à la première de ces exigences, la prise en compte de toutes les valeurs juridiques en jeu, n'est déjà pas si facile, surtout quand il s'agit de découvrir de nouveaux droits constitutionnels ou de développer des droits existants. Il est assez fréquent que le juge néglige, volontairement ou non, certaines valeurs, pour mieux justifier, pense-t-il, le résultat auquel il souhaite aboutir. Pour éviter cela, et pour faciliter l'inventaire des intérêts juridiques en présence, C.A. Morand propose deux moyens, l'un s'inspirant de la pratique de la Cour constitutionnelle allemande, l'autre de l'exemple américain.

La Cour de Karlsruhe, en effet, attend du législateur qu'il procède à une évaluation des avantages attendus et des diverses conséquences que la nouvelle législation pourrait avoir sur la jouissance des droits fondamentaux, lorsque des doutes existent à cet égard. Cette évaluation prospective, comparable aux études d'impact désormais familières en droit de l'environnement, obligerait le législateur à réfléchir aux inconvénients possibles des mesures qu'il s'apprête à adopter, et le conduirait probablement, en certains cas, à élaborer une législation mieux proportionnée aux buts qu'elle vise, avant toute censure du juge constitutionnel.

Aux Etats-Unis, l'inventaire des intérêts juridiques en présence dans une cause donnée est grandement facilité, en procédure administrative du moins, par l'élargissement de leurs possibilités de représentation devant le juge, par les personnes physiques ou morales qui s'en réclament. De plus, il est habituel, pour le juge américain, d'accepter des modes de participation informels, comme l'intervention des *amicus curiae*, qui concourent à une prise en considération plus complète des différentes valeurs en cause.

L'exigence de pondération des intérêts et des valeurs soulève d'importantes difficultés du fait de leur diversité, et les méthodes habituellement proposées, comme la théorie du bilan coût-avantages, présentent l'apparence d'une certaine rationalité, mais ne sont qu'une autre manière de poser le problème, sans fournir d'indication quant aux valeurs qui doivent l'emporter (C.A. Morand observe au passage combien l'analogie avec un bilan est trompeuse, *car dans un bilan on trouve des valeurs quantifiées et homogènes*, ce qui est rarement le cas dans le domaine juridique). L'attribution d'un poids aux différentes valeurs est certes une opération subjective, elle peut cependant être menée avec une certaine méthode et les juges ont l'habitude d'exprimer des préférences abstraites ou concrètes.

La préférence abstraite en faveur de la liberté, *in dubio pro libertate*, est la moindre que l'on puisse attendre du juge dans un État libéral ; il est possible que nous assistions à l'émergence, en droit administratif d'abord, d'une préférence abstraite en faveur de l'environnement par rapport à certains projets d'équipements publics, qui présentent évidemment un intérêt public incontestable (sinon la question serait facilement résolue), mais à propos desquels il subsiste un doute, face à l'étendue des atteintes irréversibles

que leur réalisation ferait subir au milieu environnant.

Les préférences concrètes peuvent jouer isolément ou se combiner à une préférence abstraite : par exemple, un projet d'autoroute peut, à la fois, ne présenter qu'un intérêt public limité, coûter un prix exorbitant, nuire au paysage et menacer gravement un environnement fragile. Il est alors évident que le juge confronté à ces intérêts contradictoires, mais dont chacun comporte des aspects publics et privés également respectables, doit faire jouer un principe de proportionnalité et vérifier si le sacrifice imposé aux uns est bien justifié par l'importance des autres. Comme le souligne le Professeur Morand, l'application du principe de proportionnalité conduit presque mécaniquement à la recherche de solutions alternatives, afin de vérifier si des atteintes moins graves aux intérêts menacés ne permettent pas d'atteindre un résultat pratiquement comparable à celui qui est recherché : si, dans le cas d'un projet autoroutier, le tracé envisagé, destiné à "désenclaver" quelques communes, à "compléter" un schéma de voirie, sans pour autant que l'on puisse se prévaloir de prévisions de trafic permettant d'espérer un amortissement (l'Etat voisin ayant officiellement renoncé à toute prolongation de la voie autoroutière sur son territoire), nécessite des travaux de grande envergure dans une région se voulant par ailleurs touristique, il est naturel de se demander si une amélioration suffisante de la circulation ne peut pas être obtenue par des aménagements ponctuels de la voirie existante. Si les éléments du dossier soumis au juge comportent des informations quant à l'existence d'une ou de plusieurs solutions alternatives, leur prise en considération est assez facile ; si ce n'est pas le cas, le juge peut-il exiger de l'administration ou du législateur l'examen de solutions alternatives ? Cela soulève, a priori, deux types de difficultés :

- des difficultés politiques, car aux yeux de ceux qui sont toujours prompts à brandir l'épouvantail du "gouvernement des juges", satisfaire une telle exigence aboutirait à ce que l'autorité judiciaire dicte sa conduite au législateur ou à l'administration.

