

La Question De La Hiérarchie Entre Les Normes Constitutionnelles*

Kemal GÖZLER**

Il convient tout d'abord de remarquer que les normes auxquelles on attribue un rang supérieur au sein du bloc de constitutionnalité ont une origine constitutionnelle. En d'autres termes, cette théorie prévoit une hiérarchisation dans l'ensemble des normes ayant leur source dans des textes constitutionnels.¹ Ainsi, les normes constitutionnelles qui sont hiérarchisées, les unes par rapport aux autres, ont un fondement direct ou dérivé dans un texte de valeur constitutionnelle.² Par conséquent, ces normes ont toutes une existence positive. En résumé, nous définissons les normes de rang supérieur au sein de la constitution par ces deux éléments : *une valeur supérieure aux autres normes de la constitution et une origine constitutionnelle.*

Nous allons d'abord exposer les diverses thèses favorables à l'existence d'une hiérarchie au sein du bloc de constitutionnalité (I), et ensuite nous allons essayer de faire la critique de ces thèses (II).

I. L'exposé des Thèses Favorables à l'Existence d'Une Hiérarchie au sein du Bloc de Constitutionnalité

Dans la doctrine du droit constitutionnel français on établit en général deux types de hiérarchie au sein du bloc de constitutionnalité. Certains auteurs posent une hiérarchie *entre les différents textes* composant le bloc de constitutionnalité. D'autres proposent une hiérarchie non pas entre les textes, mais *entre les différentes dispositions* de ces textes en fonction de leur contenu respectif. Les premiers seront examinés sous l'intitulé « les thèses posant une hiérarchie entre les textes composant le bloc de constitutionnalité » (A) et les seconds sous « les thèses posant une hiérarchie entre les différentes dispositions constitutionnelles » (B).

* Cet article est extrait de la section 1 du titre 2 de la première partie de notre thèse sur "Le pouvoir de révision constitutionnelle", soutenue, le 6 novembre 1995, devant un jury constitué au sein de l'Université Montesquieu, Bordeaux IV, présidé par Monsieur le Professeur Dmitri Georges Lavroff et composé de Messieurs les Professeurs Jean-Pierre Duprat, Gustave Peiser et Henry Roussillon.

** *Maître de conférences*, Faculté des sciences économiques et administratives de l'Université d'Uludag, Bursa.

1 Georges Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p.83.

2 *Ibid.*

A. LES THÈSES POSANT UNE HIÉRARCHIE ENTRE LES TEXTES COMPOSANT LE BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ

Avant de passer à l'examen des différentes thèses posant une hiérarchie entre les textes faisant partie du bloc de constitutionnalité, il convient de préciser brièvement ce que l'on entend par « bloc de constitutionnalité ».

Le bloc de constitutionnalité *lato sensu* comprend « toutes les normes de valeur supérieure à celle de la loi et dont le Conseil constitutionnel est chargé d'assurer le respect ». ³ Par contre le bloc de constitutionnalité *stricto sensu* se définit comme « l'ensemble des principes et règles à valeur constitutionnelle dont le respect s'impose au pouvoir législatif ». ⁴ Il est évident que pour traiter le problème de la hiérarchie dans le bloc de constitutionnalité seulement c'est le deuxième sens qui peut être retenu. Car, le bloc de constitutionnalité au sens large contient également les lois organiques. Or, ces lois se situent dans un rang inférieur à celui de la Constitution. Comme l'a montré le doyen Vedel, « lorsque le juge constitutionnel censure une loi ordinaire... comme contraire à une loi organique, le fondement de cette censure... est en dernière analyse la méconnaissance par celui-ci des dispositions de l'article 46 de la Constitution ». ⁵ C'est pourquoi, dans notre travail, le bloc de constitutionnalité est pris dans son sens strict. Et dans ce sens, le bloc de constitutionnalité se compose exclusivement de textes de niveau constitutionnel ⁶: les articles de la Constitution de 1958 et son Préambule. Et ce dernier fait référence d'une part à la Déclaration de 1789 ⁷ et d'autre part au Préambule de la Constitution de 1946. ⁸ Le préambule

3 Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, (Colloque des 25 mai et 26 mai au Conseil constitutionnel), Paris, P.U.F., 1989, p.49. Dans ce sens, le bloc de constitutionnalité contient également les lois organiques.

