

De la relativité de la hiérarchie des normes

Nous posons ici dans sa généralité la question de la détermination de la norme applicable à un acte ou à une situation donnée dès lors que l'on se trouve en présence d'une pluralité de normes possibles.

En principe, cette circonstance tout à fait commune trouve sa solution dans l'application de la hiérarchie des normes qui structure tout ordre juridique. Toutefois, dans un but de formalisation, il est nécessaire d'affiner cette notion dont l'application pratique n'est pas immédiate.

Hiérarchie réelle et hiérarchie normative

Il convient d'observer en tout premier lieu que lorsque l'on évoque la hiérarchie des normes, il s'agit généralement de la hiérarchie normative, c'est-à-dire celle que le juge applique chaque fois qu'il a à trancher un litige ou à dire le droit. Mais, dans la réalité, plusieurs principes tendant à assurer la stabilité de l'ordre juridique font que la hiérarchie réelle qui s'applique avant tout jugement est l'inverse de la hiérarchie normative.

Ainsi, l'administration qui dispose du privilège du préalable bénéficie d'une présomption de légalité et l'illégalité éventuelle de l'acte administratif ne peut être soulevée devant le juge que dans les délais du recours pour excès de pouvoir.

Au-delà de ce délai, l'administration peut retirer l'acte litigieux dans les limites de la jurisprudence *Dame Cachez*. Elle peut aussi abroger le texte ou l'acte contestable ou illégal et elle peut même être tenue de le faire quand l'acte a été déclaré illégal. En effet, l'illégalité de l'acte, qui peut exister depuis la signature de l'acte, ou qui peut tenir à des changements dans les circonstances de fait, ou encore à une situation juridique nouvelle, peut être soulevée devant le juge civil ou administratif dans le cadre d'un renvoi en appréciation de légalité ou par la voie de l'exception d'illégalité, mais en tout état de cause le juge ne peut que constater l'illégalité de l'acte et en écarter l'application dans l'espèce en cause sans vider l'ordre juridique de l'acte illégal. De même, si l'acte est un acte réglementaire, tout acte d'application sera susceptible d'être déféré au juge de l'excès de pouvoir paralysant ainsi l'application du texte illégal. De même, la multiplication des litiges liés à l'acte incriminé devant le juge civil ou le juge administratif dans le cadre du plein contentieux en paralyserait l'application, constituant une forte incitation à abroger le texte illégal. Enfin, tout justiciable intéressé peut demander à l'administration d'abroger le texte et en cas de refus de l'administration, ce refus lui-même peut être déféré au juge de l'excès de pouvoir. Ce dernier peut ensuite annuler la rejet de la demande par l'administration.

Ces règles résultent principalement de la célèbre jurisprudence *Despujol* (CE 10 janvier 1930) et des divers arrêts qui l'ont prolongée. Elles ont été synthétisées dans l'article 3 du décret du 28 novembre 1983 sur les relations entre l'administration et les usagers qui dispose : « L'autorité compétente est tenue de faire droit à toute demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, soit que le règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte des circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date ».

De même, si le texte incriminé est un texte législatif qui serait contraire à la Constitution sans avoir fait l'objet d'une saisine du Conseil Constitutionnel, la constitutionnalité de la

loi en question pourra après sa promulgation être contestée à l'occasion d'une modification de ladite loi.

Cette règle est évidemment transposable pour les textes réglementaires dont la légalité peut être évidemment remise en cause, dans le délai du recours pour excès de pouvoir. Les textes réglementaires peuvent être également directement déférés pour annulation devant le juge de l'excès de pouvoir lorsque la loi serait venue ultérieurement créer une situation juridique nouvelle ôtant au règlement attaqué sa base légale. En vertu de la jurisprudence Despujol, ce recours direct est ouvert dans le délai du recours contentieux à compter de la publication de la loi.

Il est important d'observer que le décret du 28 novembre 1983 pose un problème au second degré à celui qui s'interroge sur les règles lui permettant de connaître les textes normatifs applicables.

En effet, cet article 3 n'ajoute rien à la jurisprudence. Etant un décret et non une loi, il n'a d'autorité que pour les autorités disposant d'un pouvoir réglementaire inférieur au décret. De plus, le décret ne s'applique qu'aux administrations de l'Etat et non aux administrations locales. Il ne vaut également que dans les relations entre les administrations d'Etat et les usagers et non dans les relations de ces administrations avec leurs agents. Sont également exclus du champ d'application les services placés sous l'autorité du ministre de la justice. A l'inverse, la jurisprudence Despujol est d'application tout à fait générale.

Nous devons immédiatement déduire de cette analyse deux conclusions :

Il est clair que l'ordre juridique recèle un certain nombre de contradictions constitutives matériellement d'une inconstitutionnalité ou d'une illégalité qui tant qu'elle n'aura pas été formellement constatée par le juge ou que les actes inconstitutionnels ou illégaux n'auront pas été formellement abrogés par l'autorité politique ou administrative compétente, n'en font pas moins partie intégrante de l'ordre juridique existant. Nous avons donc une légalité présumée qui est une légalité imparfaite que le modélisateur peut tout à fait se trouver en situation de devoir constater. Mais il ne pourra que constater la contradiction, c'est à dire que la modélisation doit supporter la coexistence éventuelle de textes juridiquement parfaitement valides mais virtuellement contradictoires, ces contradictions étant susceptibles d'être dénouées par l'effet des recours juridictionnels, des abrogations et modifications législatives et réglementaires. Le modélisateur doit donc admettre la contradiction et en tirer la seule conclusion pratique efficace, à savoir que le texte applicable n'est pas le texte de rang supérieur mais au contraire le texte de rang inférieur dans la hiérarchie des textes normatifs, c'est-à-dire celui qui se trouve le plus près de la situation concrète à traiter.

En second lieu, il faut admettre que pour une même question de droit on peut avoir une pluralité de sources juridiques. Dans l'exemple présent, nous avons une jurisprudence, dont la valeur juridique l'emporte sur le décret. On peut donc être tenté d'ignorer purement et simplement le décret lors même que le décret reprend sans changement substantiel la formulation de la jurisprudence, mais avec un champ d'application plus restreint. Et c'est au cas particulier la solution qui pourrait être préconisée pour le modélisateur, à savoir transcrire la jurisprudence et conférer au décret le statut d'une norme inopérante.

La question de l'application directe, même sans texte d'application

Il est fréquent que les lois renvoient pour l'application de certaines de leurs dispositions à un décret en Conseil d'Etat, un décret simple ou un arrêté ministériel ou interministériel.