- des difficultés concrètes, car en certaines matières il est difficile de savoir s'il est raisonnable d'imaginer qu'il puisse exister une alternative, lorsque rien dans le dossier ne le suggère. Il faudrait alors que le juge puisse ordonner des mesures d'instruction adaptées, chose à laquelle la juridiction constitutionnelle française n'est guère préparée.

Il nous semble que, dans la pratique, ces objections peuvent être assez facilement écartées, à condition de bien remettre cette démarche en perspective : il faut rappeler que l'on se place dans des hypothèses où des valeurs ou principes juridiques d'égale importance se trouvent en contradiction, ce qui, d'une part, n'est pas si fréquent, et, d'autre part, fonde le juge à résoudre cette contradiction en faisant pencher la balance dans l'un ou l'autre sens, sans se préoccuper de savoir si le sens choisi correspond bien à celui qui avait la préférence de l'autorité publique, mais au contraire en s'efforçant de ne considérer que les valeurs ou principes en cause. Si finalement le juge ne se laisse pas convaincre de la primauté de l'intérêt public avancé par l'autorité et qu'il motive sa préférence pour les intérêts opposés par le fait qu'il est manifestement possible de parvenir à un résultat équivalent, en manière d'intérêt public, en utilisant d'autres moyens qui ménagent davantage les autres intérêts, il ne "dicte" pas plus sa conduite à l'autorité publique que lorsqu'il annule purement et simplement une mesure pour "erreur manifeste d'appréciation" : il propose certes une solution de remplacement, mais on ne peut pas dire

qu'il l'impose, l'autorité pouvant tout aussi bien choisir de ne rien faire, ou de mettre à l'étude d'autres solutions qui tiennent compte des observations du juge.

Si l'objection politique tenant à l'atteinte au principe de la séparation des pouvoirs n'apparaît guère fondée, il est sans doute exact que le nombre d'hypothèses dans lesquelles le juge pourrait invoquer la possibilité de mesures alternatives à l'appui d'une déclaration de non conformité à la constitution soit plus restreint que le champ d'utilisation de la notion d'erreur manifeste d'appréciation ou que celui de l'atteinte au principe de proportionnalité, car l'autorité publique, ayant l'obligation (*de facto* ou *de jure*) d'établir des alternatives, aura naturellement tendance, chaque fois qu'elle le pourra, à diriger les études de telle sorte qu'aucune des autres solutions n'apparaisse vraiment susceptible de répondre à l'objectif d'intérêt public invoqué. Le juge ne pourra vraisemblablement recourir utilement à ce procédé que lorsque, sur une question donnée, des courants critiques traversent l'appareil d'Etat au point de se manifester, par exemple, par des rapports officiels dont la crédibilité égale celle du dossier monté par l'autorité publique dans le cadre de son projet particulier.

La troisième exigence formulée par C.A. Morand est celle de la pesée globale des intérêts : une fois les divers intérêts recensés aussi exhaustivement que possible, une fois leur pondération réalisée, il faut, avant de trancher, prendre en considération les particularités de l'espèce pour opérer une pesée globale, en distinguant les valeurs centrales et les valeurs périphériques, ces dernières ne devant intervenir que si les valeurs centrales s'équilibrent.

Pour illustrer cette distinction, l'auteur emprunte quelques exemples à la jurisprudence du Tribunal fédéral confrontant la liberté religieuse à l'accomplissement de devoirs civiques tels que l'assiduité de la fréquentation de l'école publique ; il reproche ainsi au juge fédéral d'avoir estimé³¹⁶ qu'une exemption totale des cours de natation accordée à des fillettes musulmanes ne mettait pas en péril l'ordre et l'efficacité de l'école, et d'avoir accordé ainsi un poids équivalent à une opinion religieuse très minoritaire, selon laquelle l'interdiction des bains en commun entre hommes et femmes, tirée du Coran, doit s'appliquer aussi aux jeunes filles non nubiles, et au *mandat que donne la Constitution de pourvoir à l'égalité entre hommes et femmes, en particulier dans les domaines de la famille, de l'instruction et du travail*.³¹⁷ Même si le juge ne peut trop s'aventurer sur le terrain théologique, il faut bien admettre que l'extension de l'interdiction des bains en commun aux fillettes (extension qui n'est, parmi les musulmans, que le fait des fondamentalistes) représente une règle très éloignée du centre de la croyance religieuse et n'a pas de rapport direct avec l'exercice du culte, tandis que le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes occupe une place centrale parmi les valeurs actuelles qui dominent l'ordre juridique des pays occidentaux (C.A. Morand voit *une collision frontale entre la liberté religieuse et le droit constitutionnel à l'égalité entre les hommes et les femmes*, car le Tribunal fédéral, en imposant aux autorités cantonales d'accorder des dispenses de natation à des jeunes filles, mais non à de jeunes garçons, *les oblige à prendre le sexe comme critère de classification* ; on peut ajouter que l'intérêt public à ce que les enfants des deux sexes reçoivent une

³¹⁶ ATF 119 Ia 178, A. und M. gegen Regierungsrat des Kantons Zürich.

³¹⁷ C. A. MORAND, art. précité p. 69.