4 Louis Favoreu, « Bloc de constitutionnalité », in Olivier Duhamel et Yves Meny (sous la direction de -), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, p.87.

5 Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.49-50.

6 Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.52 ; Favoreu, « Bloc de constitutionnalité », *op. cit.*, p.87 ; Louis Favoreu, « Les normes de référence », in Louis Favoreu (sous la direction de-), *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Journée d'études du 13 mars 1987, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes, Paris, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988, p.75.

7 Comme on le sait, le Préambule de la Constitution de 1958 fait référence à la Déclaration de 1789. Ainsi le Conseil constitutionnel a reconnu expressément la valeur constitutionnelle de la Déclaration de 1789 dans sa décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, *Taxations d'office*, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, 1973, p.25. Voir pour cette décision : Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Sirey, 7^e édition, 1993, n° 21, p.275-290. Pour la liste des autres décisions dans lesquelles le Conseil a fait l'application de la Déclaration de 1789, voir : Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.278-288.

de 1946 à son tour comporte lui-même la référence aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »⁹ et aux « principes particulièrement nécessaires à notre temps ».¹⁰ Ainsi les normes du droit international¹¹ et les principes généraux du droit¹² ne font pas partie du bloc de constitutionnalité.

8 Le préambule de la Constitution de 1958 fait référence au Préambule de la Constitution de 1946. Le Conseil constitutionnel a affirmé l'intégration des principes du Préambule de la Constitution de 1946 dans le bloc de constitutionnalité dans sa décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p.19 (Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.315).

9 Ces principes trouvent leur origine dans le préambule de la Constitution de 1946. Ils ont été appliqués, pour la première fois, par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p.29 ; Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.255-257. Pour la liste des principes reconnus par les lois de la République consacrés par le Conseil constitutionnel voir : Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.258-259.).

10 Par exemple le Conseil constitutionnel considère comme un « principe particulièrement nécessaire à notre temps » le principe d'égalité entre les sexes (décision du 30 décembre 1981, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p.41), du droit d'asile (décision du 9 janvier 1980, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p.29), du droit d'obtenir un emploi (décision du 28 mai 1983, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p.41), de la liberté syndicale (décision du 19-20 juillet 1983, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p.29). Pour d'autres exemples de ces principes voir : Dmitri Georges Lavroff, *Le droit constitutionnel de la V^e République*, Paris, Dalloz, 1995, p.175 ; Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 3^e édition, 1993, p.99 ; Dominique Turpin, *Contentieux constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1986, p.71-72 ; Bruno Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel : principes directeurs*, Paris, Les Editions sciences et techniques humaines, 1988, p.200-203, 263-264.

11 C.C., n° 74-54 du 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p.19. Voir Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.295-319 ; Favoreu, « Les normes de référence », *op. cit.*, p.74-75. Il faut cependant noter qu'avec la décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992 et celle n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, la question d'un revirement jurisprudentiel s'est posée dans la doctrine. Voir Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.186-188 ; Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.808-809 ; Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel, op. cit.*, p.105-108. Etienne Picart, « Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen », *Revue française de droit administratif*, 1993, p.47-54 ; Henry Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2^e édition, 1994, p.58-59 ; Genevois, « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution révisée », *op. cit.*, p.949.

12 Tout d'abord notons que certains auteurs les appellent les « principes de valeur constitutionnelle » (voir par exemple : Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.176 ; Turpin, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, p.74 ; Roussillon, *Le Conseil constitutionnel, op. cit.*, p.54. Quelle que soit leur appellation, il s'agit des principes auxquels le Conseil constitutionnel fait référence en ne s'appuyant sur aucun texte.

