

« L'influence du normativisme sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel »

Robin Ferré

Doctorant contractuel, Université Jean-Monnet de Saint-Étienne, CERCRIID (UMR 5137).

Comme le soulignait le professeur Denys de Béchillon, « nul n'y peut rien, il faut penser avec, après ou contre Kelsen¹ ». Cette citation est toujours d'actualité, tant l'ombre tutélaire du maître autrichien plane sur la science juridique européenne et plus particulièrement française, même si l'on a vu depuis quelque temps une recrudescence des travaux consacrés à Carl Schmitt², son fameux rival germanique. Beaucoup pensent, pour reprendre les termes du professeur de Béchillon, « contre » Kelsen. Par exemple Xavier Magnon, lors d'une précédente édition du congrès de l'AFDC³. Certains ont pensé « avec » lui⁴, et bien d'autres pensent « après lui », ce qui est illustré par un certain nombre de communications le prenant pour référence dans le cadre de ce congrès.

La présente intervention, bien sûr, n'y fait pas exception. Les principales thèses de la *Théorie pure du droit* sont bien connues, ce qui n'empêche pas les débats doctrinaux, comme le prouve un ouvrage paru récemment, coordonné par le professeur Jouanjan⁵ : tout d'abord, un fameux non-cognitivisme éthique fondé sur la distinction créée par David Hume dans son *Traité de la nature humaine* entre être et devoir-être, entre *sein* et *sollen* ; la conception du droit comme un ordre de contrainte ; la norme comme élément de base de ce système, dont la validité représente le mode d'existence spécifique ; la norme fondamentale, norme supposée ; enfin, la hiérarchie des normes et la dynamique du droit, chaque norme étant réputée valide car elle a été adoptée par une procédure déterminée par une norme de rang supérieure. Toutes choses sur lesquelles il ne convient pas de revenir ici, justement parce qu'elles traversent depuis plusieurs décennies la théorie juridique française, et même l'enseignement dispensé aux étudiants en droit. Cependant, quelques clarifications seront nécessaires, dans la perspective singulière de ce sujet, notamment en ce qui concerne la notion de hiérarchie des normes. Ceci exposé, il convient d'aborder l'intérêt de ce questionnement.

Il s'agit d'une réflexion relativement neuve. Si la question du normativisme reste toujours au cœur des problématiques de la théorie contemporaine du droit, certaines de ses implications ont été laissées de côté. S'interroger sur l'influence de la théorie normativiste dans la théorie du

¹ D. DE BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Paris, Economica, coll. « Droit public positif », 1999, p. 3, cité par B. BONNET., *Le juge administratif et l'article 55 de la Constitution*, thèse Saint-Étienne, 2004, p. 2.

² J.-F. KERVÉGAN, *Que faire de Carl Schmitt ?*, Gallimard, coll. Tel, Paris, 2011, 336 p., J.-P. FAYE, *L'État total selon Carl Schmitt*, Germina, coll. Cercle de Philosophie, Paris, 2013, 220 p., S. BEAUNE, *Carl Schmitt, penseur de l'État*, Presses de Sciences po, Paris, 2008, 260 p.

³ X. MAGNON, « En quoi le normativisme est-il diabolique ? », consulté à l'adresse <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/atelierP7.html#com7> le 2 février 2014.

⁴ V. p. ex. TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. Léviathan, Paris, 1994, 360 p.

⁵ O. JOUANJAN (dir.), *Hans Kelsen : forme du droit et politique de l'autonomie*, PUF, coll. Débats, Paris, 2010, 221 p.

droit constitutionnel n'est pas, en soi, une question neuve, loin de là⁶. Par contre, s'interroger sur l'influence du normativisme dans les textes constitutionnels mêmes l'est déjà un peu plus, même si plusieurs études d'importance ont été menées dans ce domaine⁷. Mais la science du droit ne s'est que très peu penchée sur l'influence des théories d'Hans Kelsen au sein de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Les raisons de cette désaffection peuvent au premier abord sembler fondées, car le Conseil constitutionnel est forcé de statuer dans les limites qui lui sont imposées par la Constitution ; l'influence du normativisme serait donc à chercher dans le texte de 1958, plutôt que dans les décisions du Conseil.

Cette vue est un peu courte, et nous allons voir pourquoi. La question principale qui se pose ici est de savoir quelle est la part de cette influence dans les décisions du Conseil, et quelles en sont les conséquences. C'est ainsi que dans une première partie nous verrons quelles sont les notions kelsésiennes effectivement employées par le Conseil constitutionnel (I), et dans une seconde partie quelles sont les implications de cette utilisation en termes de logique d'ensemble et de cohérence du système (II).

I-La volonté du Conseil constitutionnel d'intégrer les concepts kelséniens dans sa jurisprudence

Hans Kelsen est, on le sait, un théoricien juridique d'une rare ampleur, et la science juridique doit aujourd'hui encore se positionner par rapport à ses écrits. Son influence, toutefois, dépasse le simple cadre du discours sur le droit, et a pénétré au sein de la jurisprudence, comme le montrent un certain nombre de décisions du Conseil constitutionnel. Ce dernier, avant tout, reprend l'idée de norme, et plus précisément de norme juridique, notion directement tirée du corpus kelsénien, et l'incorpore sciemment dans sa jurisprudence (A). Cela lui permet également d'utiliser la notion immédiatement consécutive de hiérarchie des normes, concept fondamental de la *Théorie pure du droit*, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité (B).