éducation suffisante ne peut certainement pas être regardé comme périphérique, dans son principe au moins.

Le juge fédéral semble avoir estimé qu'une dispense de quelques cours de natation n'était pas, en soi, d'une gravité qui justifie que l'on mette en cause la liberté religieuse, et, de ce point de vue, il est vrai qu'au sein de l'école, la natation peut être considérée comme une activité marginale dans une discipline, l'éducation physique, qui est elle-même assez périphérique si on mesure son importance à la place qu'elle tient tant dans les horaires que dans l'appréciation des résultats scolaires des élèves. Il est également possible de tirer argument du fait que la pratique soutenue de disciplines sportives ou artistiques relève surtout du choix des familles, l'école publique n'ayant pas la vocation (ni la possibilité) de dispenser des enseignements qui permettent aux élèves de parvenir, dans ces domaines, à un niveau comparable à celui que l'on observe dans les clubs spécialisés ou, par exemple, dans les écoles de musique. Le statut périphérique des disciplines sportives dans l'école est souligné par le fait que les dispenses d'éducation physique pour raison médicale, partielles ou totales, sont assez libéralement accordées, et on pourrait penser que l'élève dispensé n'hypothèque guère la poursuite de sa scolarité, ni son épanouissement personnel, pour peu qu'il pratique, en dehors de l'école publique, les activités physiques ou artistiques de son choix. Mais si l'on se place sur le plan des principes, la perspective est toute autre : le fait, pour une fillette, de se voir interdire d'accompagner sa classe à la piscine, a certainement une valeur symbolique beaucoup plus importante que les quelques heures que cela représente dans l'emploi du temps de la classe, et aurait mérité d'être davantage pris en considération par le juge ; à notre sens, la même chose peut être dite du foulard islamique : sa dimension symbolique, quant à la place de la femme dans la société, dépasse de très loin la surface de tissu qui le constitue, et pourtant de nombreux auteurs n'y voient qu'un détail vestimentaire auquel il ne faut pas attacher une importance excessive. Le Professeur Morand lui-même est d'avis que le contexte de cette question est très différent de celui de l'exemption des cours de natation, car, selon lui, les autorités scolaires qui tolèrent le port du voile *ne participent pas à la création d'une discrimination entre hommes et femmes*³¹⁸, puisque leur attitude est purement passive : elles n'ont pas besoin de cautionner le port du foulard par une décision explicite, il leur suffit de le tolérer, et alors leur attitude n'est pas formellement discriminatoire. Cela suffit-il pour que l'on puisse alors considérer qu'en face de la liberté religieuse, il n'y a pas, comme précédemment, un droit fondamental (l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe,), mais simplement *un mandat extrêmement lâche de réaliser l'égalité entre hommes et femmes à l'école* (mandat tiré de l'art.4, al.2, 2^e phrase de la Constitution) ? La raison d'être du foulard n'est-elle pas précisément d'exprimer publiquement la *soumission* aux préceptes d'une religion ? Soumission, et non simplement adhésion, car cette expression vestimentaire ne concerne que les filles, les garçons appartenant à la même confession semblant beaucoup moins tenus de manifester extérieurement leur liberté religieuse, et dans la pratique l'imposition, par les parents, du port du voile, est presque toujours accompagnée, en ce qui concerne les jeunes filles scolarisées, de restrictions plus ou moins prononcées visant certaines activités ou certains contenus des programmes scolaires (outre la natation, on peut évoquer les voyages

³¹⁸ *Ibid.* p. 72.

scolaires ou l'étude de la reproduction en sciences naturelles). Le juge ne peut, en matière de voile pas plus qu'en matière de bains en commun, trop s'aventurer sur le plan théologique ; mais ne peut-il pas considérer également que l'obligation du port du foulard telle qu'on prétend l'appliquer aux jeunes filles n'a qu'une importance marginale dans la pratique religieuse, comme en témoigne le fait que seule une infime minorité de musulmans pratiquants l'impose à ses filles, non seulement parmi ceux qui vivent en Europe, mais également dans un certain nombre de pays où la religion musulmane est dominante ?

La tolérance sélective, de la part de l'école publique, vis-à-vis du port du voile (sélective car elle ne concerne que les jeunes filles musulmanes : les jeunes gens musulmans ne revendiquent pas le port de vêtements ou d'insignes particuliers à l'école, et, d'une manière générale, tous les élèves sont tenus de quitter leur coiffure en classe, qu'il s'agisse d'un béret basque ou d'une casquette américaine) ne constitue-t-elle pas une discrimination de fait plus importante encore que la dispense de quelques leçons de natation ?

