

LOUIS FAVOREU

## *L'apport du Conseil constitutionnel au droit public*

Au cours des dix dernières années, le droit public français a entrepris une mutation si importante que l'on pourra bientôt parler de « révolution » : non pas de la révolution que l'on avait cru déceler au sein de l'article 34 de la Constitution et dont le P<sup>r</sup> Rivero, tirant les conclusions du Colloque d'Aix-en-Provence, a montré de manière définitive qu'elle n'avait pas eu lieu (1) ; mais d'un bouleversement beaucoup plus sérieux qui touche aux bases mêmes de notre droit public, telles qu'elles avaient été établies au XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle. Et le responsable de ce changement fondamental qui est en train de s'opérer est une institution si peu considérée à ses débuts qu'elle était — et demeure assez souvent — reléguée à l'extrême bout des manuels de droit constitutionnel en compagnie et égalité avec la Haute Cour de justice dont on connaît la place qu'elle occupe en droit positif.

Le sujet qui est à traiter est donc d'une grande richesse et les quelques réflexions qui vont suivre n'ont pour ambition que d'en susciter d'autres et de provoquer des recherches plus approfondies, alors surtout que nous ne sommes qu'au commencement d'un processus, dont nous avons dit début 1975 que les potentialités étaient considérables.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les conséquences

(1) « Au terme de ce bilan, la conclusion, me semble-t-il, s'impose : la révolution était possible, la révolution n'a pas eu lieu. » Actes du Colloque d'Aix-en-Provence, *Le domaine de la Loi et du règlement*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, novembre 1978, p. 263.

qu'elle entraîne dans l'ensemble de l'ordre juridique — conséquences que l'on pourrait illustrer par une simple image, celle de la coloration progressive des branches du droit par le « Constitutionnel » (2) — conduisent tout d'abord à reconsidérer les données fondamentales du droit public et imposent ensuite progressivement l'idée selon laquelle on assiste à une sorte de réunification du droit public.

#### I. — LE BOULEVERSEMENT DES DONNÉES FONDAMENTALES DU DROIT PUBLIC

On avait annoncé un bouleversement des données du droit public classique en 1958, avec l'intervention de la nouvelle Constitution et notamment des célèbres articles 34 et 37. En fait, ce bouleversement a eu lieu, mais quelques années plus tard et ce n'était pas celui qu'on avait prévu car bien peu avaient cru à l'instauration d'un nouveau système juridique dans lequel la norme constitutionnelle aurait de manière effective une place prépondérante et essentielle, et entraînerait la transformation du principe de légalité, la reconstitution de la hiérarchie des normes et la reconsidération des sources du droit.

A) *Le principe de légalité est désormais complété, sinon remplacé, par ce que nous avons appelé le « principe de constitutionnalité » (3).*

On peut s'interroger sur la signification exacte du principe de légalité et, par suite, sur ses rapports avec le principe de constitutionnalité : si, en effet, le principe de légalité est entendu au sens strict comme le rapport de conformité (ou de compatibilité) entre les règles ou les comportements d'autorités inférieures avec la loi votée par le Parlement, le principe de constitutionnalité le complète ; si le principe de légalité est entendu au sens large comme un rapport de conformité au droit, c'est-à-dire à la norme supérieure, quelle que soit sa source, le principe de constitutionnalité peut être considéré comme se substituant au premier en lui donnant une nouvelle dimension.

Au-delà des problèmes de terminologie, le fait important est que, par une conception extensive de la notion de Constitution, le Conseil constitutionnel a donné valeur de droit positif à des dispositions ou des principes que l'on croyait « endormis » à jamais ou insusceptibles

(2) Cf. notre étude dans les *Mélanges Léo Hamon*.