A-Une utilisation délibérée du concept de « norme » par le Conseil constitutionnel

Première constatation d'importance : le Conseil constitutionnel utilise des concepts directement tirés de la *Théorie pure du droit*. On pourrait répondre que c'est sa position charnière cruciale dans l'ordre juridique français, qui octroie au Conseil constitutionnel une hauteur de vue théorique que n'ont pas forcément, ou en tous cas dans des proportions moindres, les juridictions de droit commun. Le Conseil constitutionnel, de par sa fonction de contrôle de constitutionnalité fondé sur l'article 61 de la Constitution, se situe au cœur des rapports entre règlement, loi et Constitution, voire même entre ordre juridique interne et ordre juridique externe. Ainsi, le Conseil constitutionnel emploie le mot « norme » (référence). Or, ce mot n'est présent ni dans la Constitution de 1958, ni dans la Déclaration de 1789, le Préambule de 1946 ou même dans la Charte de l'environnement. Cette constatation est d'importance, car ce terme n'est pas employé par les textes mêmes qui fondent l'action du Conseil constitutionnel, et qui constituent les éléments de référence pour son action.

Pour Kelsen, à l'origine, une norme est « la signification d'un acte par lequel une conduite est ou prescrite, ou permise et en particulier habilitée⁸ », mais cette signification est « objective », pour la distinguer des actes de volonté subjectifs⁹. La notion de « norme », pour le Conseil constitutionnel, est entendue d'une manière assez restreinte, étant le plus souvent synonyme de la notion de « norme de référence ». Ceci est dû à la fonction même du Conseil, qui doit vérifier la

⁶ C.-M. HERRERA. (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, LGDJ, Paris, 2001, 160 p.

⁷ O. BEAUD et P. PASQUINO, *La controverse sur "le gardien de la Constitution" et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt*, actes du colloque tenu le 21 juin 2006 à Berlin, Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2007, 216 p.

⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 7.

⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 10. V. aussi O. JOUANJAN (dir.), *Hans Kelsen : forme du droit et politique de l'autonomie*, PUF, coll. Débats, Paris, 2010, p. 17 ou E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, pp. 59-62.

constitutionnalité des normes qui sont portées devant lui ; et il ne peut bien sûr procéder à cet examen qu'en comparant ces dernières à un certain nombre de « normes de références », de rang constitutionnel.

Ainsi, la décision du 3 août 1993¹⁰ utilise comme titre de section la formule suivante : « sur les normes de référence applicables au contrôle de constitutionnalité de la loi déferée », réitérée depuis sous des formes quasi-identiques (« sur les normes de constitutionnalité applicables au contrôle des lois déférées¹¹ ») ou approchantes (« sur les normes de référence applicables¹² », « norme de valeur constitutionnelle¹³ »). Ces sections regroupent simplement les textes de rang constitutionnel utilisés par le Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle, sans d'autres apports supplémentaires. La notion de « norme », ici, est donc prise dans un sens très restreint, à savoir celui de texte mobilisé par le Conseil constitutionnel pour examiner la conformité d'une règle soumise à son examen. Elle donc peu à voir avec la question de « signification objective d'un acte de volonté », conception qui s'applique à l'ensemble des normes régissant la conduite humaine, même si elles ne font pas partie à proprement parler de l'ordre juridique.

Ces normes de référence sont donc prises comme des synonymes des normes juridiques de rang constitutionnel, utilisées par le Conseil constitutionnel pour exercer son contrôle de conformité. C'est dans le même cadre que le Conseil emploie l'expression de « norme de valeur constitutionnelle¹⁴ », surtout pour reconnaître l'inexistence de tel ou tel principe invoqué par les requérants dans les normes de rang constitutionnel. Pour le reste, le Conseil constitutionnel n'aborde que de manière très succincte, la question de la création des normes dans une décision de 1991¹⁵.

Le Conseil utilise le concept de « norme juridique », surtout au sein de l'expression « hiérarchie des normes juridiques », que nous examinerons plus en détail dans un second temps. Par exemple, la décision DC n° 2013-664 (référence) utilise la formulation suivante : « en raison des exigences propres à la hiérarchie des normes juridiques dans l'ordre interne ». Ceci pourrait paraître pléonastique à un néophyte, mais l'expression est effectivement employée par Hans Kelsen lui-même, dans son fameux article sur les « Rapports de système » paru dès 1926 : « La norme juridique est la règle en vertu de laquelle s'opère l'imputation à l'État, qui, en tant que sujet des actes étatiques, n'est que la personnification de l'ordre juridique¹⁶. » Cette notion est reprise

¹⁰ Décision n° 93-324 DC, « Loi relative au statut de la Banque de France et à l'activité et au contrôle des établissements de crédit », *Journal officiel* du 5 août 1993, p. 11014, *Recueil*, p. 208.

¹¹ Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, « Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale, à la procréation et au diagnostic prénatal », *Journal officiel* du 29 juillet 1994, p. 11024, *Recueil*, p. 100.

¹² Décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, « Traité d'Amsterdam », *Journal officiel* du 3 janvier 1998, p. 165, *Recueil*, p. 344.

¹³ « Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que l'ensemble du texte examiné n'est contraire à aucun principe ni à aucune norme constitutionnelle, non plus qu'à aucune des normes communautaires de référence applicables en l'espèce », décision n° 98-400 DC du 20 mai 1998, *Journal officiel* du 26 mai 1998, p. 8003, *Recueil*, p. 251. V. également la décision n° 2013-668 DC du 16 mai 2013, *Journal officiel* du 18 mai 2013, p. 8256.