On peut certes se montrer respectueux à l'égard d'usages vestimentaires s'écartant de nos standards, surtout lorsque ces usages sont indissociables de l'appartenance à une religion et à une culture particulières, comme le port du turban l'est pour les Sikhs, même si cela ne manque pas de soulever des difficultés lorsque, par exemple, les intéressés revendiquent en même temps le droit d'exercer l'activité salariée de leur choix au Royaume-Uni, y compris dans l'industrie agro-alimentaire et à des postes de travail qui requièrent des mesures d'hygiène particulières, ou quand ils considèrent que le port d'une casque ne saurait leur être imposé lorsqu'ils circulent à motocyclette. Bien que la Commission européenne des droits de l'homme ait admis la conformité de la réglementation britannique à la Convention, une exception aux règles de la circulation a été consentie par la suite, au Royaume-Uni, en faveur des Sikhs³¹⁹. Dans une autre affaire, la Commission a également justifié une ingérence par la nécessité de protéger la santé, d'une manière pouvant prêter à discussion, car ni la santé d'autrui, ni même celle du requérant, n'étaient véritablement en cause : un prisonnier sikh se plaignait d'avoir été puni à plusieurs reprises au motif qu'il avait refusé de nettoyer sa cellule, sa religion et sa culture lui interdisant de balayer. La Commission a admis que cela puisse porter atteinte aux droits énoncés à l'art. 9, § 1 de la Convention, mais également que l'ingérence était justifiée au regard de l'art. 9, § 2, car elle était prévue par la loi et devait être considérée comme nécessaire, dans une société démocratique, à la protection de la santé du requérant et des autres détenus³²⁰. S'il nous paraît parfaitement compatible avec la liberté individuelle d'imposer à une personne qui a choisi de travailler dans un domaine sensible à cet égard des mesures d'hygiène simples, qui ne mettent pas en cause l'intégrité physique (comme le fait de se laver fréquemment, de porter des gants, des blouses et des coiffures qui recouvrent totalement la chevelure) et dont l'importance pour la santé d'autrui est manifeste, il nous paraît beaucoup plus discutable d'invoquer la santé dans des circonstances où elle représente plus un alibi que la justification rationnelle de

319 Comm.E.D.H., D 7992/77, *X c/ Royaume-Uni*, 12 juillet 1978, DR, 14, p.234.

320 Commission européenne des droits de l'homme, D 8231/78, *X. c/ Royaume-Uni*, 6 mars 1982, DR, 28, p. 5.

l'ingérence : dans le cas du prisonnier, les nécessités de l'ordre intérieur inhérentes à ce genre d'établissement sont certainement des raisons bien plus convaincantes que la protection de la santé du requérant et des autres détenus ; pour ce qui est du motocycliste, le risque vital que court l'intéressé est nettement perceptible, mais nous retrouvons le même débat que dans le cas de la ceinture de sécurité pour les automobilistes : dans quelle mesure un État libéral peut-il imposer ou interdire, au nom de la santé, des comportements qui n'ont aucune incidence sur la santé d'autrui ?³²¹

Mais il ne faut pas perdre de vue que l'école publique ne peut se montrer trop tolérante à l'égard de pratiques discriminatoires sans manquer à ses devoirs essentiels, au premier rang desquels figure la promotion de l'égalité, et, à un certain moment, il faut choisir entre l'égalité et un usage vestimentaire qui est tout de même l'expression manifeste et intentionnelle de l'inégalité. Le choix devrait d'ailleurs être facilité par le fait que les instances représentatives de la religion musulmane en Europe n'ont jamais présenté le port du foulard à l'école comme une obligation religieuse.

Pourtant appliquée à un exemple qu'il propose, la méthodologie préconisée par C.A. Morand ne permet pas de faire pencher clairement la balance dans un sens ou dans l'autre : sur la question du foulard islamique, on peut estimer que cet accessoire vestimentaire ne représente qu'une exigence très périphérique par rapport au centre de la croyance religieuse, une exigence mineure qui doit donc s'effacer devant les autres valeurs en cause, alors que lui-même n'a pas fait cette analyse : il considère que si effectivement le foulard islamique n'est qu'un bout de tissu, *on ne voit pas en quoi* (son port) *constituerait en soi un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande* ; il y a, pour lui, équilibre entre la liberté religieuse et l'intérêt public à ne pas tolérer à l'école de signes distinctifs manifestant une discrimination privée entre jeunes gens et jeunes filles, de sorte qu'en vertu du principe *in dubio pro libertate*, une mesure d'interdiction devrait, en Suisse, être considérée comme inconstitutionnelle. Dans un arrêt récent³²² concernant la liberté religieuse d'une enseignante (une ressortissante suisse qui s'était convertie à l'islam) qui revendiquait le droit de porter, dans l'école primaire publique où elle enseignait, un "voile ou un foulard lui couvrant le cou et les cheveux", le Tribunal fédéral a jugé qu'un tel foulard constituait un *signe religieux évident* dont le port était, en outre, *difficilement conciliable avec le principe de l'égalité de traitement des sexes*, de sorte que les autorités cantonales de Genève (canton ayant opté pour une nette séparation de l'Église et de l'État, ce qui se traduit notamment par une laïcité marquée de l'enseignement public) pouvaient lui en interdire le port dans ses fonctions d'enseignante. Il est intéressant de relever que le juge fédéral distingue, parmi les signes extérieurs susceptibles de manifester l'appartenance d'une personne à une religion, des signes discrets, comme *un petit bijou*, et des signes forts comme *la soutane, la kippa* et bien-sûr