En principe, l'absence de texte d'application a pour effet de paralyser la disposition législative. La jurisprudence (CE 13 juillet 1962, Kervers-Pascalis, CE Ass. 27 novembre 1964 *Ministre des finances c. Dame Veuve Renard*, CE Ass. 3 février 1989 *Cie Alitalia*) est venue sanctionner sur le terrain de la légalité et de la responsabilité l'inertie de l'administration à prendre les dispositions d'application d'une loi, d'un règlement, ou d'une directive communautaire. Cela dit, le jugement n'a pas pour effet direct de prendre le texte manquant pour que l'application devienne effective. Encore faut-il que l'administration s'exécute pour que l'ordre juridique soit effectivement modifié, ce qui peut prendre un certain temps.

Inversement, on peut trouver des dispositions législatives pour lesquelles aucun décret d'application n'est prévu mais dont la rédaction en termes généraux laisse penser qu'elles ne sont pas directement applicables.

On peut citer en exemple le cas du 1% artistique. En vertu de l'article 59 de la loi du 22 juillet 1983 relative aux transferts de compétences, les collectivités locales sont tenues de consacrer 1% du montant de l'investissement consacré à l'ouvrage à l'insertion d'œuvres d'art, dans toutes les constructions qui faisaient l'objet jusqu'alors de la même obligation à la charge des ministères de l'Education nationale et de la Culture qui ont transféré leurs compétences aux collectivités. Ainsi, les lycées pour les régions, les collèges, les archives départementales et les bibliothèques centrales de prêt pour les départements, les écoles pour les communes. Faute de modalités d'application, la plupart des régions et départements ont fixé leurs propres procédures par voie de délibérations de leurs assemblées délibérantes, mais seulement 40 % des communes pratiquent le 1% artistique.

Un autre exemple tout à fait intéressant est celui de l'article L.3 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel résultant de l'article 22 de la loi du 6 janvier 1986, et selon lequel « les tribunaux administratifs assurent également une mission de conciliation ». Aucun décret n'ayant été ni prévu ni pris pour préciser les modalités d'application de cet article, la doctrine s'est demandée s'il était entré en vigueur. Par sa décision du 23 juin 1989, *Veriter* (AJDA 1989, p.477), le Conseil d'Etat a répondu de façon affirmative. L'article L.3 est applicable par lui-même pour des questions et selon une procédure qu'il appartient à chaque tribunal administratif de déterminer.

On pourrait à la lumière de ces exemples penser que l'absence de décret ou d'arrêté ministériel pour l'application d'une disposition législative implique que celle-ci est applicable directement sans texte supplémentaire. Il n'en est rien.

Un exemple tout à fait caractéristique est celui de l'article 88 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 modifiée par l'article 13 de la loi n°90-1067 du 28 novembre 1990 et qui énonce que « l'assemblée délibérante de chaque collectivité territoriale ou le Conseil d'administration d'un établissement public local fixe, par ailleurs, les régimes indemnitaires dans la limite de ceux dont bénéficient les services de l'Etat ». Cette rédaction a ouvert un débat juridique au sein des collectivités locales et de la fonction publique de l'Etat quant à la liberté dont pouvaient bénéficier les assemblées délibérantes des collectivités territoriales pour fixer le régime indemnitaire applicable à leurs fonctionnaires. Les parlementaires avaient explicitement prévu l'application immédiate de

la loi, sans renvoyer à des décrets pour en préciser les conditions d'application. Le ministère de l'intérieur, arguant d'une « erreur manifeste d'appréciation » des parlementaires et s'appuyant sur l'article 140 de la loi du 26 janvier 1984, a préparé deux décrets d'application qui ont été soumis à l'avis du Conseil d'Etat. Ce dernier a validé la position du ministère de l'intérieur et a établi que l'article 13 de la loi du 28 novembre 1990, nonobstant la volonté manifeste du Parlement, n'était pas applicable sans décret.

En fait, deux interprétations étaient possibles. L'une était fondée sur le principe constitutionnel de liberté d'administration des collectivités locales qui aurait pu justifier une lecture favorable à l'autonomie des collectivités locales. Cette interprétation aurait sans doute traduit fidèlement la volonté du législateur. L'autre interprétation était plus conforme à l'état du droit en ce qui concerne la définition des statuts particuliers et des régimes de prime des fonctionnaires tels qu'il est rappelé par l'article 140 de la loi du 26 janvier 1984. Elle est également plus conforme au principe constitutionnel d'égalité. En définitive, la hiérarchie des normes en matière de fonction publique et le principe d'égalité sont respectés, le décret posant le principe selon lequel les régimes indemnitaires des fonctionnaires des collectivités locales sont arrêtés par comparaison avec ceux des services extérieurs de l'Etat, en se fondant sur la notion juridique d'équivalence des fonctions, avec une exception pour les administrateurs territoriaux assimilés aux administrateurs civils. Les régimes indemnitaires devant être établis suivant une totale homologie, les références aux corps comparables de l'Etat sont fixées par arrêté. La loi n'est donc pas d'application directe.

A la lumière de cet exemple, il apparaît que l'absence de renvoi explicite à un décret d'application n'implique pas obligatoirement que l'intervention du pouvoir réglementaire ne soit pas nécessaire. Il faut cependant noter que pour que le ministère de l'intérieur soit allé jusqu'à invoquer « l'erreur manifeste du législateur » pour obtenir du Conseil d'Etat une interprétation différente de celle qui semblait s'imposer a priori, il faut qu'une telle circonstance soit relativement exceptionnelle.

Cet exemple montre également la relativité de la notion de volonté du législateur comme base d'interprétation d'un texte de loi.

Il montre enfin la complexité des considérations prises en compte par l'interprétation : deux principes constitutionnels en partie contradictoires, le principe d'égalité et le principe de libre administration des collectivités locales; un principe de cohérence du système juridique régissant le droit de la fonction publique en contradiction avec la volonté du législateur telle qu'elle s'est exprimée sur un seul article de loi, contraire elle-même à la volonté du législateur exprimée dans un autre article de loi (l'article 140 de la loi du 26 janvier 1984). Plutôt que d'imposer l'interprétation de la loi postérieure sur l'interprétation de la loi antérieure, le Conseil d'Etat a tout simplement opté pour la solution la plus cohérente avec le système juridique français tel qu'il existe, appliquant ainsi une démarche de type parfaitement systémique (cf. p. **Erreur ! Signet non défini.**).

Inutile de dire que ce genre d'analyse apparaît tout à fait cohérent après coup, mais en réalité totalement imprévisible et ne peut être intégré à l'ordre juridique par la modélisateur qu'après que le Conseil d'Etat ait statué.

Dès lors que la présence ou l'absence de disposition formelle prévoyant la nécessité d'un décret d'application ne permet pas de savoir sur une disposition législative est directement applicable ou non, il est nécessaire de rechercher un élément matériel.

On peut trouver un tel élément matériel dans certaines formulations de la jurisprudence telles que par exemple celle des considérants de l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 juin 1994, Commune de Cabourg, concernant l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

Cet article prévoit que le président du tribunal administratif, ou son délégué, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics et des conventions de service public tels que définis aux articles 9, 10 et 11 de la loi du 3 janvier 1991. Il précise les personnes habilitées à agir et qui sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat. Il définit les pouvoirs du président du tribunal qui peut être saisi avant la conclusion du contrat. Ce dernier peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme du référé.