Dès lors que le bloc de constitutionnalité est composé de plusieurs textes, le problème de la hiérarchisation de ces textes les uns par rapport aux autres se pose inévitablement.¹³ Ainsi tous les textes faisant partie du bloc de constitutionnalité ont-ils la même valeur ? « Certains ne doivent-ils pas, en cas de conflit être préférés à d'autres ? Par exemple, la Déclaration de 1789 prime-t-elle ou non les dispositions du Préambule de 1946 ? Prime-t-elle les articles de la Constitution » ?¹⁴

Une partie de la doctrine répond par l'affirmative. Pour certains auteurs, il y a une hiérarchie entre les textes composant le bloc de constitutionnalité. Selon leurs thèses, tel ou tel texte faisant partie du bloc de constitutionnalité prévalent sur les autres textes de ce bloc. Cependant il est intéressant de constater que ces auteurs, tous partisans d'une telle hiérarchisation, ne sont pas d'accord sur le rang qui sera attribué dans la hiérarchie à tel ou tel texte. Pour certains, c'est la Déclaration de 1789 qui occupe le premier rang dans la hiérarchie. Pour d'autres, c'est le Préambule de la Constitution de 1946 qui prévaut sur les autres parties du bloc de constitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel, dans deux décisions rendues en 1979, faisait référence aux principes généraux du droit (la séparation des pouvoirs et la continuité du service public) sans préciser l'origine textuelle de ces principes (C.C., n° 79-104 DC du 23 mai 1979, *Territoire de Nouvelle Calédonie, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p.27-30 ; C.C., n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p.33). Avec ces décisions certains commentateurs, comme Louis Favoreu, avaient cru pouvoir signaler l'apparition de principes généraux du droit à valeur constitutionnelle comme un nouvel élément du bloc de constitutionnalité (Favoreu et Philip, *op. cit.*, 4^e édition, p.433).

Une telle conclusion a été contestée dans la doctrine. En effet, comme le montre le doyen Vedel, les principes généraux du droit peuvent être rattachés aux textes constitutionnels. Mais le Conseil constitutionnel a, dans le passé, parfois omis d'explicitier sa référence (Vedel, « La place de la Déclaration dans le 'bloc de constitutionnalité' », *op. cit.*, p.51 ; *Id.*, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.82-83). *Id.*, « Le précédent judiciaire en droit public français », *Journées de la Société de législation comparée*, 1984, p.287. Et enfin, comme le remarque Louis Favoreu, à partir de 1980, les principes généraux du droit à valeur constitutionnelle sont écartés du bloc de constitutionnalité. (Favoreu, « Bloc de constitutionnalité », *Dictionnaire constitutionnel*, p.88. *Id.*, « Les normes de référence », *op. cit.*, p.71-73. Pour ce débat voir encore, Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel op. cit.*, p.98-100, 203-204.

13 Thierry Di Manno, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevées d'office*, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1994, p.147 ; Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 3^e édition, 1993, p.108 ; Dominique Turpin, *Contentieux constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1986, p.77.

14 Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.48.

1. La thèse de la supériorité de la Déclaration de 1789 sur le préambule de la Constitution de 1946

En faveur de cette thèse deux arguments sont invoqués.

a) Le premier argument se fonde sur le *caractère absolu et imprescriptible* des droits proclamés par la Déclaration.

Par exemple, François Goguel affirme que la Déclaration de 1789 a une prééminence par rapport aux « principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps » énoncés par le Préambule de la Constitution de 1946. Selon lui, cette prééminence

« se justifie fort bien. Il résulte des termes mêmes de la Déclaration de 1789 que celle-ci ne prétend pas correspondre à un état donné du développement de l'histoire de l'humanité et de l'évolution des sociétés. Les droits qu'elle proclame appartiennent à l'homme en tant qu'il est homme. Ils sont absolus et imprescriptibles. Au contraire les principes énoncés par le Préambule de 1946 sont expressément déclarés 'particulièrement nécessaires à notre temps'. Ils ont donc pu ne pas être nécessaires dans le passé, ils pourront ne plus l'être dans l'avenir... Les principes particulièrement nécessaires à notre temps, à la différence des Droits proclamés en 1789, sont donc affectés d'un certain coefficient de contingence et de relativité ».¹⁵