(3) *Mélanges Eisenmann*, p. 33.

d'application (4) : Déclaration des droits de l'homme de 1789, principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, Préambules de 1958 et de 1946 (avec notamment les « principes particulièrement nécessaires à notre temps ») et même principes généraux dégagés sans référence textuelle précise, c'est-à-dire une masse de « principes ou dispositions à valeur constitutionnelle » qui, s'ajoutant aux dispositions directement applicables du texte même de la Constitution, viennent enrichir considérablement ce que l'on appelle la norme ou terme de référence dans le rapport de conformité ou de compatibilité. Et ceci n'a pas seulement une influence sur la densité et l'efficacité du contrôle des lois par le Conseil constitutionnel, mais aussi sur l'étendue du contrôle des actes administratifs par le juge administratif et même sur l'appréciation des actes des personnes privées par le juge judiciaire : en effet, par exemple, dès lors que la liberté de l'enseignement, telle que l'a définie le Conseil constitutionnel et telle qu'il l'a conciliée avec la liberté de conscience, dans sa décision du 23 novembre 1977, a valeur de règle de droit positif, le juge ordinaire, tant administratif que judiciaire, doit la considérer comme faisant partie du droit applicable dans les litiges qui lui sont soumis (5). Autre exemple : si la liberté du mariage est un droit fondamental constitutionnellement protégé, ni le juge administratif ni le juge judiciaire ne pourront accepter qu'il soit méconnu ou qu'il y soit dérogé (6).

Comme désormais, dans tout litige relatif aux individus, la « dimension » constitutionnelle ne pourra être négligée, l'enrichissement du bloc de constitutionnalité aura nécessairement des répercussions sur le droit applicable par le juge ordinaire, même judiciaire. Ainsi, non seulement le principe de légalité se densifie ou se transforme, mais encore il voit sa fonction s'élargir. Le changement n'est pas seulement quantitatif, il est aussi qualitatif.

Pour résumer simplement ce qui vient d'être dit, on constatera que l'Etat de droit est désormais complet en France, c'est-à-dire que les individus, l'administration, mais aussi les Pouvoirs publics, y compris le Parlement, sont soumis au respect de la règle de droit, et que cette règle de droit comporte et comportera de plus en plus,

(4) Processus déclenché, rappelons-le, par la décision du 19 juin 1970 et consacré de manière éclatante par celle du 16 juillet 1971 (voir *GD*, 2<sup>e</sup> éd., p. 244).

(5) Sur cette question, voir *Les Grandes Décisions*, 2<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 31, p. 413-414.

(6) La liberté du mariage n'a pas été encore reconnue comme droit fondamental constitutionnel par le Conseil constitutionnel ; mais le problème a été posé, notamment par le P<sup>r</sup> ARDANT, à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 mai 1978 (*D*, 1978, p. 541).

même à l'égard des individus, un élément constitutionnel qui en est le fondement, élément dont la définition dépendra (en dernier ressort) du Conseil constitutionnel.

Mais cette diversification des normes ne peut qu'avoir une répercussion sur leur hiérarchie.

B) *La hiérarchie des normes* est reconstituée, sinon remise en ordre.

A l'édifice normatif il manquait un étage, le dernier : celui des normes constitutionnelles. Plus exactement, cet étage était prévu dans les plans, mais on avait omis de le construire ; néanmoins, l'édifice tenait. Aujourd'hui, les choses sont tout à fait différentes car le schéma est inversé et les choses remises à leur place : les normes constitutionnelles sont à la base et constituent les fondations ; or, si un édifice peut tenir debout sans dernier étage, il ne le peut en revanche sans fondations. En outre, des fondations dépendent la solidité et la configuration de l'édifice. C'est dans cette remise sur pied que réside le véritable changement.

En revanche, l'échelle des normes comporte les mêmes trois catégories de normes subordonnées les unes aux autres : constitutionnelles, législatives et réglementaires. La norme constitutionnelle est toujours supérieure à la norme législative, laquelle est toujours supérieure à la norme réglementaire. Et ceci se traduit par la possibilité d'invalidation par le juge (constitutionnel ou administratif) de la norme inférieure qui contrevient à la norme supérieure : ce qui rend notamment très obsolète la notion de règlement « autonome » car les normes contenues dans un tel règlement ne peuvent méconnaître les normes de rang législatif contenues soit dans un principe général du droit découvert par le juge (7), soit dans une loi (8). La sanction par le juge est en effet le seul critère sûr, en droit positif, de la hiérarchie des normes et c'est pourquoi cette hiérarchie n'est vraiment complète et effective que depuis qu'il existe un juge constitutionnel.