¹⁴ « Considérant qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle ; que par suite ce grief ne saurait qu'être écarté », décision n° 94-348 DC du 3 août 1994, *Journal officiel* du 6 août 1994, p. 11482, *Recueil*, p. 117 ; v. également les décisions n° 96-385 DC du 30 décembre 1996, *Journal officiel* du 31 décembre 1996, p. 19557, *Recueil*, p. 145 (pour le principe de confiance légitime), n° 97-388 DC du 20 mars 1997, *Journal officiel* du 26 mars 1997, p. 4661, *Recueil*, p. 31 (pour le principe d'autonomie de la volonté), n° 97-391 DC du 7 novembre 1997, *Journal officiel* du 11 novembre 1997, p. 16390, *Recueil*, p. 232 (à nouveau pour le principe de confiance légitime), n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Journal officiel* du 28 juillet 1999, p. 11250, *Recueil*, p. 100 (pour divers principes relatifs à la Sécurité sociale).

¹⁵ Décision n° 91-167 L du 19 décembre 1991 : « l'article 46 de la loi n° 68-978 du 12 modifiée, dans la mesure où il subordonne l'accès à l'internat en médecine à un concours, édicte une norme touchant aux principes fondamentaux de l'enseignement », *Journal officiel* du 22 décembre 1991, *Recueil* p. 134.

¹⁶ H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Recueil des cours de l'académie de droit international de La Haye*, p. 243.

dans la *Théorie pure du droit* : « une norme donnée est une norme juridique en tant qu'elle appartient à un ordre juridique, et elle fait partie d'un ordre juridique déterminé si sa validité repose sur la norme fondamentale de cet ordre¹⁷. »

Cette expression est donc conforme aux postulats de la doctrine kelsénienne, car les normes ne sont pas forcément juridiques ; le Conseil constitutionnel ne commet donc aucune erreur conceptuelle à ce sujet. Cette utilisation de la notion de « normes juridiques » est l'une des preuves les plus éclatantes de l'influence de Hans Kelsen sur la jurisprudence du Conseil. Cette influence semble ici explicite, même s'il semble difficile d'en tirer des conclusions plus générales. Il reste à examiner une idée d'une importance primordiale, directement issue de la notion de norme, un des concepts centraux de la *Théorie pure du droit*, à savoir la hiérarchie des normes.

B-La hiérarchie des normes, moyen pour le Conseil constitutionnel d'affirmer son action dans un champ particulier

« Les normes d'un ordre juridique dont cette norme fondamentale est le fondement de validité commun [...] ne sont pas un complexe de normes en vigueur les unes à côté des autres, mais une pyramide ou hiérarchie de normes qui sont superposées, ou subordonnées les unes aux autres, supérieures ou inférieures¹⁸ ». Hans Kelsen utilise donc l'expression de « hiérarchie de normes » (et non pas « hiérarchie des normes »), mais il emploie plus souvent les termes de « pyramide »¹⁹ pour désigner cette même réalité, celle d'un système de normes subordonnées. Cette notion est probablement le concept le plus connu de Hans Kelsen, repris par de nombreux auteurs contemporains, jusques et y compris dans certains manuels d'introduction au droit²⁰. Ce concept est utilisé tel quel par le Conseil constitutionnel, dans plusieurs décisions prises à partir du début des années 1990, et dont l'apport a été réitéré plusieurs fois depuis. Il faut également relever que le législateur a utilisé cette notion, notamment dans une loi du 16 décembre 1999 habilitant le gouvernement à procéder par voie d'ordonnance à la codification de la partie législative d'un certain nombre de codes²¹.

La décision n° 91-301 DC du 15 janvier 1992 abordait la question de la conformité des règlements des assemblées²². Le Conseil constitutionnel reconnaît la conformité de ce règlement à l'article 4 de la loi du 20 juillet 1991, ayant modifié l'ordonnance du 17 novembre 1958, et conclut de la manière suivante : « par suite, elle ne contrevient pas aux exigences constitutionnelles relatives à la hiérarchie des normes juridiques ». Il s'agit ici de la première mention de la hiérarchie des normes juridiques dans les décisions du Conseil constitutionnel, mais son manque de clarté (aucune indication n'est donnée sur ce que représente cette hiérarchie des normes dans ce cas précis, et la nature générale ou restreinte de cette notion n'est pas non plus définie) a sans doute poussé le Conseil constitutionnel à préciser sa position dans les mois qui ont suivi²³.

On peut le voir dans la décision n° 92-309 DC du 9 juin 1992, concernant la résolution modifiant l'article 47 bis du règlement du Sénat, dans le considérant n° 5 : « considérant qu'en raison des exigences propres à la hiérarchie des normes juridiques dans l'ordre interne, la conformité à la Constitution des règlements des assemblées parlementaires doit s'apprécier tant

¹⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 43.

¹⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 266.

¹⁹ « L'ordre juridique constitue une pyramide de normes hiérarchisées » (p. 355) ; « la pyramide de l'ordre juridique » (p. 299).

²⁰ V. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, coll. Manuels, Paris, 2013, n° 298, ou F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 9^e éd., Dalloz, coll. Précis, Paris, 2012, n° 243.