De même Stéphane Rials estime que

« d'un côté, il y a quelques principes qui sont à la base de tout mouvement juridique, des principes que notre ordonnancement juridique, par le truchement de la déclaration de 1789, ne se permet pas de constituer mais reconnaît comme *antérieurs et supérieurs, naturels et imprescriptibles*. Ils bénéficient d'un exceptionnel consensus. De l'autre, il y a d'une part des principes qui correspondent à un moment donné de notre civilisation juridique – éminents certes, mais manifestement inférieurs aux précédents qu'ils se contentent souvent de préciser au regard de l'éthique du dernier siècle –, et d'autre part des propositions programmatiques qui ne font certes pas l'objet d'un sentiment unanime de l'opinion (les nationalisations par exemple), qui apparaissent étroitement marquées par les circonstances de leur élaboration, qui ont parfois le caractère de simples directives (ainsi lorsque le préambule de 1946 pose que 'la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement' ; ou que 'tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises' ».¹⁶

15 François Goguel, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux », Colloque international d'Aix-en-Provence des 19, 20, 21 février 1981, in *Revue internationale de droit comparé*, 1981, p.444. (Le même rapport se trouve également in Louis Favoreu (sous la direction de-), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Actes du II^e Colloque d'Aix-en-Provence des 19-21 février 1981, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1982, p.236) ; Voir également du même auteur, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Cours I.E.P., 1983-1984, p.202.

16 Stéphane Rials, « Les incertitudes de la notion de constitution sous la V^e République », *Revue du droit public*, 1984, p.603.

André de Laubadère et Pierre Delvolvé, en constatant le caractère libéral des principes proclamés par la Déclaration de 1789 et le caractère interventionniste des principes de 1946, placent, eux aussi, les principes libéraux au premier plan. Pour les auteurs,

« les principes interventionnistes ne viennent qu'en second lieu (ils sont proclamés 'en outre'). Dans la mesure où ils contredisent les précédents, ils l'emportent sur eux. Mais en dehors de ceux qu'ils impliquent nécessairement, les principes libéraux retrouvent application. Si l'on voulait schématiser, on dirait que ces derniers constituent le droit commun, alors que les autres constituent l'exception. La formule est sans doute trop brutale. Il n'en faut pas moins considérer que l'interventionnisme qu'appelle le préambule s'inscrit dans un système dont il maintient le libéralisme ».¹⁷

b) Le deuxième argument se concentre sur le *caractère complémentaire* du préambule de la Constitution de 1946. En effet les termes mêmes du préambule de la Constitution de 1958 affirment que le préambule de la Constitution de 1946 « confirme » et « complète » la Déclaration de 1789.¹⁸

Ainsi en soulignant le caractère complémentaire du préambule de la Constitution de 1946, Jean-François Flauss soutient que les droits sociaux ont un « rang inférieur et subordonné dans le bloc des règles à valeur constitutionnelle ».¹⁹ Selon lui que « les droits sociaux peuvent venir enrichir, mais non amputer, les droits et libertés issus de la Déclaration de 1789 ».²⁰ « En d'autres termes, c'est dire que les principes constitutionnels résultant de la Déclaration de 1789 sont, par rapport à ceux issus du Préambule de 1946, dotés d'une autorité supérieure. Par voie de conséquence, en cas de conflit les premiers primeront les seconds ».²¹

2. La thèse de la supériorité du préambule de la Constitution de 1946 sur la Déclaration de 1789

En sens inverse, certains auteurs ont soutenu que le texte du préambule de la Constitution de 1946 a une prééminence sur celui de la Déclaration de 1789. En faveur de cette thèse, comme l'observe le doyen Georges Vedel, deux arguments sont avancés. « Le premier serait de faire valoir que le texte le plus récent doit être préféré au plus ancien. Le second serait que les 'principes

17 André de Laubadère et Pierre Delvolvé, *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 5^e édition, 1986, p.101.