Deux problèmes restent cependant posés. Tout d'abord doit-on considérer qu'il y a un quatrième degré dans l'échelle des normes qui serait occupé par des normes issues de principes supraconstitutionnels ? En droit allemand, la question n'est pas purement théorique car le Tribunal constitutionnel admet qu'il peut vérifier la conformité de lois *constitutionnelles* à des principes supérieurs ou essentiels, préexistants à la Constitution elle-même (9). En droit

(7) CE, 26 juin 1959, Syndicat des Ingénieurs conseils.

(8) CE, Ass. 27 février 1970, DAUTAN, Rec. 141.

(9) BÉGUIN, *Conditions et sanctions du contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA* (thèse, Dijon, 1979, p. 95).

français, la question paraît saugrenue, mais dans sa décision du 23 mai 1979 (10) le Conseil constitutionnel n'a-t-il pas fait état de « dispositions constitutionnelles *mettant en œuvre...* le principe de la séparation des pouvoirs » ?

Le deuxième problème apparaît plus actuel : « A quel niveau se situent les normes du droit international reçues dans le droit interne ? »

En fait (11), on ne peut assimiler les normes internationales aux normes de droit interne à quelque niveau que ce soit, ni même les insérer dans le bloc de constitutionnalité. La meilleure solution est de les considérer comme restant des normes de droit international, se situant hors hiérarchie (12). Ce qui ne signifie pas qu'elles sont sans autorité : à chaque niveau, elles ont une autorité supérieure à la règle interne mais de manière différente. Ainsi sont-elles supérieures à la Constitution mais comme la compatibilité des deux types de normes est présumée — faute d'avoir été mise en cause avant la ratification du traité — leur supériorité n'aura pas lieu de s'exercer. Elles sont supérieures à la loi et écartent l'application de celle-ci, si la condition de réciprocité est remplie. Elles sont enfin toujours au moins supérieures aux actes administratifs et sont ici même une condition de leur validité.

C) La théorie *des sources du droit* doit être reconsidérée : selon une analyse courante, en effet, la compétence normative de droit commun appartient au Gouvernement tandis que le Parlement n'a qu'une compétence d'attribution ; quant au constituant, on n'en parle pas (13). Or, il n'est pas du tout certain que la source parlementaire soit aujourd'hui, compte tenu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de sa conception extensive de la compétence législative, moins abondante que la source réglementaire (14). Par ailleurs, si le constituant ne crée qu'exceptionnellement des normes, il y a création constante de normes de valeur constitutionnelle du fait que le Conseil constitutionnel donne vie à certaines dispositions oubliées ou dégage des principes fondamentaux ou généraux à partir des textes ou sans textes. Enfin, l'on peut ajouter que Conseil d'Etat

(10) Territoire de Nouvelle-Calédonie, *GD*, 2<sup>e</sup> éd., p. 447.

(11) Pour plus de détails, cf. notre étude, *Le cc et le droit international*, *AFDI*, 1977, p. 95 et s., notamment p. 113 et s.

(12) En ce sens, NGUYEN QOC DINH, *AFDI*, 1975.

(13) Nous laissons de côté la source « populaire », car elle est tarie depuis quelques années, et n'a jamais été très importante.

(14) Voir en ce sens les conclusions du Colloque d'Aix-en-Provence.

et Conseil constitutionnel contribuent à mettre à jour des normes de valeur législative en découvrant des principes généraux du droit s'imposant aux règlements.

Dès lors, il y a actuellement en droit positif trois sources principales du droit dont le débit peut se comparer mais qui peut varier selon les matières ou les domaines considérés. En effet, il peut exister des matières dans lesquelles le Parlement n'a pas à intervenir en vertu de la Constitution, mais cela ne signifie pas qu'il n'interviendra pas. En effet, aucune matière n'est exclue, d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel, d'un partage de compétence entre loi et règlement, même celles qui ont été omises dans l'énumération de l'article 34 ou des autres articles de la Constitution relatifs à la détermination de la compétence législative : ainsi, bien que la procédure civile soit une matière non réservée au législateur, de nombreuses règles législatives sont désormais posées, comme le montre par exemple la décision du 20 juillet 1977 relative à la Cour de cassation ; de même, les agents des collectivités locales sont omis dans l'énumération de l'article 34 et pourtant une bonne partie des règles qui leur sont consacrées, dans le nouveau Code des communes, sont de valeur législative.