³²¹ L'argument tiré du coût social de la plus grande gravité supposée des accidents, dans l'hypothèse où l'on renoncerait à l'obligation du port du casque ou de la ceinture de sécurité, est lui-même discutable : quel pourcentage des usagers y renoncerait vraiment ? Ne voit-on pas de nombreux cyclistes, grimpeurs et alpinistes porter des casques alors que rien ne les y oblige ? Ne voit-on pas, paradoxalement, de jeunes possesseurs de petits bolides équiper spécialement leur véhicule d'arceaux "de sécurité" et de ceintures à six points d'ancrage, ce qui devrait en théorie les mettre davantage à l'abri des collisions, pour ensuite aller alimenter avec une fréquence accablante la chronique des faits divers et les statistiques de mortalité ?

³²² ATF 123 I 296, 12 novembre 1997, X c. Conseil d'État du canton de Genève.

le foulard, laissant entendre que le port de signes discrets pourrait être admissible sous l'angle de la proportionnalité.

L'argument qui est invoqué *in fine* par le Tribunal fédéral mérite d'être cité : *On peut enfin noter qu'il est difficilement concevable d'interdire la pose du crucifix dans une école publique et d'admettre que les maîtres portent eux-mêmes des symboles religieux forts, peu importe de quelle confession.* En France, on voit des courants de pensée qui s'opposent à la présence du crucifix revendiquer, au moins pour les élèves, le droit au port du foulard, alors qu'une de leurs objections majeures à la présence du crucifix tient à ce que les élèves de confessions autres que catholique et les élèves sans confession pourraient être heurtés à la vue de ce symbole, à l'exposition duquel ils seraient quotidiennement soumis. Ils refusent visiblement d'admettre que l'on puisse être heurté par le spectacle quotidien d'un symbole autrement fort, puisqu'il ajoute une discrimination sexuelle frappante à la signification religieuse.

Peut-être la question, particulièrement délicate, du port du foulard en classe par des élèves, pourrait-elle être résolue par une transposition du raisonnement suivi par le Tribunal fédéral en 1965 lors de la confrontation de la liberté de la langue à l'intérêt constitutionnel à ce que les immigrants s'assimilent par la langue : il avait alors jugé que si des élèves, pour lesquels un séjour permanent dans le canton de Zurich était exclu ou invraisemblable, pouvaient être admis à fréquenter une école de langue française, il n'était pas conforme à l'intérêt au maintien de l'homogénéité linguistique du canton d'autoriser les autres élèves à le faire. Sans aller jusqu'à distinguer, parmi les étrangers, ceux qui ne séjournent que de manière transitoire et ceux qui paraissent voués à une installation durable, on pourrait considérer que ceux qui attachent une importance si grande aux divers préceptes qu'ils affirment tirer du Coran qu'ils en viennent à entrer en conflit avec les autorités scolaires, devraient oeuvrer à la création d'une école privée confessionnelle, seule véritable réponse à leur invocation de la liberté religieuse dans l'enseignement. On objectera immédiatement que cela aboutirait à renforcer la discrimination et l'emprise des fondamentalistes sur les élèves. Nous répondrons d'abord que c'est un risque nécessaire dès que l'on reconnaît la liberté de l'enseignement : comment oserait-on s'opposer à l'existence d'écoles islamiques alors qu'il existe tant d'établissements confessionnels ? Nous ajouterons que c'est, au surplus, un risque essentiellement théorique : dans des pays comme la France ou la Suisse, où la communauté musulmane, dans son écrasante majorité, scolarise ses enfants à l'école publique sans manifester de mécontentement (il n'est pas rare, d'ailleurs, que, pour des raisons diverses, des parents musulmans inscrivent volontairement leurs enfants dans des institutions catholiques, sans toutefois leur y faire suivre d'éventuels cours d'instruction religieuse), elle ne serait probablement pas disposée à financer des établissements particuliers pour complaire à quelques fondamentalistes qui paraissent animés par des arrière-pensées politiques plutôt que la préoccupation de se comporter en vrais croyants. Dans une approche se voulant pragmatique de cette question, il faut bien prendre en considération les manipulations, souvent assez apparentes, qui sont à l'origine de la plupart de ces affaires.

Ainsi cette méthodologie ne permet-elle pas, à coup sûr, de trancher tous les cas difficiles, mais elle nous semble suffisamment efficiente pour que l'on puisse, en l'adoptant, faire progresser la rationalisation de la pesée des valeurs constitutionnelles.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Il s'agissait pour nous de mettre en évidence trois aspects de l'activité du juge constitutionnel :

- elle comporte nécessairement une part de création, quel que soit le nom que l'on donne à cela.