18 Le premier paragraphe du préambule de la Constitution de 1958 : « ... la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 ».

19 Jean-François Flauss, « Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Droit social*, 1982, p.652.

20 *Ibid.*

21 *Ibid.*, p.652-653.

particulièrement nécessaires à notre temps' doivent l'emporter sur des principes venant d'autres temps ».²²

a) Le premier argument consiste en l'application de la règle *lex posterior derogat priori*. Ainsi, selon cette règle, en cas de conflit le texte le plus récent l'emporte sur le plus ancien. En appliquant cette règle au bloc de constitutionnalité, Loïc Philip a affirmé que,

« les dispositions contenues dans la Constitution de 1958 l'emporteraient sur celles du Préambule de 1946, lesquelles prévaudraient sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, qui eux-mêmes l'emporteraient sur la Déclaration de 1789. Les dispositions contenues dans ce texte ne pourraient donc recevoir valeur constitutionnelle que dans la mesure où elles ne seraient pas contredites par d'autres dispositions constitutionnelles *postérieures* et leur portée devrait être définie compte tenu des limitations qui ont pu intervenir par la suite dans des textes de valeur constitutionnelle ».²³

b) Quant au deuxième argument, il a été avancé en 1974 par François Luchaire. Selon lui,

« la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 répondait aux exigences de son époque ; mais notre époque a d'autres exigences : la propriété '*droit inviolable et sacré*' est devenue une fonction sociale ; l'égalité en droit est dépassée par le souci d'une égalité matérielle ; la Déclaration de 1789 ne doit pas être interprétée comme elle l'aurait été au début de la grande révolution, mais en fonction de notre temps et naturellement des autres dispositions très générales de la Constitution de 1958 de son préambule comme celui de 1946. A cet égard une disposition de l'actuelle Constitution apparaît fondamentale 'la France est une République... sociale' ; cette affirmation apporte la clé d'interprétation de la Déclaration de 1789 qui la fait correspondre aux exigences de notre temps ».²⁴

B. LES THÈSES POSANT UNE HIÉRARCHIE ENTRE LES DIFFÉRENTES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES

Nous avons déjà remarqué qu'il y a un deuxième aspect de la hiérarchie au sein du bloc de constitutionnalité. Dans cet aspect, on établit une hiérarchie

22 Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.53.

23 Loïc Philip, « La valeur juridique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, t.II, p.335-336. Cependant notons que Loïc Philip constatait que « le Conseil constitutionnel n'a pas davantage consacré cette... interprétation. En effet, aucune de ses décisions n'a, jusqu'à présent, fait prévaloir un principe constitutionnel de 1958 ou de 1946 sur un principe contenu dans la Déclaration de 1789 » (*Ibid.*, p.336.).

24 François Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et des libertés du citoyen », in *Mélanges M. Waline*, Paris, L.G.D.J., 1974, p.572-573.

non pas entre les différents textes composant le bloc de constitutionnalité, mais entre les différentes dispositions de ces textes en fonction de leur contenu respectif.

La question de la hiérarchie entre les normes constitutionnelles a été formulée par le doyen Georges Vedel avec un certain humour :

« il faut se demander si, dans l'ensemble des normes ayant leur source dans des textes constitutionnels, le juge constitutionnel n'admet pas une certaine hiérarchie, s'il n'y a pas pour lui des normes de premier rang et des normes de second ou troisième rang. Parodiant la boutade fameuse selon laquelle 'tous les hommes sont égaux, mais certains sont plus égaux que les autres' ne pourrait-on pas dire que 'toutes les règles écrites dans la Constitution sont constitutionnelles, mais certaines le sont plus que les autres' »?²⁵

Certains auteurs donnent une réponse affirmative à cette question. Pour eux, il y a une certaine hiérarchie au sein des normes constitutionnelles. Ils estiment que les dispositions de la constitution sont d'une valeur différente. Certaines normes que l'on juge essentielles en fonction de leur contenu sont supérieures aux autres.