La source jurisprudentielle doit être traitée à part : non seulement parce que son principe même est contesté par une partie importante de la doctrine qui ne peut cependant nier son existence, mais aussi parce que les normes dégagées n'ont pas toujours la même valeur. Ainsi le Conseil d'Etat peut-il « découvrir » des principes généraux à valeur législative ou réglementaire, tandis que le Conseil constitutionnel peut dégager des principes à valeur constitutionnelle, législative ou même réglementaire (15).

Il est à noter enfin, que le débit de ces sources peut varier dans le temps. Ainsi, au début de l'application de la Constitution, la source gouvernementale était certainement prépondérante et corrélativement la source jurisprudentielle administrative abondante. Puis les interprétations libérales du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel et l'existence d'une majorité parlementaire stable ont favorisé la source parlementaire.

Enfin, la réforme constitutionnelle de 1974 a brusquement gonflé la source jurisprudentielle, constitutionnelle avec toutes les conséquences que cela comporte sur les diverses branches du droit public.

(15) Le Conseil constitutionnel n'a pas encore dégagé des principes à valeur réglementaire, mais il pouvait le faire. On notera par ailleurs que certains principes peuvent avoir valeur constitutionnelle en matière pénale (droits de la défense, non-rétroactivité), et simplement valeur législative en matière non pénale.

## II. — LA RÉUNIFICATION DU DROIT PUBLIC

La réunification du droit public est en train de s'opérer à partir du développement du soubassement de droit constitutionnel, développement dû à la jurisprudence du Conseil.

A) Une nouvelle définition du *droit constitutionnel* s'affirme progressivement.

Tout d'abord, en devenant un droit jurisprudentiel et un droit appliqué, le droit constitutionnel se « rejuridicise ». Il n'est plus « un catalogue de recettes politiques à caractère vaguement obligatoire dans lequel la science politique avait plus d'importance que le droit » (16). C'est le « droit de la Constitution », une Constitution dont les articles reçoivent interprétation et application de la part du juge constitutionnel à un rythme tel que rares seront bientôt les dispositions n'ayant pas fait l'objet d'une décision du Conseil constitutionnel. Ce qui explique d'ailleurs que l'on redécouvre les vertus de commentaires de la Constitution ou que des travaux soient publiés sur l'élaboration de la Constitution. Le droit constitutionnel sera-t-il bientôt, comme c'est le cas aux Etats-Unis par exemple, étudié à travers la jurisprudence ? Compte tenu des habitudes, on en doute ; pourtant, c'est déjà aujourd'hui la seule manière de ne pas méconnaître le droit positif, alors surtout que le droit parlementaire et le droit électoral ont été aussi « juridicisés ».

L'objet du droit constitutionnel s'élargit et l'on revient ainsi aux sources : ce n'est plus seulement un droit « institutionnel » ; c'est aussi un droit « relationnel » qui, comme aux origines (17), inclut ce que l'on peut appeler les libertés et droits fondamentaux, ainsi que c'est le cas dans d'autres pays tels que les Etats-Unis ou l'Allemagne fédérale.

Logiquement, enfin, le droit constitutionnel redevient véritablement la base des autres droits avec lesquels il va entretenir de plus en plus un rapport hiérarchique, peu évident auparavant, et qui va entraîner la réunification du droit public.

B) La *constitutionnalisation des libertés publiques* conduit à leur réintégration au sein du droit constitutionnel.

(16) FAVOREAU et PHILIP, *Le Conseil constitutionnel*, 1978, p. 120.

(17) « ... En même temps qu'il était plus ou moins heureusement réduit, le droit constitutionnel s'est vu annexer lors de sa fondation l'étude du droit des libertés publiques » (PRÉLOT et BOULOUIS, *Précis*, 6<sup>e</sup> éd., p. 32).

Cette constitutionnalisation n'était même pas envisagée, au début des années 1970, ni par les parlementaires — qui encore très récemment se proposaient d'adopter une charte *législative* des libertés — ni par la doctrine pour laquelle le législateur apparaissait comme le meilleur garant de ces libertés. On peut dire que cette constitutionnalisation est aujourd'hui acquise, même si le mouvement n'est pas encore achevé.