Considérant que les dispositions de l'article L.22 déterminent la forme des recours, les personnes habilitées à agir, le juge compétent pour être saisi, l'étendue des compétences qui lui sont dévolues, et les voies de recours contre sa décision, le Conseil d'Etat en conclut que ces dispositions se suffisent à elles-mêmes et sont entrées en vigueur à la date d'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1991, c'est-à-dire à la date de publication du décret et de l'arrêté du 31 mars 1992 pris pour son application. C'est donc la relative précision des dispositions qui les rendent directement applicables.

On peut ajouter à l'appui de cette interprétation par l'élément matériel une jurisprudence récente du tribunal administratif de Versailles concernant l'article 4 de la loi d'orientation pour la Ville n°91-662 du 13 juillet 1991, dite loi LOV, qui a institué une procédure de concertation pour les opérations d'aménagement qui « par leur nature ou par leur ampleur affectent le cadre de vie des habitants des quartiers ou ensembles immobiliers », en précisant qu' « un décret en Conseil d'Etat déterminera, *en tant que de besoin*, les conditions d'application du présent article ». En fait, la circulaire d'application de la loi sur la Ville considérait que l'article 4 de la loi était d'application immédiate. Et le tribunal de Versailles a validé implicitement cette interprétation en appliquant l'article 4 à une requête contre une décision d'un maire ayant autorisé un lotissement en considérant que le lotissement ne portait pas atteinte à « l'économie générale de la commune » et en écartant la concertation pour la réalisation de ce projet prévue par l'article 4.

On pourrait conclure de ces quelques observations qu'une disposition qui ne serait pas suffisamment précise ne serait pas applicable sans intervention du pouvoir réglementaire. Cette conclusion serait sans doute tout à fait insuffisante.

En effet, la nature de la disposition détermine le régime de son applicabilité. Lorsque la disposition met en place un dispositif, définit une procédure, ceux ci ne peuvent entrer réellement en vigueur qu'à partir du moment où le texte où les textes permettent de répondre à des questions opératoires tout à fait basiques comme qui, que, quoi, comment, quand, où, par qui, avec qui, etc. Ainsi, quand le Conseil d'Etat considère que l'article L.3 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel est « applicable par lui-même », il ajoute « pour des questions et selon une procédure qu'il appartient à chaque tribunal administratif de déterminer », ce qui veut dire que l'article

n'est pas directement applicable mais qu'il renvoie à l'autorité administrative compétente, en l'occurrence, chaque tribunal administratif, de fixer, en fonction de son pouvoir réglementaire propre, le soin de définir dans son aire de compétence, la réglementation adéquate. Or, l'on sait que tout chef de service dispose d'un pouvoir réglementaire résiduel qui trouve son fondement juridique dans le principe général de valeur constitutionnelle qu'est la continuité de l'Etat (CE, Labonne).

De même pour le 1% artistique, la disposition législative suppose pour être applicable que chaque collectivité locale arrête elle-même, selon les voies appropriées, qui évidemment sont variables, les dispositions nécessaires pour que la procédure puisse fonctionner.

Toutefois, dès lors que la loi a prévu une disposition sans préciser si un décret d'application est nécessaire, on peut se demander si le justiciable pourrait être en droit d'exiger que l'autorité administrative compétente prenne les mesures d'exécution nécessaires en vertu de la jurisprudence Dame Veuve Renard. Il y a théoriquement tout lieu de le penser, même si nous n'avons pas de jurisprudence couvrant exactement cette hypothèse à citer.

A l'inverse, quand la loi pose un principe général qui ne correspond à aucun dispositif opératoire, la question de l'applicabilité se pose dans des termes différents. On peut dire que le principe général crée des droits qui peuvent être invoqués par tout justiciable et que le juge peut utiliser comme directive d'interprétation pour les textes impliquant au contraire un dispositif, des moyens ou une procédure particulière.

Ce point de vue appelle toutefois une discussion, car la doctrine s'interroge souvent sur la portée juridique de dispositions formulées en terme trop généraux, sortes de profession de foi, entête de chapitre de programme politique, formules incantatoires constituant une invite à l'intention du législateur sans perspective de traduction juridique donc sans caractère opératoire tant que des modalités précises d'application n'ont pas été arrêtées soit par le législateur, soit par le pouvoir réglementaire.

On se souviendra des débats qui ont eu lieu à propos du préambule de la Constitution de la IV^e République et de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen auquel ce préambule, qui est incorporé au préambule de la Constitution de 1958, fait référence. Pendant longtemps, le Conseil d'Etat ne reconnaissait pas aux déclarations et préambules le caractère de prescriptions juridiques, mais il voyait dans les principes reconnus par eux des règles susceptibles d'être sanctionnées en tant que principes coutumiers non écrits. En fait ces principes ont été une source d'inspiration pour le Conseil d'Etat pour l'élaboration des principes généraux du droit, présentés comme pure création prétorienne, se dégageant de l'état général de la société et des structures de notre système juridique. La Constitution de la IV République ayant exclu du contrôle de constitutionnalité, de manière explicite, le Préambule, ni la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, ni les "principes particulièrement nécessaires à notre temps", ni les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" n'étaient susceptibles de recevoir la moindre sanction juridique.

Avec la Constitution de 1958, la situation a changé fondamentalement. Dans le silence de la Constitution, le Conseil Constitutionnel s'est considéré, à partir de sa décision du 16 juillet 1971, "droit d'association", autorisé à s'appuyer sur le Préambule pour exercer un contrôle au fond de la constitutionnalité des lois. C'est ainsi qu'un certain nombre de principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'Etat ont pris valeur constitutionnelle par référence, soit au Préambule (donc la Déclaration des Droits de l'Homme et du

Citoyen), soit à la Constitution elle-même, soit sans référence textuelle explicite, bien que celle-ci soit en réalité facile à trouver (principe de continuité de l'Etat par exemple).

Ainsi, toutes les dispositions de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, les « principes particulièrement nécessaires à notre temps » (droit syndical, droit de grève, droit à une vie familiale normale, droit au logement, etc.), et « les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (droit d'association, indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur, séparations des autorités administratives et judiciaires), ont-ils été élevés ou sont-ils susceptibles d'être élevés au niveau constitutionnel ou dégagés par le Conseil Constitutionnel à l'occasion du contrôle de constitutionnalité des lois. Dès lors, la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, non seulement s'impose au législateur dont les lois déclarées totalement ou partiellement inconstitutionnelles ne peuvent être promulguées que pour leurs dispositions reconnues non contraires à la Constitution, mais aussi à l'ensemble de pouvoirs publics, et par conséquent aux juridictions qui doivent en tenir compte dans leur jurisprudence.