- la création ne se manifeste pas qu'à travers les principes non écrits : s'ils sont les plus spectaculaires, ils sont en pratique rarement utilisés, et leur contenu est fortement déterminé par des valeurs qui s'expriment largement à des niveaux divers de l'ordre juridique, national ou international. Elle se manifeste beaucoup plus fréquemment à l'occasion de l'interprétation de dispositions constitutionnelles écrites qu'il s'agit de concrétiser, ou de combiner entre elles si elles sont en contradiction, et également (même si cela paraît moins visible) lorsque le juge habilite sa création de la référence à un texte ayant, si possible, une vague parenté d'objet avec le problème qu'il a à résoudre.

- la part de création (ou de "concrétisation") qui revient au juge constitutionnel n'a rien de scandaleux au regard des principes démocratiques si elle est menée avec rigueur intellectuelle, en prenant soin de peser méthodiquement toutes les valeurs qui sont en cause, et si l'on veut bien admettre, dans le cas français, que d'une part, le législateur n'incarne pas infailliblement la volonté générale, et d'autre part, qu'il est possible de remédier à d'éventuels excès du juge constitutionnel en appelant le constituant à se prononcer.

En décrivant l'activité créatrice du juge constitutionnel helvétique, notre étude avait pour but de développer une réflexion sur le pouvoir créateur en général qui puisse servir le droit public français. Cependant l'analyse théorique de la jurisprudence créatrice n'exclut nullement que certains éléments propres au droit public suisse soient reçus en droit français : ainsi les différents modes d'expression de la volonté populaire et la conception de la citoyenneté que l'on observe en Suisse nous montrent que des progrès sont possibles, en France, dans ces domaines, sans que l'on se heurte à

d'infranchissables limites tenant à la nature humaine en général³²³ ; mais bien-sûr leur transposition pure et simple n'est qu'un rêve aux yeux du juriste (et du citoyen) français (c'est peut-être même, d'ailleurs, un cauchemar pour certains).

On n'imagine pas non plus que l'on puisse trouver, dans un avenir prévisible, l'expression "droit non écrit" sous la plume du juge constitutionnel français, mais il serait souhaitable que recule l'hypocrisie qui consiste à nier toute activité créatrice du juge dès lors que ce dernier invoque une quelconque disposition écrite, sans rechercher si celle-ci constitue bien un fondement pertinent à la décision rendue : en acceptant une telle hypocrisie, la doctrine trahit sa mission et elle incite le juge à négliger la motivation, et donc la justification, de ses choix.

Un développement du contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel pourrait utilement s'inspirer du modèle suisse : même si le contrôle de constitutionnalité s'exerce en France *in abstracto*, il nous semble que la méthodologie développée par le Tribunal fédéral et la doctrine suisse est directement transposable à certaines des opérations de pesée d'intérêts constitutionnels auxquelles se livre le juge français, en particulier à celles dans lesquelles les conséquences concrètes de la législation sont assez clairement accessibles au juge (on peut citer, à titre d'exemples, le problème de la grève dans les services publics ou la législation de la presse et de l'audiovisuel).

L'introduction d'une recherche d'éventuelles solutions alternatives à la législation contestée devant le juge, si choquante qu'elle puisse paraître aujourd'hui en France, nous semble pourtant indispensable dans un pays trop enclin à mettre à profit des alternances politiques ou des événements mineurs pour réagir par une législation de circonstance qui se révèle le plus souvent inappropriée à son objet, quand elle n'est pas simplement inapplicable. Une censure judiciaire du législateur par le juge constitutionnel ne vaut-elle pas mieux qu'une législation inappliquée, ou qu'une succession de lois de circonstance qui se contredisent et dont chacune ajoute à l'insécurité juridique un discrédit supplémentaire de la loi ?

Il nous semble également que la motivation et la rédaction (choses qui sont, jusqu'à un certain point, liées) des décisions de juge constitutionnel suisse pourraient utilement inspirer son homologue français : en effet, en s'allongeant, les décisions rendues rue Montpensier ne gagnent malheureusement pas en clarté, et le laconisme de leur motivation, s'il produit, à l'occasion, un effet de majesté propre à asseoir l'autorité de l'institution (ce qui n'est pas forcément négligeable en certaines circonstances), entretient à la longue une grande incertitude quant à la pensée du juge, ce qui incite les auteurs des saisines à "faire feu de tout bois" en multipliant les moyens

³²³ Il est en France une objection répandue, suivant laquelle la démocratie directe ou semi-directe serait à la fois impraticable dans ses mécanismes, et illusoire et décevante dans ses effets, le peuple en général se montrant peu intéressé par les affaires communes et porté à des choix inspirés par la démagogie. Lorsque l'on rappelle l'existence de l'exemple suisse, on objecte alors que "c'est un petit pays" et que "le tempérament français" s'opposerait au bon fonctionnement d'institutions plus démocratiques qu'elles ne le sont actuellement. A la différence des fatalistes qui pensent qu'un peuple a, au fond, la législation qu'il mérite, nous sommes convaincu que "nature humaine" et "tempérament" d'une part, et cadre juridique d'autre part, agissent récioproquement l'un sur l'autre, et qu'en conséquence une législation a, malgré la "nature humaine" telle qu'elle se présente sur le territoire de l'ancienne Gaule, d'autant plus de chances d'être respectée qu'elle est elle-même *respectable*, c'est-à-dire de nature à inspirer le respect par sa sagesse.