Ce phénomène a pour effet de conférer une unité certaine au droit des libertés publiques à travers la notion de droits fondamentaux constitutionnels.

En effet, M. Rivero (18) pouvait encore récemment souligner l'hétérogénéité de ce droit empruntant en fait l'essentiel de ces règles à une série d'autres droits : administratif, pénal, du travail, etc. Mais à partir du moment où chaque liberté ou droit fondamental voit ses bases définies par le droit constitutionnel, et donc par le juge constitutionnel, il y aura unité, même si les techniques d'application sont différentes.

Cette constitutionnalisation progressive a enfin eu pour conséquence d'opérer une sorte de translation générale des compétences, le législateur officiellement chargé par l'article 34 de définir les « garanties fondamentales » des libertés publiques n'ayant plus en fait qu'à « mettre en œuvre » les règles constitutionnelles, le pouvoir réglementaire étant cantonné, lui, à de simples tâches d'exécution, ce qui par contrecoup réduit le rôle du droit administratif et de la juridiction administrative.

C) La « banalisation » du droit administratif et de la juridiction administrative peut être relevée d'ores et déjà.

Les grands problèmes de droit public relatifs notamment à la hiérarchie des normes et aux sources du droit, les questions d'interprétation de la Constitution, des préambules et de la Déclaration des droits ne verront plus leur solution dépendre du droit administratif et de la juridiction administrative, lesquels auront surtout à trancher les problèmes « ordinaires » de l'administration qui, pour autant, n'en sont pas moins importants. Et cette évolution sera accélérée par le fait que la compétence réglementaire perdant du terrain au profit de la compétence législative ou même constitutionnelle, le domaine d'intervention du juge administratif diminuera d'autant. Un exemple peut illustrer cette tendance : dans l'affaire récente (25 juillet 1979) du droit de grève à la radio-télévision, le Conseil

(18) *Les libertés publiques*, I, p. 15.



constitutionnel a restitué au législateur sa compétence de réglementation du droit de grève, et l'a, par là même, retirée au pouvoir réglementaire et donc au juge administratif chargé de contrôler les actes réglementaires.

Le temps du « Conseil d'Etat, juge constitutionnel » est révolu ; si tant est qu'il ait existé car il ne peut y avoir un juge constitutionnel sans statut constitutionnel. L'utilisation fréquente désormais de l'expression « juge ordinaire » pour désigner le juge administratif — comme d'ailleurs le juge judiciaire — confirme cette « banalisation » que le prestige incomparable du Conseil d'Etat freinera sans doute. Tout le problème, en effet, est de savoir comment la Haute Juridiction administrative acceptera d'appliquer un droit découlant de principes constitutionnels dégagés par le Conseil constitutionnel, et non plus issu de sa propre jurisprudence.

D) *La « juridicisation » des finances publiques* progresse à grands pas depuis que, chaque année, la loi de finances est déférée au juge constitutionnel par les parlementaires, voire par le Premier ministre ou le président de l'Assemblée nationale lui-même. Ces affaires, s'ajoutant à celles relatives à l'application de l'article 40, constituent une véritable jurisprudence d'où il ressort que le droit budgétaire et même le droit fiscal sont tributaires du respect des dispositions constitutionnelles ou assimilées telles que les lois organiques et les règlements d'assemblée.

Certains ont même pu, à propos de la décision récente du 24 décembre 1979 annulant la loi de finances pour 1980, regretter que l'on verse dans un excès de juridisme. Ce qui montre que l'opinion, en France, n'est pas encore familiarisée avec les implications du contrôle de constitutionnalité des lois.

E) *L'articulation entre le droit constitutionnel, le droit international public et le droit communautaire* est un problème plus délicat que le Conseil constitutionnel tente de résoudre en tâtonnant quelque peu.