²¹ F. TERRÉ, op. cit., n° 244, p. 199.

²² « Considérant que la conformité à la Constitution des règlements des assemblées parlementaires doit s'apprécier tant au regard de la Constitution elle-même que des lois organiques prévues par celle-ci ainsi que des mesures législatives prises, en vertu du premier alinéa de l'article 92 de la Constitution, pour la mise en place des institutions », considérant 3.

²³ V. B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, pp. 877-887.

au regard de la Constitution elle-même que des lois organiques prévues par celle-ci ainsi que des mesures législatives prises, en vertu du premier alinéa de l'article 92 de la Constitution, pour la mise en place des institutions ».

La première constatation qui s'impose, c'est celle de la nature de ces deux décisions. Il s'agit de décisions DC visées par l'article 61 alinéa 1, mais d'un type particulier, qui n'est pas un contrôle de constitutionnalité des lois. Il s'agit d'un contrôle de constitutionnalité des règlements des assemblées parlementaires. Il est surprenant de relever que cette notion capitale de la théorie juridique européenne est utilisée en priorité par le Conseil constitutionnel dans une configuration assez spécifique, plutôt lointaine de ce qui est conçu comme sa mission principale, à savoir le contrôle de constitutionnalité des lois.

Mais il est possible de discerner un certain nombre de raisons, induites par la formulation même utilisée par le Conseil. Le contrôle exercé à propos des règlements des assemblées parlementaires a pour normes de références non seulement la Constitution, mais aussi les lois organiques ou les mesures prises sur le fondement de l'ancien article 92, comme il est indiqué dans la décision qui vient d'être citée. Désormais, ce qui diffère de la décision du 15 janvier 1992, le lien entre la hiérarchie des normes juridiques et ce type précis de contrôle est explicité.

Autre constatation d'évidence, la plupart des décisions utilisant ce considérant de principe portent sur le même type de contrôle²⁴. La dernière en date, celle portant sur la coprésidence paritaire des groupes politiques, utilise la formulation suivante : « considérant qu'en raison des exigences propres à la hiérarchie des normes juridiques dans l'ordre interne, la conformité à la Constitution des règlements des assemblées parlementaires doit s'apprécier au regard tant de la Constitution elle-même que des lois organiques prévues par celle-ci ainsi que des mesures législatives prises pour leur application ».

Cette formulation est bien sûr plus actuelle, la référence à l'article 92 de la Constitution de 1958 n'étant plus d'actualité depuis la réforme constitutionnelle du 4 août 1995. L'idée exposée plus haut, à savoir que les règlements des assemblées parlementaires doivent être conformes non seulement à la Constitution, mais à d'autres textes de rang inférieur, n'en sort pas modifiée ; cette exigence est demeurée fondamentalement la même, malgré les modifications législatives et constitutionnelles intervenues depuis 1992. Et, enfin, il est à retenir que le Conseil constitutionnel a utilisé l'expression de « hiérarchie des normes juridiques » plusieurs années avant que le législateur ne le fasse, ce qui marque indéniablement son antériorité dans ce domaine.

Mais le Conseil constitutionnel a repris cette notion dans un cadre différent, à propos de la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire²⁵, uniquement au sein de la saisine. Le Conseil n'utilise pas de lui-même ce concept. Il en va de même pour la décision DC n° 98-399 du 5 mai 1998. Dans d'autres cas, l'expression de « hiérarchie des normes » n'est présente que parce qu'elle est citée dans une loi soumise au contrôle du Conseil²⁶. La seule exception provient de la décision n° 2007-548 DC du 22 février 2007, mais uniquement de

²⁴ Décision n° 92-314 DC du 17 décembre 1992, *Journal officiel* du 20 décembre 1992, p. 17477, *Recueil*, p. 126 ; n° 92-315 DC du 12 janvier 1993, *Journal officiel* du 14 janvier 1993, p. 777, *Recueil*, p. 9 ; n° 94-338 du 10 mars 1994, *Journal officiel* du 12 mars 1994 p. 3963, *Recueil*, p. 71 ; n° 95-366 DC du 8 novembre 1995, *Journal officiel* du 11 novembre 1995, p. 16658, *Recueil*, p. 226 ; n° 95-368 DC du 15 décembre 1995, *Journal officiel* du 19 décembre 1995, p. 18396, *Recueil*, p. 246 ; n° 96-381 DC du 14 octobre 1996, *Journal officiel* du 18 octobre 1996, p. 15302, *Recueil*, p. 117 ; n° 96-382 DC du 14 octobre 1996, *Journal officiel* du 18 octobre 1996, p. 15301, *Recueil*, p. 120 ; n° 98-399 DC du 5 mai 1998, *Journal officiel* du 12 mai 1998, p. 7092, *Recueil*, p. 245 ; n° 99-413 du 24 juin 1999, *Journal officiel* du 27 juin 1999, p. 9455, *Recueil*, p. 83 ; n° 2009-581 DC du 25 juin 2009, *Journal officiel* du 28 juin 2009, p. 10867, *Recueil*, p. 120 ; n° 2009-582 du 25 juin 2009, *Journal officiel* du 28 juin 2009, p. 10871, *Recueil*, p. 132 ; n° 2013-664 du 28 février 2013, *Journal officiel* du 2 mars 2013 p. 3896.

²⁵ Décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, *Journal officiel* du 1^{er} février 1995, p. 1706, *Recueil*, p. 183.