d'inconstitutionnalité, plutôt qu'à se concentrer sur ceux qui seraient les plus pertinents, ce qui, à leurs yeux, augmente la probabilité de voir leur saisine aboutir, mais a pour effet regrettable de rendre les décisions d'autant moins lisibles que le Conseil constitutionnel s'astreint à répondre à chacun des moyens soulevés sans développer la discussion des arguments essentiels. Au contraire, la manière dont le Tribunal fédéral répond aux moyens qui lui sont présentés, en s'appuyant au besoin sur des opinions doctrinales ou sur des commentaires de sa propre jurisprudence, nous paraît contribuer puissamment à la lisibilité de ses arrêts, à la productivité du débat juridique, et, au delà, à la qualité du droit constitutionnel substantiel.

Nous avons tenté de mettre en évidence le fait que le pouvoir créateur du juge constitutionnel se manifestait fréquemment à l'occasion de l'application des normes écrites et pas seulement dans les cas, assez rares, où il ne se réfère qu'à des principes plus ou moins évasifs, et qu'il convenait donc de revoir radicalement l'approche habituelle de cette question, l'analyse systématique du Professeur Timsit nous paraissant un outil adapté.

Une meilleure perception des rôles respectifs du législateur et du juge pourrait d'ailleurs servir, à travers les diverses juridictions administratives et judiciaires, l'unité de l'ordre juridique, si l'on voulait bien porter un regard neuf sur cette étrange règle non écrite de la loi-écran qui veut, en France, que le juge ordinaire applique une loi inconstitutionnelle, qui est considérée comme expression de la souveraineté sous prétexte qu'elle a été votée par les représentants de la Nation, alors que la Constitution a pourtant bien été adoptée par le peuple lui-même.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

1) Articles de périodiques

AGUILA Yann : *Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle*, RFDC 1995, p. 9 à 46. ✕

AMSELEK Paul : *Ontologie du droit et logique déontique*, RDP 1992, p. 1005 à 1042.

ATIAS Christian et LINOTTE Didier : *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, Dalloz 1977, p. 254.

AVRIL Pierre : *Les "conventions de la Constitution"*, RFDC, 1993, p. 327.

DI MANNO Thierry : *Chronique de contentieux constitutionnel 1995*, RFDC 1996, p. 576.

FAURE Bertrand : *Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique?* RFDC, 1996, p. 47 à 77. ✕

FAVOREU Louis : *Droit de la Constitution et constitution du droit*, Revue française de Droit Constitutionnel, 1990.

FAVOREU Louis : *commentaire de l'arrêt du Conseil d'État Moussa Koné*, RFDA, 12, septembre-octobre 1996, p. 882 à 885.

FAVOREU Louis : *Chronique constitutionnelle française*, RDP 1979, p. 1694.

FAVOREU Louis : *Commentaire de la décision 352 DC*, RFDC 1995, p. 370.

FAVOREU Louis : *Commentaire de la décision 93-325 DC*, RFDC 1993, p. 597.

FAVOREU Louis, PHILIP Louis : *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 4ème édition, Paris : Sirey 1986.

FRANCK Claude : *note sous la décision 89-258 DC du 8 juillet 1989*, JCP 1990, 21409.

FROMONT Michel : *République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 1994 et 1995*, RDP 2-1997, Chroniques étrangères, p. 348.

FOURNIER, BRAIBANT : *Chronique de jurisprudence*, AJDA 1956 II, p. 400.

HAMON L. : *Grève et continuité du service public*, Dalloz 1980, chronique p.333.

JULIEN-LAFERRIERE François : *Note sous les arrêts Dakoury et Nkodia du 13 décembre 1991*, Dalloz 1992, p. 452.

LOSCHAK D. : *Le Conseil constitutionnel*, Pouvoirs n°13, 1980, p.40.

LUCHAIRE François : *De la méthode en droit constitutionnel*, RDP, 1981, p. 275 à 329. ✕

MAUS Didier : *La pratique institutionnelle française 1er octobre- 30 décembre 1993*, RFDC 1994, p. 87.

MORANGE Georges : *Réflexions sur la notion de sécurité publique*, Dalloz 1977, Chronique p. 61 à 66.

RENOUX Thierry : *Commentaire de la décision 316 DC*, RFDC 1993, p. 381.

ROUSSEAU D. : *Une résurrection : la notion de Constitution*, RDP 1 1990 p. 5 à 22.

TEITGEN-COLLY Catherine : *Le principe de gratuité de la circulation*, chronique administrative française, RDP 1982-2, p. 1081 à 1111.

TEITGEN-COLLY Catherine : *Le droit d'asile : la fin des illusions*, AJDA, 1994, p. 108.

TRÉMAU Jérôme : *Commentaire de la décision 94-347 DC*, RFDC 1994, p. 828.

TROPER Michel : *Justice constitutionnelle et démocratie*, RFDC 1990, p. 37.