Cette question ne pouvait être véritablement tranchée par le Conseil d'Etat compte tenu notamment de la théorie des actes de gouvernement. Le Conseil constitutionnel y a été confronté à plusieurs reprises, permettant d'apporter des solutions essentiellement dans deux directions. Il a tout d'abord facilité l'application du droit international en droit interne en conduisant indirectement la Cour de cassation à faire prévaloir le traité sur la loi, que celle-ci soit antérieure ou postérieure au traité. Certes, le Conseil d'Etat n'a pas encore suivi cette voie mais il semble que s'esquisse une solution. Le juge constitutionnel a par ailleurs considéré qu'il ne pouvait

être reproché à une loi d'appliquer un règlement communautaire confirmant ainsi que l'imbrication entre droit communautaire et droit interne était de plus en plus fréquente et évidente.

Toutefois, le Conseil constitutionnel a tenu à préciser à plusieurs reprises que les problèmes de droit international posés à la France ne pouvaient être appréciés qu'au regard des principes contenus dans la Constitution : ainsi en a-t-il été du droit de sécession et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. De la même manière, l'application d'un acte international en droit interne doit tenir compte des données du droit constitutionnel, et notamment de celles relatives à la souveraineté nationale. Ainsi donc, si l'étude du droit constitutionnel ne peut s'abstraire de la connaissance du droit international et du droit communautaire, la réciproque est vraie.

Il appartient à chacun d'apprécier l'opportunité des changements apportés au droit public par le Conseil constitutionnel ; mais il est impossible d'en nier la réalité et l'importance.

Pourtant, cela n'est pratiquement pas enseigné et la plupart des juristes terminent leur licence ou leur maîtrise sans avoir eu un enseignement regroupant l'ensemble de ces apports. Il en va de même des futurs magistrats ou hauts fonctionnaires, les programmes des grandes écoles ne comportant pas d'exposé d'ensemble de la question. Il faudrait, en fait, réformer l'enseignement du droit constitutionnel, et cela dès la 1<sup>re</sup> année, afin que tous les étudiants aient désormais connaissance des bases mêmes de notre système juridique, quitte à renforcer l'enseignement distinct de science politique.

Ceci suppose évidemment l'abandon d'un certain nombre d'idées reçues en doctrine, et, à cet égard, on ne peut manquer d'être frappé par le contraste entre l'intérêt manifesté par la doctrine étrangère pour le changement qui s'opère en France (19) et la relative indifférence des auteurs français à l'égard de ce phénomène. Tout se passe comme si l'on était à l'époque de la III<sup>e</sup> ou de la IV<sup>e</sup> République, lorsque la Constitution restait lettre morte et que le contrôle de constitutionnalité n'existait pas. Or, il serait temps de prendre conscience que le droit public d'avant 1970 va bientôt devenir l'ancien droit public et que l'étude des règles constitutionnelles actuellement en vigueur est peut-être — osera-t-on le dire — l'objet essentiel du droit constitutionnel.

(19) Voir notamment dans la bibliographie le développement relatif aux études étrangères (*infra*, p. 167).

*Quelques observations complémentaires en 1986*

Le paysage normatif dont nous avons cru pouvoir dessiner les grandes lignes au début des années 80 est en train de se préciser conformément à ce que l'on pouvait attendre : la centaine de décisions intervenues depuis lors constitue un extraordinaire enrichissement de notre droit public (20).

I. — Le principe de constitutionnalité a été solennellement consacré et affirmé, par les « grandes décisions » du 16 janvier 1982 (*Nationalisations*), 25 février 1982 (*Lois de décentralisation*) et du 23 août 1985 (*Demande de nouvelle délibération*) : selon la nouvelle formule utilisée par le Conseil constitutionnel dans cette dernière décision, « la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ». Par ailleurs, et contrairement à ce qu'on a pu penser ou écrire, le contenu du bloc de constitutionnalité n'est pas « flou » : si l'on considère, en effet, les motifs d'annulation des dispositions législatives, on constate que les violations de principes à valeur constitutionnelle tiennent beaucoup moins de place que les méconnaissances de règles constitutionnelles posées dans les textes (voir tableau n° 1) : sur environ 90 cas d'annulation depuis 1959, dix seulement ne sont rattachables à aucun texte et sont motivés par une violation des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (quatre) ou du principe d'égalité (six). En revanche, comme on le constate surtout au cours de la période 1981-1986, la méconnaissance des dispositions textuelles — souvent techniques — explique la quasi-totalité des invalidations. Encore des « idées reçues » qui s'en vont...