Ainsi selon cette thèse, les dispositions auxquelles on attribue le premier rang dans la hiérarchie constituent des limites à la révision constitutionnelle. En d'autres termes, selon ces auteurs, comme le remarque le doyen Vedel, « il y a dans la constitution des principes tellement fondamentaux qu'ils sont même à l'abri d'un futur pouvoir constituant ». ²⁶ Au plan matériel, selon eux, il existerait des dispositions qui, en raison de leur importance, seront soustraites de toute révision constitutionnelle. Par conséquent ces principes seraient intangibles non seulement à l'égard du pouvoir législatif, mais même à l'égard du pouvoir constituant.

Ainsi dans la doctrine française, certains auteurs pensent que les dispositions de la constitution concernant le noyau dur des droits fondamentaux ont une valeur supérieure par rapport aux autres (1). Par contre d'autres estiment que ce sont les dispositions de la constitution touchant à la souveraineté nationale qui prévalent sur d'autres (2). ²⁷

25 Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.83.

26 Georges Vedel, « Introduction », in *La Constitution et l'Europe*, Journée d'étude du 25 mars 1992 au Sénat, Paris, Montchrestien, 1992, p.30.

27 Il est évident que théoriquement on peut aussi juger essentielles les autres dispositions de la constitution. Par exemple on peut estimer que les dispositions de la constitution qui déterminent les caractéristiques de l'Etat ont une valeur supérieure par rapport aux autres.

1. La thèse de la supériorité des dispositions constitutionnelles concernant le noyau dur des droits fondamentaux (la thèse de l'existence des droits fondamentaux de « premier rang »)

Il y a des auteurs qui pensent que la valeur des droits fondamentaux n'est pas la même. « Certains droits sont 'plus fondamentaux' que d'autres ». ²⁸ Ainsi, pour eux, il y a des droits fondamentaux de premier rang, de deuxième rang, etc. Et par voie de conséquence, ils établissent une hiérarchie entre les dispositions constitutionnelles concernant les droits fondamentaux de premier rang et les autres. C'est pourquoi, selon eux, en cas de conflit, les dispositions constitutionnelles concernant les droits fondamentaux de premier rang doivent l'emporter sur d'autres. Ainsi, la norme posée par une loi de révision constitutionnelle ne doit pas être contraire à une norme des droits fondamentaux de premier rang. Dans cette conception, les normes constitutionnelles concernant les droits fondamentaux de premier rang constituent une limite à la révision constitutionnelle.

Ainsi selon certains auteurs, le Conseil constitutionnel admet dans sa jurisprudence une *hiérarchie matérielle* des droits fondamentaux. Ces auteurs considèrent que le Conseil constitutionnel assure une protection et une garantie différente des droits fondamentaux en fonction de leur contenu.

Par exemple, Bruno Genevois pense que le Conseil constitutionnel établit « une *hiérarchie matérielle des droits garantis* ». ²⁹ Selon cet auteur, « les droits énoncés par la *Déclaration* ne sont pas tous garantis au même degré ». ³⁰ Il propose par ailleurs différents critères pour l'établissement d'une hiérarchie entre les droits fondamentaux : le « degré de précision considéré », le « point de savoir s'il comporte des exceptions ou des tempéraments », le « degré d'attachement de l'opinion dominante à son égard », « l'étendue du contrôle que le juge exerce sur les actes ou décisions qui le mettent en cause ou en oeuvre ». ³¹ En partant de ces critères, il croit que les libertés qui « apparaissent les mieux protégées sont la liberté individuelle, la liberté d'opinion et de conscience ainsi que la liberté de la presse ». ³² En effet comme l'observe le doyen Vedel, cela revient à dire que « certains principes ou droits seraient de premier rang pour le juge, tandis que d'autres seraient de second ou de troisième rang. De proche en

28 Selon la formulation de Henry Roussillon (*Le Conseil constitutionnel, op. cit.*, p.63). Il utilise cette formulation pour critiquer cette thèse.