Par conséquent, toute disposition appartenant au bloc de constitutionnalité, bloc dont le contenu est connu, sous réserve des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, dont la définition pour n'être pas indéfiniment extensible, n'est pas non plus par construction clairement circonscrite, quelle que soit la généralité de sa formulation, fait partie de l'ordre juridique, c'est à dire du droit positif, et il appartient au modélisateur soit de prendre acte des applications qui en sont faites et qui sont incorporées dans le corpus des solutions juridiques, soit de considérer que, n'ayant pas fait l'objet d'application, elle reste virtuellement utilisable par le juge.

D'une manière générale, un principe est énoncé seul. Exceptionnellement, il renvoie à la loi pour son application. C'est le cas du droit de grève pour lequel le préambule dispose qu'il « s'exerce dans le cadre des lois qui le réglemente ». De cette formulation et du fait que le législateur n'est jamais intervenu de manière globale pour réglementer le droit de grève est née une controverse entre une partie de la doctrine et le Conseil d'Etat. Une partie de la doctrine considère en effet que le texte du Préambule réserve à la loi la réglementation du droit de grève et que par conséquent toute limitation du droit de grève par la voie réglementaire est illégale, voire carrément inconstitutionnelle (Cf. Frank Miatti, *Les Petites Affiches* 29 avril 1996, *Le juge constitutionnel, le juge administratif et l'abstention du législateur*, p.9). Le Conseil d'Etat, au nom d'un principe fortement établi, celui de la continuité de l'Etat (CE, 28 juin 1918, Heyriès, CE, 8 août 1919, Labonne, CE, 7 février 1939, Jamart, Conseil Constitutionnel n°87-149 selon lequel « l'article 34 de la Constitution n'a pas retiré au chef du gouvernement les attributions de police générale qu'il exerçait antérieurement, en vertu de ses pouvoirs propres et en dehors de toute habilitation législative ») considère au contraire que dans l'attente des lois la réglementant, le gouvernement peut limiter l'exercice du droit de grève si l'ordre public l'exige. Il est certain que le souhait du Conseil Constitutionnel est que le législateur se conforme à la Constitution et réglemente le droit de grève. Ainsi, la décision n°80-117 DC du 22 juillet 1980 ne reconnaît l'article 6, 3^e alinéa de la loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires conforme à la constitution que parce qu'il « n'apporte à l'exercice du droit de grève que les restrictions nécessaires à la sauvegarde des objets d'intérêts général qu'il vise » et « ne comporte aucune délégation au profit du gouvernement, de l'administration ou des exploitants du soin de réglementer l'exercice du droit de grève ». En fait, il ne s'agit là que d'une expression de l'attitude constante du Conseil Constitutionnel de ne pas admettre de délégation au profit du gouvernement que dans les formes prévues par l'article 38 de la Constitution. De là à en inférer que toute intervention

du pouvoir réglementaire dans ce domaine est illégale et que la jurisprudence du Conseil d'Etat est inconstitutionnelle, il y a un pas qu'il est difficile de franchir. D'une part, parce qu'il n'existe aucun mécanisme constitutionnel destiné à assurer la conformité de la jurisprudence tant du Conseil d'Etat que de la Cour de Cassation à la Constitution et à la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. D'autre part, parce qu'en reconnaissant la légitimité du pouvoir réglementaire pour intervenir là où le législateur s'est abstenu de le faire, le Conseil d'Etat ne fait également qu'appliquer une jurisprudence constante fondée sur le principe de continuité de l'Etat auquel le Conseil Constitutionnel reconnaît lui-même valeur constitutionnelle. La question de savoir si tactiquement le Conseil d'Etat ne devrait pas mieux forcer le législateur à intervenir en déclarant illégale toute mesure d'origine réglementaire est un autre problème. Pour notre part nous considérons que seul le droit positif doit être retenu par le modélisateur. Or, le droit positif résulte des positions combinées que Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat et selon lequel la réglementation du droit de grève est du domaine législatif, mais que, en l'absence d'intervention du législateur, il appartient au pouvoir réglementaire de prendre, sous le contrôle du juge, les dispositions indispensables à la continuité des services publics essentiels à la vie de la nation. Il va de soi que cette entorse aux principes les mieux établis en ce qui concerne la distinction des domaines de la loi et du règlement, distinction que le Conseil d'Etat ne se fait pas faute de sanctionner pour incompétence, ne se justifie que parce qu'est en cause le principe constitutionnel de continuité de l'Etat et l'obligation qui est faite au pouvoir réglementaire d'assurer l'application des lois et le fonctionnement des services publics établis par la loi.

On doit donc considérer que, quelle que soit la matière, le pouvoir réglementaire peut toujours, même sans habilitation législative intervenir soit pour préciser un disposition législative, soit en dehors de toute disposition législative préexistante. Dans l'exercice de son pouvoir réglementaire, le pouvoir exécutif peut rencontrer des principes limitant son intervention, tels que le droit de grève ou le principe de libre administration des collectivités locales, en fonction desquels le juge administratif devra apprécier la légalité de l'intervention du pouvoir réglementaire au terme d'un raisonnement juridique sur lequel nous reviendrons.

Un exemple caractéristique d'un principe dégagé récemment par le Conseil Constitutionnel à partir du Préambule, sans que celui-ci ne renvoie en quoi que ce soit au législateur, est le droit au logement dans lequel le Conseil après avoir vu dans le logement des plus défavorisés « une exigence d'intérêt national » (90-274 DC du 29 mai 1990) y voit désormais un « objectif à caractère constitutionnel » (94-359 DC 19 janvier 1995).

En fait, le Conseil Constitutionnel déduit de plusieurs principes de valeur constitutionnelle contenus dans le Préambule, dont la formulation très générale aurait pu faire penser en d'autres temps qu'ils étaient dépourvus de force juridique, un principe appartenant à une sorte de nouvelle catégorie juridique dérivée du bloc de constitutionnalité que sont les objectifs de valeur constitutionnelle.

Le Conseil Constitutionnel considère en effet qu'aux termes du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ; qu'aux termes du onzième alinéa de ce préambule, la Nation « 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, que « 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 » ; qu'il ressort également du préambule de la Constitution de 1946 que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle, et qu'en conséquence « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle. »

Le Conseil Constitutionnel précise, ce que ne dit pas le Préambule, mais qui en réalité va de soit, qu'il incombe tant au législateur qu'au gouvernement de déterminer, conformément à leurs compétences respectives, les modalités de mise en œuvre de cet objectif ; et que le législateur peut à cette fin modifier, compléter ou abroger des dispositions législatives antérieurement promulguées à la seule condition de ne pas priver de garanties légales des principes à valeur constitutionnelle qu'elles avaient pour objet de mettre en œuvre.