VEDEL G. : *Le précédent judiciaire en droit public français*, RIDC, vol.6, 1984, p. 283

2) Ouvrages, chapitre d'un ouvrage collectif

AUBERT Jean François : *Traité de Droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, 1967.

AUER Andres : *Le droit à des conditions minimales d'existence : un nouveau droit social ?* in *Problèmes actuels de droit économique, Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1997.

BERNHARDT Rudolf : *Les sources du droit communautaire : la "constitution" de la Communauté*, in *Trente ans de droit communautaire*, Office des publications officielles des communautés européennes, Luxembourg, 1982.

CAPPELLETI Mauro : *Le pouvoir des juges*, Paris, Economica, 1990

GADAMER Hans-Georg : *Vérité et méthode*, Paris, Seuil, 1976.

GENEVOIS Bruno : *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*. Paris, Éditions S.T.H, 1988.

HAYEK F.A. : *Droit, législation et liberté*, Paris, PUF, 1986.

JOUANJAN Olivier : *Le principe d'égalité devant la loi dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande*, Paris, Economica, 1992.

KELSEN Hans : *La Théorie Pure du Droit*, Paris, Dalloz, 1962.

LAJOIE Andrée : *Jugements de valeurs*, PUF, Paris, 1997. ✕

MORAND Charles-Albert : *Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles*, in : *De la Constitution, Études en l'honneur de Jean -François Aubert*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 57.

PERELMAN Chaim : *Ethique et droit*, Bruxelles, Éd. de l'Université, 1990.

PONTHOREAU Marie-Claire : *La reconnaissance des droits non écrits par les cours constitutionnelles italienne et française*, Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel, Paris, Economica, 1994.

RADCLIFFE (Lord) : *Not in Feather Beds. Some Collected Papers*, London, Hamish Hamilton, 1968.

RIVERO Jean : *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Economica, Paris, 1987.

ROSSINELLI Michel : *Les libertés non écrites*, Lausanne, Payot, 1987.

TIMSIT Gérard : *Les noms de la loi*, Paris, P.U.F. 1991.

TIMSIT Gérard : *Les figures du jugement*, Paris, PUF, 1993.

VEDEL G. : *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Les Cours du Droit, 1961.

VEDEL G., DEVOLVÉ P. : *Droit administratif*, tome 1, Thémis, PUF, Paris 1990.

3) Congrès, colloques et conférences

HAMON L. : (*Colloque*) *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, PUF, 1989, p. 69.

LAJOIE Andrée : *La surdétermination et les valeurs minoritaires ou marginales*, communication à l'I.K.B., Genève et Sion, inédite à ce jour.

RIGAUX François : *Le juge, arbitre de la certitude du droit*, conférence, CRDP Université de Montréal

4) Thèses

BÉCHILLON Denis de : *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Pau, 1993.

CAPITANT David : *Les normes constitutionnelles non écrites en France et en Suisse*, mémoire de D.E.A, Paris I, 1991.



RÉSUMÉ : Le Tribunal fédéral suisse a consacré explicitement des règles de "droit non écrit" sans que cela ne soulève d'objection majeure sur le plan juridique ou politique. Le Conseil constitutionnel français s'efforce, au contraire, de s'appuyer autant qu'il le peut sur des dispositions écrites, car son pouvoir créateur est vivement contesté, mais cela conduit inévitablement à ce que le rattachement apparaisse pour ce qu'il est : artificiel et forcé.

En prenant en considération le contenu des principes constitutionnels et pas seulement leur dénomination, on peut montrer qu'un réel pouvoir créateur du juge se manifeste bien plus fréquemment à l'occasion de l'interprétation de dispositions écrites que dans les rares cas où le juge se permet de consacrer explicitement une règle prétorienne, car il ne s'y hasarde que s'il peut s'appuyer sur des valeurs largement partagées dans la société et s'il est assuré de rencontrer un assez large consensus.

Cela doit conduire à remettre en question les analyses habituelles du pouvoir créateur qui se satisfont trop souvent des apparences, c'est-à-dire des justifications purement formelles avancées par le juge, tandis que, du côté français, les rôles respectifs du législateur, du juge constitutionnel et du constituant doivent être remis en perspective à la lumière de la théorie démocratique.

L'interprétation, même créatrice, peut être menée d'une manière plus rigoureuse qu'on ne le pense généralement, pour peu que l'on se conforme aux valeurs qui imprègnent l'ordre juridique en s'appuyant sur une méthodologie qui permette d'assurer une application cohérente des principes souvent contradictoires que l'on rencontre dans les litiges constitutionnels. Le développement d'une rationalité procédurale doit faire reculer la part inévitable d'appréciation politique.

MOTS-CLÉS : Pouvoir créateur du juge (constitutionnel) - Droit non-écrit - Principes constitutionnels - Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République - Valeurs constitutionnelles (pesée des) - Principes généraux du droit - Interprétation - Tribunal fédéral (suisse) - Conseil constitutionnel (français) - Souveraineté de la loi (mise en cause de la) - Contrôle du législateur - Contrôle juridictionnel des lois et démocratie - Analyse systémale -