La hiérarchie des normes tend à devenir de plus en plus complexe et de plus en plus riche sans que les deux questions posées en 1980 — l'existence de normes supraconstitutionnelles et la place des normes internationales dans la hiérarchie — aient été vraiment résolues, même si l'on a pu penser un moment que la décision du 16 janvier 1982 apportait un début de réponse positive à la première. Par ailleurs, dans la mesure où certains estiment que le Conseil d'Etat applique un système de normes différent de celui du Conseil constitutionnel, des difficultés peuvent surgir. Toutefois, la dernière jurisprudence du Conseil d'Etat (20 décembre 1985) ouvre de nouvelles perspectives.

(20) Sur les décisions intervenues depuis 1980, voir nos chroniques à la *Revue du droit public*, 1981, n° 4, 1982, nos 2 et 5, 1983, n° 2, 1984, n° 3, 1986, n° 2.

En ce qui concerne la théorie des sources, est tout à fait confirmée l'orientation indiquée en 1980 : la source constitutionnelle est de plus en plus abondante et la source législative retrouve un fort débit au détriment de la source réglementaire. Cette dernière évolution ayant été facilitée et accélérée par la décision de principe du 30 juillet 1982 (*Blocage des prix*) qui, en ne considérant plus comme inconstitutionnelle l'insertion de dispositions réglementaires dans un texte de forme législative, a pratiquement ruiné la thèse de la définition matérielle de la loi.

II. — Le mouvement de réunification du droit public a connu une nette accélération au cours des dernières années. La « rejuridicisation » du droit constitutionnel est acquise et on voit la notion réutilisée par les ouvrages de vulgarisation (21) sans mention d'origine, ce qui atteste de la réussite et de la diffusion du concept. On remarquera d'ailleurs que sont également passés dans le langage courant (des juristes) des termes comme « bloc de constitutionnalité », « principe de constitutionnalité », « délégalisation », « rapport de constitutionnalité », « contrôle à double détente », « autolimitation du législateur », qui, lorsque nous les utilisons au début des années 70, apparaissaient comme neufs.

Les libertés publiques sont devenues « fondamentales » tant dans le vocabulaire de la doctrine que dans celui du Conseil constitutionnel (22), ce qui marque bien leur constitutionnalisation. Il est admis désormais que seule une loi constitutionnelle peut les codifier ; encore que parfois on ait l'impression que les gouvernants s'imaginent pouvoir définir leurs garanties fondamentales par un référendum (législatif) de l'article 11. Le droit a changé ; mais les responsables politiques ne s'en aperçoivent pas toujours. Le fait le plus marquant de la période récente est l'élaboration par le Conseil constitutionnel d'une théorie générale des libertés fondamentales susceptible de limiter les pouvoirs du législateur tout comme le Conseil d'Etat l'avait fait à l'égard de l'administration (23).

Les bases constitutionnelles du droit administratif s'affirment de plus en plus. Les grands problèmes posés au cours de la VII<sup>e</sup> Législature par les diverses réformes entreprises (décentralisation, nationalisations, planification, démocratisation du secteur public, fonc-

(21) Voir par exemple J.-M. VARAUT, *Le droit au droit*, PUF, 1986, p. 76.

(22) Voir par exemple la décision des 10-11 octobre 1984, *Statut des entreprises de presse*.

(23) Voir nos observations in *RDP*, 1986, n<sup>o</sup> 2, notamment à propos de la décision essentielle des 10-11 octobre 1984.

tion publique de l'Etat et des collectivités territoriales, enseignement et recherche) ont été tranchés par le juge constitutionnel sur la base des règles et principes constitutionnels. Certains ouvrages et manuels de droit administratif commencent à tenir compte de cette évolution et la nouvelle *Revue française de droit administratif* comporte une rubrique régulière consacrée aux rapports entre droit administratif et droit constitutionnel. En outre, le Conseil d'Etat dans un arrêt d'assemblée du 20 décembre 1985 (24) a, pour la première fois, expressément reconnu force de chose jugée à une décision du Conseil constitutionnel ; ce qui marque une étape décisive dans l'évolution de notre droit public.

La mise en cause systématique de toutes les lois de finances depuis 1973 ainsi que des lois de finances rectificatives et des lois de règlement, a abouti à une constitutionnalisation des finances publiques si évidente qu'il n'est plus besoin désormais de le souligner (25).