On voit très bien ici le raisonnement du juge. D'abord il pose la règle générale en indiquant à qui elle s'impose directement, le législateur et le gouvernement, dans leurs sphères respectives de compétences. Implicitement, tout justiciable ayant un intérêt pour agir, peut appuyer sa requête sur cet objectif de valeur constitutionnelle. Dans chaque cas particulier, le juge aura à apprécier si la mesure incriminée prive ou ne prive pas cet objectif de son effectivité. En fait, le premier niveau d'appréciation est celui de la conformité de la loi à l'objectif constitutionnel, le second niveau est la conformité de l'acte réglementaire à la loi, l'invocation du principe ou de l'objectif de valeur constitutionnelle n'intervenant que de manière subsidiaire, enfin le troisième niveau d'appréciation est celui de l'acte individuel dont la légalité s'apprécie au regard de l'acte réglementaire dont il fait application, et subsidiairement au regard du principe de valeur constitutionnelle. Au niveau du raisonnement, le juge se livre donc à une appréciation de la conformité d'un acte à une règle de rang supérieur ou à un principe de valeur constitutionnelle. En toute hypothèse, il s'agit d'une appréciation de la qualification juridique.

Notons que le juge peut également se trouver dans le cas de figure où il lui faudra juger dans chaque cas d'espèce de la conciliation entre l'objectif de valeur constitutionnelle ainsi posé et un principe reconnu également de valeur constitutionnelle qu'est le droit de propriété, ainsi que l'a clairement mis en évidence Hélène Pauliat (Recueil Dalloz-Sirey, 1995, 37^e cahier, p.283 à 287). Mais tel n'était pas au cas particulier l'objet de la décision du Conseil Constitutionnel.

Il apparaît ainsi que l'intégralité du Préambule de la Constitution de 1958 est aujourd'hui une source de droit positif s'imposant à toutes les autorités politiques, administratives et judiciaires permettant de fonder des droits que le justiciable est susceptible de faire valoir devant le juge.

Soulignons cependant, avant de conclure sur ce point, que cette hiérarchie des normes n'a été prise en compte que lentement par le Conseil d'Etat et que sur certains points, le doute reste encore permis du fait de la formulation parfois flottante de la Haute Juridiction révélant ses hésitations, ainsi que Philippe Terneyre l'a mis en lumière (Revue Française de Droit Constitutionnel, 6, 1990).

Ainsi, s'agissant des droits de la famille, dans l'arrêt GISTI du 8 décembre 1978 le Conseil décide 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*. Autrement dit, le Conseil d'Etat crée en s'appuyant sur le Préambule de la Constitution de 1946 un nouveau principe général du droit sans toutefois considérer cet alinéa du Préambule comme norme constitutionnelle directe de référence.

« Avec l'arrêt de section *Fédération des fonctionnaires, agents et ouvriers de la fonction publique et autre* du 6 juin 1986, le juge franchit une étape supplémentaire : il y est reconnu en effet un « principe général » en vertu duquel la nation assure à la famille les conditions nécessaires à son développement et garantit, notamment à l'enfant et à la mère, la sécurité matérielle ». Reprenant le texte intégral du 10^e alinéa du Préambule, celui-ci paraît exprimer pour le juge administratif une norme de référence sans toutefois représenter directement une norme constitutionnelle.

Un dernier glissement semble avoir été opéré par le Conseil d'Etat par l'arrêt de section *Union Nationale des Associations Familiales* du 7 mars 1990 dans lequel il considère que les textes attaqués ne sont pas contraires au principe exprimé dans le Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ». Ici, la référence au Préambule est directe sans recours au filtre des principes généraux du droit. Cette évolution est significative car tant que la référence directe au Préambule n'est pas systématique, que cette référence soit le fait des juridictions judiciaires ou des juridictions administratives, la force juridique des dispositions du Préambule dans les relations des particuliers avec l'administration ou dans les relations entre particuliers reste incertaine et suspendue à la décision de la juridiction de l'ériger en principe général.

Or, il n'est pas certain qu'alors que l'ensemble du Préambule est entré dans le droit positif dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, il en soit de même à l'égard des actes administratifs ou privés. Un domaine symptomatique des hésitations du Conseil d'Etat, est celui du droit à l'emploi ou droit au travail exprimé par l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946 en vertu duquel « chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi ».

Pour le Conseil Constitutionnel, il s'agit d'un principe à valeur constitutionnelle depuis la décision 83-156 DC du 28 mai 1983, confirmée par la décision 85-200 du 16 janvier 1986, dans lesquelles le Conseil a estimé qu'il appartenait à la loi, en vertu de l'article 34 de la Constitution, « de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés » « et le cas échéant, en faisant contribuer les personnes exerçant une activité professionnelle à l'indemnisation de celles qui en sont privées ».

Le juge judiciaire a pris en compte cette position du Conseil Constitutionnel en considérant le principe fondamental énoncé par le 5^e alinéa du Préambule de la Constitution comme étant « d'ordre public » et comme autorisant l'annulation d'une disposition d'une convention collective limitant, de façon générale et *a priori*, les possibilités d'embauchage au-delà de l'âge de 35 ans.

Pourtant, note Ph. Terneyre, pour M. Braibant, « il s'agit de la disposition type du Préambule de 1946 dépourvue de valeur juridique, insusceptible de créer directement des droits et des obligations ». On ne peut donc qu'attendre, pour être fixé sur la portée de la valeur juridique de 5^e alinéa, que le Conseil d'Etat soit amené à se prononcer sur cette

valeur, ce qui ne saurait manquer de se produire un jour du fait d'une part de l'importance du contentieux administratif du travail et d'autre part de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel selon laquelle une loi d'habilitation ne saurait avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, du respect des règles et principes à valeur constitutionnelle, au nombre desquels figure le droit du travail et tels qu'ils sont interprétés par le Conseil Constitutionnel.

De ces observations, il convient de tirer quelques conclusions intermédiaires.