²⁶ Décision n° 99-421 du 16 décembre 1999, *Journal officiel* du 22 décembre 1999, p. 19041, *Recueil*, p. 136 ; décision n° 2007-561 DC du 17 janvier 2008, *Journal officiel* du 22 janvier 2008, p. 1131, *Recueil*, p. 41 ; décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, *Journal officiel* du 22 juillet 2009, p. 12244, *Recueil*, p. 140.

manière négative : « les griefs tirés de ce que ces dispositions, faute de prévoir la hiérarchie des normes d'urbanisme applicables, seraient entachées d'incompétence négative et porteraient atteinte au principe d'égalité, doivent être écartés ».

In fine, la notion de « hiérarchie des normes juridiques » n'a prospéré qu'au sein des décisions relatives aux règlements des assemblées parlementaires. Partant, il serait tentant de n'y voir qu'un simple outil²⁷ permettant au Conseil constitutionnel de rappeler que ces règlements doivent être conformes non seulement à la Constitution, mais aussi à un certain nombre de normes de rang inférieur. La limitation de son champ d'application ne retire toutefois rien à la logique interne de cette notion : la hiérarchie des normes juridiques, telle qu'utilisée par le Conseil constitutionnel dans ces décisions, exprime clairement l'idée de hiérarchie statique des normes, car les règlements des assemblées parlementaires ne doivent pas contredire les normes de rang supérieur, lois, lois organiques, et Constitution.

Il reste une question d'importance, celle de la dynamique du droit, et plus précisément la dynamique de la hiérarchie des normes, opposée à la hiérarchie statique des normes. Un exemple marquant de censure mettant en œuvre la hiérarchie dynamique des normes peut être relevé dans la décision n° 2011-632 du 23 juin 2011, concernant la loi fixant le nombre de conseillers territoriaux. Les députés requérants contestaient la procédure d'adoption de la loi. Le Conseil constitutionnel va faire droit à cette demande, car, selon l'article 39 alinéa 2 de la Constitution, « les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales sont soumis en premier lieu au Sénat ». Or, le projet de loi avait été déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale, ce qui entraîne la non-conformité totale à la Constitution de ce texte.

Pour Kelsen, « ce qui caractérise en effet ce type dynamique, c'est le fait que la norme fondamentale présupposée ne contient rien d'autre que l'institution d'un fait créateur de normes, l'habilitation d'une autorité créatrice de normes, ou – cela revient au même – une règle qui détermine comment doivent être créées les normes générales et les normes individuelles de l'ordre qui repose sur cette norme fondamentale²⁸ », un « rapport formel et procédural de production », pour reprendre les termes d'Olivier Jouanjan²⁹.

L'influence de la théorie kelsénienne sur le Conseil constitutionnel est ici implicite, voire difficile à discerner, car vérifier la conformité des actes pris vis-à-vis des procédures qui s'y appliquent est un des rôles principaux du juge. Cependant, il s'agit ici du Conseil constitutionnel, qui conclut à la non-conformité totale d'une loi, votée par les deux assemblées, car la procédure d'adoption n'a pas été respectée. Il s'agit par conséquent d'un exemple remarquable de formalisme. Le contenu n'a pas été examiné par le Conseil ; à partir de l'instant où la procédure n'avait pas suivi les indications présentes à l'article 39 de la Constitution, elle était inconstitutionnelle dans son ensemble.

Cette application suit exactement les préceptes fondés par Hans Kelsen dans le fameux titre V de la *Théorie pure du droit*. S'il est difficile de faire un lien entre le contrôle de constitutionnalité en soi et l'influence de Kelsen, puisque ce contrôle a été imaginé, voire mis en place bien avant le développement de la théorie normativiste – on peut citer, à titre d'exemples, l'arrêt *Marbury vs. Madison*, le concept de « jury constitutionnaire » créé par Siéyès³⁰ ou encore l'article 21 de la Constitution du 22 frimaire an VIII – il reste toutefois difficile d'écarter totalement cette influence. Celle-ci semble désormais établie, et traverse une bonne partie de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ; mais cette intégration n'a pu se faire sans heurts et difficultés, ce qui est le sujet de la seconde partie.

²⁷ Et, pourquoi pas, comme une « notion fonctionnelle », telle que définie par le doyen Vedel dans deux articles fameux (« La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, I, 851, 1950 et « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », *JCP*, I, 681, 1948).

²⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 259.

²⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 16.

³⁰ P. PICHOT, « Penser le contrôle *a priori* (1789-1870) », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, pp. 16-22.

II- Une intégration partielle des concepts kelséniens dans la jurisprudence qui soulève un certain nombre d'apories

L'influence des théories de Hans Kelsen sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel paraît indéniable. Seulement, cette influence, qui se fait par l'incorporation d'un certain nombre d'éléments doctrinaux dans la jurisprudence constitutionnelle, apportent également des questions supplémentaires. Ces éléments de doctrine kelsénienne doivent composer avec la logique propre au fonctionnement du Conseil constitutionnel, ce qui conduit à plusieurs difficultés de mise en œuvre, tout d'abord en ce qui concerne la notion de hiérarchie des normes (A), mais il existe également des apories d'ensemble qui peuvent éventuellement remettre en cause la cohérence du système, et obscurcir dans une certaine mesure la jurisprudence du Conseil (B).