En ce qui concerne, en revanche, les rapports entre le droit constitutionnel et le droit international et communautaire, les choses ont moins avancé, car le contentieux a été assez limité.

La seule chose qui n'ait pas vraiment changé, c'est la situation de l'enseignement du droit constitutionnel jurisprudentiel et du contentieux constitutionnel : la plupart des juristes, des futurs magistrats ou hauts fonctionnaires continuent à recevoir un enseignement qui, sur des points de plus en plus nombreux, ne porte que sur une partie du droit positif. La fonction publique, les collectivités territoriales, les établissements publics, le principe de légalité, la théorie générale des libertés publiques ainsi que les principales libertés sont le plus souvent étudiés sans tenir compte des dimensions constitutionnelles qui sont pourtant, désormais, partie intégrante de leur régime. Quant aux cours et manuels de droit constitutionnel, ils se « juridicisent » mais avec une sage lenteur : sans doute faut-il incriminer les programmes d'enseignement qui devraient être revus pour tenir compte des mutations de notre droit.

(24) *Daloz*, 1986, avec notre note (à paraître),

(25) Voir en ce sens les études de Loïc PHILIP.

*Tableau des types d'inconstitutionnalité  
sanctionnés par le Conseil constitutionnel  
de mars 1959 à mars 1991*

Constitution		DDH		Préambule de 1946		Ppe d'égalité	PFRLR	Ordon- nance 1959		Total
Art. 2	2 (4)	Art. 6	8	Alinéa 7	2	15 (22)	8 (9)	Art. 1	16 (17)	
3	1 (3)	8	6					18	(1)	
4	1	11	3					33	1	
13	1	13	2					40	1	
21	3	17	1 (2)					42	2	
23	2									
25	4									
27	1									
34	20									
37-2	1									
39	3									
40	2									
44	9									
45	1									
46	1									
55	1									
62	1									
64	4									
66	4 (7)									
71	2									
72	4 (5)									
73	3 (4)									
74	7									
	79		20		2	15	8		20	144

144 cas d'inconstitutionnalité sanctionnés dans 95 décisions (les chiffres entre parenthèses englobent des cas déjà comptabilisés sous une autre rubrique).

DDH : Déclaration des Droits de l'Homme de 1789.

Préambule 1946 : Préambule Constitution 1946.

Ppe d'égalité : Principe d'égalité.

PFRLR : Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Ordonnance 1959 : Ordonnance du 2 janvier 1959.

**L. FAVOREU. — The contribution of the Constitutional Council to public law.**

For the last ten years public law has undergone profound changes due to the influence of the case law of the Constitutional Council. These changes which have not yet been perceived, manifest themselves, on the one hand, by an upheaval in the fundamental principles of public law : that of legality, hierarchy of rules and sources of law, and, on the other hand, by a tendency toward the reunification of public law based on the constitutional underpinnings which have developed and which from now on will significantly influence administrative law, civil liberties and public finance with all the consequences resulting therefrom. In addition constitutional law having again become a basic principle of law as a result of its case law expression and henceforth more and more related to the international and EEC law, may no longer be taught in the same manner as before. Otherwise it will give an incomplete education in the current state of the law to future lawyers. Public law from the pre 1970 period has become historical public law.

**RÉSUMÉ.** — *Depuis une dizaine d'années, le droit public est en profonde mutation sous l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Cette mutation, dont on n'a pas encore pris conscience, se traduit, d'une part, par un bouleversement des données fondamentales du droit public : principe de légalité, hiérarchie des normes et sources du droit, et, d'autre part, par une tendance à la réunification du droit public à partir du soubassement « constitutionnel » qui se développe et conditionne désormais étroitement le droit administratif, les libertés publiques et les finances publiques, avec les conséquences que cela comporte. Par ailleurs, le droit constitutionnel, redevenu droit de base à travers son expression jurisprudentielle et désormais, de plus en plus, articulé avec le droit international et communautaire, ne peut plus être enseigné comme auparavant sous peine de donner une formation incomplète de droit positif aux futurs juristes. Le droit public d'avant 1970 est devenu l'ancien droit public.*