- 1) Il faut d'abord souligner l'effet de structuration du droit opéré par la jurisprudence du Conseil Constitutionnel au point que l'on a pu parler de constitutionnalisation des diverses branches de notre droit. On doit observer, comme nous le verrons plus loin que le droit de source internationale en matière de droits fondamentaux exerce également un effet structurant qui apparaît dans une large mesure concurrent des principes ou objectifs de valeur constitutionnelle. En effet depuis la décision 75-54 DC du Conseil Constitutionnel du 15 janvier 1975, complétée par les arrêts Jacques Vabre du 24 mai 1975 de la Cour de Cassation et Nicolo du 20 octobre 1989, les juridictions administratives et judiciaires sont autorisées à écarter l'application d'une loi qui serait contraire à un traité ou un accord international régulièrement ratifié ou approuvé. Or, faute de la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité des lois par la voie de l'exception, tant de la part des juridictions administratives que des juridictions judiciaires, les juridictions qui peuvent invoquer la violation d'un acte international pour écarter l'application d'une loi, ne jouissent pas d'une faculté identique en ce qui concerne la Constitution et particulièrement le Préambule.
- 2) Les principes fondamentaux de valeur constitutionnelle, les principes généraux du droit, ou encore les principes fondamentaux de source internationale qui diffèrent seulement à la marge et plus au niveau de la formulation que du contenu des principes fondamentaux de valeur constitutionnelle, ne sont pas toujours attachés à une branche déterminée du droit au sens académique du terme. Ils ont une portée transversale. Ils interviennent dans le processus d'interprétation comme des directives d'interprétation.
- 3) L'étude des relations entre les normes juridiques est devenue une branche à part entière du droit constitutionnel. Louis Favoreu (Revue de droit constitutionnel, 1990, 1) a ainsi proposé une distinction en trois domaines du droit constitutionnel. En premier lieu, le droit constitutionnel dans sa conception classique englobe l'analyse et le commentaire des textes constitutionnels dans la mesure où ils décrivent des institutions et l'étude du fonctionnement des institutions politiques. Il s'agit du droit *constitutionnel institutionnel*. Un second domaine comprend l'étude des droits fondamentaux, d'où l'expression *droit constitutionnel substantiel*. Enfin, le troisième domaine porte sur l'étude des relations entre normes juridiques, c'est le *droit constitutionnel normatif*. Louis Favoreu propose aussi d'appeler ce domaine le *droit constitutionnel fondamental* car il fonde complètement l'ordre juridique sur lequel repose le fonctionnement de la société et devrait dans une présentation logique d'un système juridique être présenté en premier.
- 4) Le droit constitutionnel substantiel n'est que partiellement un droit écrit. D'une part, compte tenu de la généralité de leurs formulations, l'application des principes fondamentaux ou principes généraux dépend de l'interprétation qui en est donnée par le juge, interprétation qu'il est à la fois hasardeux et inutile de prévoir. Plus encore que leur formulation, ce qui importe est leur interprétation telle qu'elle se déduit des applications qui en sont faites. Le cas du 5^e alinéa du Préambule de 1946 est à cet égard tout à fait

typique. D'autre part, certains principes fondamentaux, principes ou objectifs de valeur constitutionnelle, sont des constructions déduites d'un ou plusieurs principes ayant une base textuelle. Le cas du droit au logement illustre parfaitement ce point.

- 5) Le droit constitutionnel normatif qui donne toute l'architecture du système juridique n'est aussi qu'un droit partiellement écrit. Il se déduit de l'analyse des textes existants et résulte très largement d'une pratique jurisprudentielle.
- 6) Le modélisateur est tenu d'intégrer l'ensemble de l'architecture du système juridique, ce dont le codificateur est dispensé.
- 7) Le droit constitutionnel substantiel et le droit constitutionnel normatif agissent dans le travail d'interprétation comme des directives d'interprétation. Mais il faut souligner deux caractéristiques de ces directives d'interprétation : elles sont elles-mêmes des normes servant à l'interprétation d'autres normes de rang inférieur ; elles font pleinement partie du droit positif.

Mais au-delà de la hiérarchie formelle existant entre normes juridiques, il existe des hiérarchies internes entre dispositions relevant de textes différents mais de même niveau dans la hiérarchie des normes, voire à l'intérieur d'un même texte en fonction du plus ou moins grand degré de généralité desdites dispositions.

Le plus ou moins grand degré de généralité de la formulation comme élément de hiérarchisation

En fait, les articles de loi posant des principes généraux qui très souvent suscitent les interrogations de la doctrine et des praticiens sur leur réelle portée juridique, créent une hiérarchie juridique interne aux textes eux-mêmes.

Ce procédé de législation est devenu, avec un bonheur variable, monnaie courante.

Ex. 1 : loi sur l'éducation du 10 juillet 1989

Article 1 : « L'éducation est la première priorité nationale. Le service public de l'éducation est conçu et organisé en fonction des élèves et des étudiants. Il contribue à l'égalité des chances .

« Le droit à l'éducation est garanti à chacun afin de lui permettre de développer sa personnalité, d'élever son niveau de formation initiale et continue, de s'insérer dans la vie sociale et professionnelle, d'exercer sa citoyenneté.

« L'acquisition d'une culture générale et d'une qualification reconnue est assurée à tous les jeunes, quelle que soit leur origine sociale, culturelle ou géographique. L'intégration scolaire des jeunes handicapés est favorisée. Les établissements et services de soins et de santé y participent.

« Les écoles, les collèges, les lycées et les établissements d'enseignement supérieur sont chargés de transmettre et de faire acquérir connaissances et méthodes de travail. Ils contribuent à favoriser l'égalité entre les hommes et les femmes. Ils dispensent une formation adaptées dans ses contenus et ses méthodes aux évolutions économiques, technologiques, sociales et culturelles du pays et de son environnement européen et international. Cette formation peut comprendre un enseignement, à tous les niveaux, de

langues et cultures régionales. Les enseignements artistiques, ainsi que l'éducation physique et sportive concourent directement à la formation de tous les élèves. Dans l'enseignement supérieur, des activités physiques et sportives sont proposées aux étudiants.

Ex. 2 : article 200-1 du code rural tel qu'il résulte de la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement :

« Les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation.

« Leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état et leur gestion sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs. Elles s'inspirent, dans le cadre des lois qui en définissent la portée, des principes suivants :

«- le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitude, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles de l'environnement à un coût économiquement acceptable ;

«- le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable ;

« - le principe pollueur-payeur, selon lequel les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci doivent être supportés par le pollueur ;

« - le principe de participation, selon lequel chaque citoyen doit avoir accès aux informations relatives à l'environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses. »

L'article 200-2 poursuit :

« Les lois et règlements organisent le droit de chacun à un environnement sain et contribuent à assurer un équilibre harmonieux entre les zones urbaines et les zones rurales.

« Il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde et de contribuer à la protection de l'environnement.

« Les personnes publiques et privées doivent, dans toutes leurs activités, se conformer aux mêmes exigences. »

Ex. 3 : article L.110 de code de l'urbanisme (modifié par l'article 5 de la loi d'orientation pour la ville du 13 juillet 1991).

« Le territoire français est le patrimoine commun de la nation. Chaque collectivité publique en est le gestionnaire et le garant dans le cadre de ses compétences. Afin d'aménager le cadre de vie, d'assurer sans discrimination aux populations résidentes et

futures des conditions d'habitat, d'emploi, de services et de transports répondant à la diversité de ses besoins et de ses ressources, de gérer le sol de façon économe, d'assurer la protection des milieux naturels et des paysages et de promouvoir l'équilibre entre les populations résidant dans les zones urbaines et rurales, les collectivités publiques harmonisent, dans le respect réciproque de leur autonomie, leurs prévisions et leurs décisions d'utilisation de l'espace."

En dépit de son caractère très général, commentent J-C Vénézia et Y Gaudemet (Traité de droit administratif), on estime que cet article pourra donner prise à un contrôle juridictionnel.