A- La hiérarchie des normes, notion intégrée avec difficulté dans la jurisprudence constitutionnelle

Un autre problème est issu de la notion d'ordre juridique. Ce dernier, selon Kelsen, s'identifie avec l'État, puisque « la norme juridique en vertu de laquelle s'opère l'imputation à l'État, qui, en tant que sujet des actes étatiques, n'est que la personnification de l'ordre juridique³¹. » La notion d'« ordre juridique » traverse la jurisprudence constitutionnelle, mais plutôt en tant qu'« ordre juridique interne », c'est-à-dire en tant qu'ordre juridique national opposé à l'ordre juridique international³².

C'est dans ce sens que la plupart des décisions utilisent cette notion³³. C'est aussi la perspective de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 concernant la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, à cela près que le considérant de principe³⁴ utilisé ici appelle un certain nombre de réflexions : « en imposant l'examen par priorité des moyens de constitutionnalité avant les moyens tirés du défaut de conformité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France, le législateur organique a entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne ».

La question de la supériorité de l'ordre externe sur l'ordre interne, ou l'inverse, est une question trop riche pour être abordée sérieusement ici³⁵, mais la formulation choisie par le Conseil constitutionnel appelle quelques remarques plus générales. Si Hans Kelsen a plaidé pour une conception moniste de l'ordre interne et externe (« le caractère inévitable d'une construction moniste³⁶ »), mais il a refusé de prendre position pour la primauté de l'ordre national (ou international)³⁷. Ainsi, les théories de Kelsen refuseraient de reconnaître la suprématie ici relevée par le Conseil, mais ne l'infirmes pas non plus. Le problème se situe ailleurs, au travers de la

³¹ H. Kelsen, « Les rapports de système », *op. cit.*, p. 243.

³² P. ex., « le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique de l'Union européenne intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre international », décision DC n° 2012-653 du 9 août 2012, « Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire ». V. aussi la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, « Traité établissant une Constitution pour l'Europe », *Journal officiel* du 24 novembre 2004, p. 19885, *Recueil*, p. 173, et bien sûr la décision n° 2007-560 DC du 20 novembre 2007, « Traité de Lisbonne », *Journal officiel* du 29 décembre 2007, p. 21813, *Recueil*, p. 459.

³³ P. ex., décision n° 92-312 du 2 septembre 1992, « Traité sur l'Union européenne », considérant 10, *Journal officiel* du 3 septembre 1992, p. 12095, *Recueil*, p. 76 ; décision n° 2006-541 DC du 28 septembre 2006, « Accord de Londres », considérant 6, *Journal officiel* du 3 octobre 2006, p. 14635, *Recueil*, p. 102.

³⁴ Considérant 14.

³⁵ V. à ce sujet B. BONNET, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Lextenso, coll. Forum, Paris, 2013, 208 p.

³⁶ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 436.

³⁷ « [La théorie pure du droit] rend la voie libre pour l'une ou pour l'autre des deux évolutions politiques contraires, - sans postuler ou justifier l'une ou l'autre. Car, en tant que théorie, elle est dans une position d'indifférence complète à l'égard de l'une comme à l'égard de l'autre. » H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 452.

question de la *Grundnorm*. Pour Kelsen, cette norme fondamentale est « une norme que l'on supposera dernière et suprême. En tant que norme suprême, il est impossible que cette norme soit *posée*, - elle ne pourrait être posée que par une autorité, qui devrait tirer sa compétence d'une norme encore supérieure, elle cesserait donc d'apparaître comme suprême. La norme suprême ne peut donc être que *supposée*. Sa validité ne peut plus être déduite d'une norme supérieure ; le fondement de sa validité ne peut plus faire l'objet d'une question³⁸. »

Les conséquences de ce principe sont simples : la norme juridique suprême, dans le système kelsénien, ne peut être une norme édictée ou posée. Elle ne peut être qu'une norme supposée, une hypothèse, pour qu'elle puisse fonder l'ensemble de l'ordre juridique, qu'il soit interne ou externe. Dans ces conditions, poser la Constitution comme étant « au sommet de l'ordre juridique interne » est en contradiction directe avec les postulats de base de la *Théorie pure du droit*. La Constitution ne peut être placée au sommet d'un ordre juridique, car le pouvoir constituant tire sa compétence d'une norme encore supérieure.

Le problème réside bien sûr dans le fait que le Conseil constitutionnel peut difficilement intégrer la notion de norme fondamentale dans son contrôle, puisque celui-ci vise à faire respecter la conformité à la Constitution des textes qui lui sont déférés. Il lui serait ardu d'introduire une norme fondamentale, par principe sans contenu, dans ses normes de référence, ne serait-ce que pour rendre son raisonnement plus cohérent du point de vue théorique. S'il le faisait, cela pourrait également signifier que c'est lui, en tant que Conseil constitutionnel, qui établit des principes supérieurs à la Constitution, aporie remarquable s'il en est, car cela signifierait qu'il est l'autorité qui pose la validité d'une norme supérieure à la Constitution, alors que c'est la Constitution qui fonde son autorité. Dans ce cas de figure, la pyramide des normes n'en est plus une.

On pourrait faire un parallèle avec le fameux paradoxe de Russell, vulgarisé sous la forme du paradoxe du barbier : un barbier qui aurait l'obligation de raser ceux et seulement ceux qui ne se rasent pas eux-mêmes se heurterait à une difficulté insoluble à propos de sa propre barbe. Il en est de même pour le Conseil constitutionnel : s'il crée une norme supérieure à la Constitution, il devient l'autorité qui fonde cette norme, alors qu'il tire sa validité de la Constitution. S'il ne la crée pas, il ne peut justifier la suprématie de la Constitution dans la hiérarchie des normes. Il a donc le choix entre aporie et aporie.

Il faut également insister sur la question de l'ordre interne. Le Conseil constitutionnel réitère ce terme dans la perspective consécutive à sa décision IVG de 1975³⁹. Pour lui, il ne ressort pas de sa compétence de pouvoir examiner la conventionnalité des lois, et laisse donc ce contrôle aux juridictions du fond. Le Conseil confronte donc les normes soumises à son contrôle au bloc de constitutionnalité, et s'arrête là (ce qui entraîne toutefois des difficultés à propos des fameuses lois de transposition des directives européennes). Ici, le Conseil constitutionnel semble donc préférer les références à l'ordre interne pour demeurer sur le seul terrain constitutionnel, et ne pas s'engager sur les questions de confrontation à l'ordre externe et plus particulièrement européen. La Constitution est donc, pour lui, au sommet de l'ordre interne.

Cependant, l'attitude du Conseil constitutionnel dans ses décisions relatives au contrôle de constitutionnalité des lois de transposition pourrait être vue, dans une certaine mesure, comme un refus de prendre position sur la question de la supériorité du droit interne par rapport aux normes internationales. Cela se placerait donc dans la droite continuité du refus de Hans Kelsen de prendre position à ce sujet, refus dû à la nature idéologique du questionnement. Ce serait toutefois pousser le raisonnement assez loin, car bien d'autres facteurs entrent en considération, ne serait-ce que le dialogue opéré entre le Conseil constitutionnel, les juridictions du fond, et la Cour de justice de l'Union européenne. Il est plus que probable que le mouvement

³⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 257.

³⁹ Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Journal officiel* du 16 janvier 1975, p. 671, *Recueil*, p. 19.

d'internationalisation du droit a été pris en compte par le Conseil constitutionnel, mais rien n'interdit de penser que le normativisme a eu une lointaine influence sur l'appréhension de ce mouvement par les juridictions internes. Mais les divergences ne s'arrêtent pas là : elles se retrouvent également à propos du contrôle de constitutionnalité, thème déjà abordé par Hans Kelsen dans sa *Théorie pure*.

B-Des incohérences d'ensemble entraînées par l'intégration partielle de ces concepts dans la jurisprudence constitutionnelle

Kelsen, dans le fameux titre V de sa *Théorie pure du droit* (intitulé « Dynamique du droit »), consacre plusieurs développements au contrôle de constitutionnalité des lois, et conduit, à cette occasion, une critique de la terminologie et du raisonnement employés à ce sujet. Pour le maître autrichien, « l'assertion qu'une loi valable, une loi 'en vigueur' serait contraire à la Constitution, 'inconstitutionnelle' (*verfassungswidrig*) est une *contradictio in adjecto* : car une loi ne peut être valable qu'en vertu de la Constitution. Si l'on a une raison d'admettre qu'une loi est valable, le fondement de sa validité ne peut se trouver que dans la Constitution. Par contre, d'une loi non-valable, on ne peut pas dire qu'elle soit contraire à la Constitution : une loi non-valable n'est du tout une loi, parce que, juridiquement, elle n'existe pas, et que, par conséquent on ne peut avancer à son sujet aucune assertion juridique⁴⁰. »

Hans Kelsen insiste longuement sur ce point : « aussi longtemps qu'elle n'est pas abrogée (ou annulée), on doit la considérer comme valable, et aussi longtemps qu'elle est valable, elle ne peut pas être contraire à la Constitution, inconstitutionnelle⁴¹ ». Kelsen continue de développer sa thèse dans les pages suivantes : « les lois dites 'inconstitutionnelles' sont en réalité des lois 'constitutionnelles' – il faut entendre : conformes à la Constitution –, mais des lois 'constitutionnelles' annulables par une procédure particulière⁴². »

L'attention toute particulière apportée par Hans Kelsen à ce débat peut faire penser qu'il tentait de rectifier une erreur de raisonnement assez commune dans la science juridique, à tel point qu'il reformule une dernière fois sa position en ces termes : « au sein d'un ordre juridique, il ne peut pas y avoir quelque chose de tel qu'une nullité : les normes qui font partie d'un ordre juridique ne peuvent pas être nulles, elles peuvent seulement être annulables⁴³ ». Ceci est à mettre en parallèle avec ce qu'on peut lire à l'article 62 de la Constitution de 1958 : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application » et « une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision ».

Une disposition inconstitutionnelle est donc considérée comme valable dans cet ordre juridique, jusqu'à ce qu'elle soit abrogée par une décision du Conseil. Ceci est en contradiction avec les thèses exposées précédemment par Kelsen, selon lesquelles une norme ne peut être à la fois valable et inconstitutionnelle. Il serait possible d'apporter un contre-argument en spécifiant que cette norme est conforme à la constitution jusqu'à ce qu'elle soit déclarée contraire à celle-ci par le Conseil constitutionnel, mais c'est pousser là assez loin le paradoxe : comment une norme pourrait-elle à la fois conforme et contraire à la constitution, ou changer de nature, c'est-à-dire passer du statut de norme à celui de non-norme par la seule volonté d'un organe juridictionnel, quel qu'il soit ? Sur ce point, la doctrine de Kelsen est en contradiction avec les dispositions de la Constitution, et, partant, avec une bonne part de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, puisque son rôle est justement de déclarer si une norme est inconstitutionnelle ou non.