Cela n'empêche pas la circulaire d'application n°91-57 du 31 juillet 1991 de la loi d'orientation pour la ville de rappeler que l'article L.110 du Code de l'urbanisme est sans portée normative à l'égard des prévisions et des décisions d'occuper ou d'utiliser le sol, tout en précisant que la modification consistant à introduire le principe de diversité dans les principes généraux de l'urbanisme est applicable immédiatement.

Ex. 4 : Loi d'orientation pour la ville du 13 juillet 1991.

Titre 1 Principes généraux

Article 1^{er} - Afin de mettre en œuvre le droit à la ville, les communes, les autres collectivités territoriales et leurs groupements, l'Etat et leurs établissements publics assurent à tous les habitants des villes des conditions de vie et d'habitat favorisant la cohésion sociale et de nature à éviter ou à faire disparaître les phénomènes de ségrégation. Cette politique doit permettre d'insérer chaque quartier dans la ville et d'assurer dans chaque agglomération la coexistence des diverses catégories sociales.

« A ces fins, l'Etat et les autres collectivités publiques doivent, en fonction de leurs compétences, prendre toutes les mesures tendant à diversifier dans chaque agglomération, commune ou quartier les types de logement, d'équipements et de services nécessaires :

- au maintien et au développement du commerce et des autres activités économiques de proximité ;
- à la vie collective dans les domaines scolaires, social, sanitaire, sportif, culturel et récréatif ;
- aux transports ;
- à la sécurité des biens et des personnes.

Article 2 - La politique de la ville est un élément de la politique d'aménagement du territoire.

La circulaire d'application souligne que ces principes généraux, qui n'ont aucun caractère normatif à l'égard des prévisions et décisions d'occuper ou d'utiliser le sol, sont applicables immédiatement.

Ex. 5 Contre-exemple : loi du 13 juillet 1976 relative aux installations classées pour l'environnement.

Article 1^{er}. - Sont soumis aux dispositions de la présente loi les usines, ateliers, dépôts, chantiers, carrières et d'une manière générale les installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature et de l'environnement, soit pour la conservation des sites et des monuments.

Article 2 - Les installations visées à l'article 1^{er} sont définies dans la nomenclature des installations classées établies par décret en Conseil d'Etat, pris sur le rapport du ministre chargé des installations classées....

En face de ces exemples très caractéristiques, une première règle d'interprétation est de dire que le texte le plus précis dans sa formulation l'emporte sur le texte le moins précis. Au sein d'un même texte législatif ou réglementaire, ou entre textes de même niveau dans la hiérarchie des normes, cette règle peut s'appliquer de manière assez systématique. Toutefois, même dans ce cas, si la disposition précise laisse une place suffisante à l'interprétation, c'est-à-dire n'est pas totalement claire, alors le texte plus général peut servir à donner la bonne interprétation. Il y a une complémentarité logique à respecter qui va dans le sens de la cohérence textuelle

La question de l'abrogation formelle des textes et la détermination de la norme applicable

Une difficulté, et en même temps un grand risque que rencontrent les codificateurs, est de déterminer la valeur juridique de certains textes qui n'ont pas fait l'objet d'abrogation formelle, mais dont l'applicabilité est douteuse.

La loi n°68-978 du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur est à cet égard une illustration parfaite de cette situation, puisque la plupart de ses dispositions, bien que contraire à la loi n°84-52 du 18 janvier 1984 sur l'enseignement, sont restées formellement en vigueur, jusqu'à la publication du code de l'éducation par l'ordonnance n°2000-549 du 15 juin 2000, soit pendant plus de seize années.

Le nouveau code a donc procédé à l'abrogation formelle de la loi de 1968, non sans avoir intégré celles des dispositions qui donnent aux enseignants des garanties d'indépendance conformes aux exigences constitutionnelles et qui n'ont pas été remplacées dans la loi de 1984 par des garanties équivalentes.

La commission supérieure de codification s'est donc livrée à une opération salutaire de nettoyage législatif impliqué par le processus de codification, et à laquelle aurait dû également se plier tout modélisateur en présence de textes de même niveau, hormis au plan chronologique, mais partiellement contradictoires ou incompatibles.

La question de l'actualisation des termes juridiques dépassés qui subsistent dans les textes en vigueur

Ex. : utilisation de la notion de marché de gré à gré par le code des communes, alors que la notion a disparu du code des marchés publics depuis plus de 20 ans (voir étude sur les lettres de commande); référence à une autorité administrative qui n'existe plus ou qui a été remplacée par une autre autorité administrative.

La difficulté paraît pouvoir être surmontée de deux manières possibles.

La première est celle de la réécriture du texte à intégrer dans le corpus par substitution aux termes obsolètes de termes actualisés, ce qui n'interdit pas de garder trace de cet acte d'interprétation et de sauvegarder le texte original. Si le modélisateur peut s'abriter derrière une interprétation déjà donnée par le juge, tant mieux. Sinon, il doit se résoudre à interpréter lui-même, quitte à préciser que cette interprétation n'engage que lui-même et correspond seulement à une interprétation probable que donneraient les tribunaux.

Pour le codificateur, la situation est plus simple, car s'agissant d'une codification par voie législative, le nouveau code remplaçant les anciens textes, il est possible d'opérer, dans le respect de la règle de la codification à droit constant (cf. p. **Erreur ! Signet non défini.** et s.), les substitutions qui s'impose. Ainsi, dans le code de l'éducation, les termes d'enseignement "élémentaire" ou "du premier degré" (le premier degré incluant l'enseignement "préélémentaire" ou "maternel") ont remplacé celui d'enseignement "primaire". Les "salles d'asile", origine des classes "enfantines", c'est-à-dire classes maternelles en école élémentaire, ont également disparue.

La seconde solution consiste à créer un dictionnaire des équivalences de telle sorte que devant une notion n'appartenant pas au dictionnaire courant en vigueur, le système procède lui-même à la traduction du terme, comme il le ferait s'il avait à traduire un terme étranger. Cette solution peut être étendue à la compréhension de formules juridiques, qui font heureusement plus florès dans les actes notariés que dans les textes législatifs ou réglementaires, mais n'appartiennent pas à la syntaxe du français courant.

L'inconvénient de cette solution est qu'elle ne marche que si le terme est effectivement sorti de l'ordre juridique, ce qui est vrai par exemple dans le cas du marché de gré à gré, ou relève d'une formulation juridique désuète mais toujours usitée. On opère ainsi un peu à la manière des glossateurs pris par la nécessité d'adapter pour les appliquer des textes écrits pour une réalité sociale et juridique distante parfois de plusieurs siècles de la réalité courante. Mais lorsqu'il s'agit simplement d'interpréter, pour ne pas les appliquer à la lettre, des textes qui n'ont manifestement pas été mis à jour, et que le terme ou la réalité qu'ils désignent est toujours en vigueur dans d'autres contextes, cette solution plus difficilement praticable.