⁴⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 360.

⁴¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 387.

⁴² H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 390.

⁴³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 393.

A partir du moment où il reconnaît l'inconstitutionnalité d'une loi quelconque, il s'oppose aux thèses de la *Théorie pure*. Cependant, étudions un instant ce que pourrait être une décision du Conseil constitutionnel conforme aux conceptions kelsésiennes en la matière. Une loi ne peut donc être déclarée inconstitutionnelle, mais seulement annulée selon une procédure spéciale. L'annulation est donc possible, mais pas par le motif d'inconstitutionnalité. Une loi considérée conforme à la Constitution sera ainsi annulée, sans aucun fondement relatif à son contenu. On conçoit les problèmes que pourront poser cette voie, surtout si l'on étudie les choses du simple point de vue du bon sens juridique : pourquoi une loi conforme à la constitution serait-elle annulée ?

Il en est de même pour les lois non normatives. L'existence d'une norme qui ne serait pas normative est en contradiction directe avec les principes de la dynamique du droit, pour lesquels la fondation de la validité des normes n'est pas le contenu de ces normes, mais le fait qu'ils aient été adoptés en respectant une certaine procédure. Dans cette perspective, le fait que la loi ne prenne que des mesures générales ou soit purement déclarative importe peu. Ce qui importe, c'est le respect des procédures d'adoption. Comment justifier, dans ce cadre, l'annulation de lois au motif qu'elles ne contiennent pas de dispositions à caractère obligatoire ?

Pourtant, le Conseil constitutionnel a sciemment emprunté cette voie. « Une norme juridique n'est pas valable parce qu'elle a un certain contenu, c'est-à-dire parce que son contenu peut être déduit par voie de raisonnement logique d'une norme fondamentale supposée ; c'est pour cette raison, et pour cette raison seulement qu'elle fait partie de l'ordre juridique dont les normes sont créées conformément à cette norme fondamentale⁴⁴. » Par exemple, la décision « Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école » du 21 avril 2005⁴⁵, pour laquelle « la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative », ce qui justifie l'inconstitutionnalité de plusieurs dispositions législatives.

L'influence du normativisme sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, si elle est réelle, est une influence limitée. Le Conseil ne se sent pas lié par la logique d'ensemble du système kelsénien, et reste attaché à un pragmatisme conscient qui lui permet d'agir sans se préoccuper de la cohérence théorique des notions qu'il utilise. Il convient à ce propos de ne pas perdre de vue la mission fondamentale du Conseil, du moins celle fondée par l'article 61, à savoir contrôler la conformité à la Constitution d'un certain nombre de textes. S'il fallait garder un seul étalon pour mesurer l'action du Conseil constitutionnel, ce serait celui-là.

Il est ardu de tirer une conclusion ferme et directe de cette étude, de par sa nature même. Si Hans Kelsen a examiné à plusieurs reprises la question du contrôle de constitutionnalité, et si le Conseil constitutionnel emploie sans doute sciemment plusieurs concepts directement tirés de la *Théorie pure du droit*, il n'est pas pour autant possible d'en induire que la jurisprudence constitutionnelle est entièrement fondée sur les concepts normativistes. Et pour cause : le Conseil constitutionnel reste un organe principalement tourné vers le contrôle de constitutionnalité des lois, et donc la compétence est encadrée *a priori* par la Constitution. Il n'est donc pas surprenant qu'il se limite à l'objet pour lequel ses possibilités d'action sont définies, et n'aborde pas d'autres problématiques, malgré sa place déterminante dans l'articulation de la hiérarchie des normes. Cela porte la question de l'intégration de la théorie par la pratique.

Si le système kelsénien est un système permettant l'explication du droit dans son ensemble, pour peu que l'on adhère à ses postulats de base, l'intégration directe de ses concepts par une juridiction, quelle qu'elle soit, amène des difficultés d'ordre particulier, que Kelsen expliquerait sans doute par la dichotomie entre le droit lui-même et la science du droit : à partir du moment où des concepts utilisés par la science du droit apparaissent dans le droit, ils ne sont plus des

⁴⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 262.

⁴⁵ Décision n° 2005-512 DC, *Journal officiel* du 24 avril 2005, p. 7173, *Recueil*, p. 72.

concepts de science juridique. Après avoir été des outils conceptuels permettant de saisir le droit, ils deviennent à leur tour des objets d'étude de la science juridique, alors même qu'ils continuent à faire partie de telle ou telle théorie. L'exemple le plus marquant est, on l'a dit, la notion de hiérarchie des normes, hypothèse doctrinale fameuse, mais intégrée depuis dans la jurisprudence constitutionnelle. On pourrait en citer d'autres, mais l'apparition d'idées relativement récentes de théorie juridique au sein de décisions de justice est une problématique relativement neuve.

Tout cela pose les bases d'une réflexion que cette intervention n'avait pour but que d'esquisser. Il y a amplement matière pour des développements futurs, voire pour des travaux plus ambitieux, tant ce sujet se trouve à l'intersection de l'étude de la doctrine et de l'étude de la jurisprudence. Une telle démarche ne manquera pas, si elle est suivie, d'éclairer un champ du droit constitutionnel français qui demeure encore obscur.