Prenons l'exemple d'une délibération du Conseil municipal de Paris antérieure à la loi du 31 décembre 1975 (loi PML) qui prévoit que le Conseil d'administration de l'ESPCI (Ecole Supérieur de Physique et Chimie Industrielles de la Ville de Paris) est présidé par le préfet en tant que président du Conseil de Paris. Il est bien évident que la loi du 31 décembre 1975 ayant substitué le Maire au Préfet comme titulaire du pouvoir exécutif, la présidence du Conseil d'administration ne peut plus être assurée par le Préfet. La rigueur juridique voudrait qu'une nouvelle délibération mette la règle écrite en conformité avec le droit. Ce qui a été fait. Toutefois, si d'autres textes régissent le fonctionnement de l'école, tels qu'une convention entre le ministère, la Ville de Paris et une université et que ce texte n'a pas été mis à jour et a conservé la référence au préfet en tant que représentant de la municipalité, ce texte est formellement incohérent. Il n'y a pas d'autre solution pour intégrer un tel texte dans le corpus que la substitution directe, à moins que l'analyse conceptuelle du texte ne permette d'emblée d'interpréter le préfet comme représentant légal de la Municipalité et que le système opère de lui-même la substitution.

L'hypothèse dans l'exemple choisi peut apparaître limite et supposer un grande sophistication de l'analyse. Elle n'a pourtant rien d'exceptionnel et se rencontre chaque fois

que sont redéfinis les compétences ministérielles ou simplement que la dénomination des départements ministériels est modifiée.

Supposons qu'un texte fasse directement référence au ministre de l'éducation nationale. Le jour où le ministre de l'enseignement supérieur devient ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, le système doit comprendre qu'il ne s'agissait pas de ministre de l'éducation nationale, mais du ministre "chargé" de l'éducation nationale. Et que dire lorsque qu'un ministère disparaît purement et simplement, comme le ministère de la condition féminine.

Certes, on peut alléguer que les textes qui font nommément référence à un département ministériel sont des textes mal rédigés et qu'il conviendrait de se limiter à la notion de département ministériel chargé d'un domaine donné sans plus de précision, mais cette objection n'a pas beaucoup de portée pratique étant donnée que l'imperfection des textes juridiques est bien un fait dont il faut s'accommoder.

Nous retiendrons de ces quelques observations qu'en tout état de cause l'intervention humaine dans le processus de compréhension d'un texte à incorporer dans un corpus à modéliser est incontournable, et que cela exclut a priori le traitement complètement automatisé des textes juridiques mais implique davantage la notion de traitement assisté par ordinateur.

Le problème de la concurrence de principes ou de règles de même niveau

Cette question relève de l'application complexe du principe de proportionnalité, de la contradiction en droit et enfin de l'aspect sous lequel nous plaçons la hiérarchie des normes.

Nous avons ici une situation dans laquelle la hiérarchie des normes n'apporte pas de réponse directe dans la mesure où des normes de même niveau tendent à des solutions différentes voir opposées.

Nous avons des situations à deux variables qui sont typiques de la police administrative : d'un côté, une liberté publique ou un droit fondamental, de l'autre les impératifs de l'ordre public. Il en résulte une tension entre les deux principes qui fait que les impératifs du second, qui portent atteinte au premier, seront appréciés strictement. Il faut donc se livrer à une appréciation fine des atteintes à la liberté ou au droit fondamental d'une part, et à une appréciation également fine, incompatible avec le contrôle de l'erreur manifeste, des nécessités de l'ordre public. C'est un système à deux curseurs qui obéissent aux mêmes lois.

En ce qui concerne le droit de grève, on se trouve devant une problématique similaire : d'un côté un droit constitutionnellement reconnu et censé être organisé par la loi, de l'autre un principe de continuité tantôt de l'Etat, tantôt du service public, qui n'est pas explicitement proclamé, mais dont la constitutionnalité est tout autant incontestable. Qu'il s'agisse de contrôler la constitutionnalité d'une loi par le Conseil Constitutionnel ou la légalité d'un règlement par le Conseil d'Etat, le raisonnement sera de même nature. Un équilibre raisonnable est à trouver entre deux forces qui s'opposent.

Un niveau supplémentaire de complexité est franchi avec le problème de la laïcité illustrée de manière exemplaire par l'affaire du port du voile.

Sont en jeu cinq principes fondamentaux : la neutralité du service public qui voudrait qu'aucune forme d'expression religieuse ne soit favorisée au détriment d'une ou plusieurs autres ; la liberté d'expression, prolongement de la liberté de conscience, qui est compatible avec la neutralité dans la mesure où la neutralité peut s'accommoder à la fois de l'expression et de l'absence d'expression ; une conception militante de la laïcité qui refuse toute forme d'expression religieuse quelle qu'elle soit ; le principe de l'obligation scolaire qui postule non seulement l'obligation pour l'Etat d'organiser le service public de l'éducation, mais comporte une obligation de fréquentation et d'assiduité ; enfin les nécessités de l'ordre public à l'intérieur des établissements scolaires.

Le point d'équilibre se trouve essentiellement dans la limitation apportée à la liberté d'expression, notamment par le port d'insigne d'appartenance religieuse, qui ne doit pas présenter un caractère « ostentatoire ou revendicatif », « de propagande ou de prosélytisme » et ne doit pas compromettre l'ordre dans l'établissement.

Après simplification, on se retrouve donc aux prises avec un problème à trois variables, la liberté d'expression des uns face à la liberté de conscience des autres, et face aux nécessités de l'ordre public dans l'établissement ou de l'obligation scolaire.

L'appréciation des faits sur lesquels sera fondée toute jurisprudence, à condition de reposer sur un nombre de cas significatif, peut être passée au tamis de l'analyse connexionniste.

La matière de l'urbanisme ou des grands équipements, domaine d'élection de la théorie du bilan, repose sur des modes de raisonnement très similaires des précédents. Il s'agit de comptabiliser diverses sortes d'intérêts publics, totalement ou partiellement contradictoires, l'intérêt général étant à multiples facettes, intérêt d'une amélioration des moyens de transports, de la sécurité énergétique, par exemple, mais aussi intérêt de la sauvegarde de l'environnement, intérêt lui-même à plusieurs facettes, à confronter à des intérêts privés, individuels ou collectifs, qui peuvent eux-mêmes être partiellement ou totalement contradictoires.

Le nombre de variables, qui fait varier le nombre de curseurs, ne pose pas en lui-même de problème théorique. La modélisation est toujours possible. Par contre, la collecte des données, qui suppose d'une part un nombre de cas suffisant, d'autre part une motivation des jugements suffisamment précise pour pouvoir isoler les variables, est quant à elle plus problématique.

Seule une multiplication des expérimentations du modèle connexionniste peut permettre de montrer l'apport effectif de cette technologie à une modélisation des raisonnements complexes que nous venons d'évoquer.