29 F. Gazier, M. Gentot et B. Genevois, « La marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel », *Etudes et documents - Conseil d'Etat*, n° 40, Rapport public, 1988, p.181.

30 *Ibid.*

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*

proche on pourrait aboutir à une sorte de classement des libertés publiques en plusieurs catégories hiérarchisées ».³³

De même, Dominique Turpin pense qu'il y a, au-delà d'une hiérarchisation apparemment formelle, « une hiérarchisation en réalité matérielle ».³⁴ Selon lui, « il n'y a pas en effet égalité de valeur entre les différentes dispositions de chacune des normes qui composent le bloc de constitutionnalité ».³⁵ Il affirme que l'on ne doit pas ranger les dispositions de la Déclaration de 1789 dans une catégorie unique :

« certaines nécessitent en effet une mise en oeuvre législative et une conciliation entre elles selon les directives du Conseil constitutionnel, tandis que d'autres à savoir celles qui figurent aux articles 1 et 2, constituent le noyau dur au sujet desquelles la conception jusnaturaliste l'emporte toujours sur le volontarisme d'une majorité parlementaire éphémère. Une hiérarchie peut donc en cacher une autre et on aboutit ainsi à un édifice normatif de référence à deux étages : à la base se situe le noyau des 'droits naturels et imprescriptibles de l'homme' dont la conservation reste 'le but de toute association politique'... Dès lors, apparaît une triple série de rapports entre les normes du bloc de constitutionnalité : entre celles proclamant des 'droits naturels' aucune antinomie n'est concevable, car elles sont les différents aspects de la même notion de liberté et de dignité de la personne humaine qui sous-entend et soutient toute notre construction juridique, et donc aucune hiérarchie... ; entre les réalisations possibles de ces normes fondamentales les constructions sont inévitables mais surmontables par une législation... ; entre les premières et les seconds enfin existe une hiérarchie que le Conseil constitutionnel s'applique à faire très scrupuleusement respecter ».³⁶

Stéphane Rials pense également qu'« il serait plus expédient de consacrer la suprématie de la liberté - et donc de l'article 2 de la Déclaration de 1789 - sur les autres principes constitutionnels ».³⁷

Quant à Louis Favoreu, il n'accepte pas qu'il y ait une hiérarchie formelle entre la Déclaration de 1789, le Préambule de 1946 et la Constitution de 1958. Cependant il se demande « s'il ne faut pas distinguer entre les divers droits et libertés quant à la protection qui leur est assurée par le juge constitutionnel ».³⁸ Il propose ainsi de distinguer « entre les *libertés de premier* et de *second rang* ».³⁹ Et il place la liberté individuelle et des libertés d'association, de la presse

33 Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.61.

34 Dominique Turpin, *Contentieux constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1986, p.86.

35 *Ibid.*

36 *Ibid.*, p.86-87.

37 Rials, « Les incertitudes de la notion de constitution... », *op. cit.*, p.604.

38 Louis Favoreu, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », in Dominique Rousseau et Frédéric Sudre (sous la direction de -), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Actes du Colloque de Montpellier des 20 - 21 janvier 1989, Paris, Editions S.T.H., 1990, p.37.

39 *Ibid.*

(écrite) et de l'enseignement au premier rang.⁴⁰ Car selon lui, ces quatre libertés « bénéficient d'une protection renforcée sur trois points »⁴¹ : « pour ces libertés, tout d'abord, la technique de l'autorisation préalable ne peut être institué par le législateur ».⁴² En deuxième lieu, s'agissant de ces libertés, le législateur « ne peut intervenir que pour augmenter ou renforcer la protection qui leur est assurée ».⁴³ Enfin, « ces libertés doivent faire l'objet d'une application uniforme sur l'ensemble du territoire ».⁴⁴

Ainsi nous venons de voir les thèses des différents auteurs qui font une distinction entre les libertés de premier et second rang. On pourrait se demander s'il s'agit vraiment d'une hiérarchie « juridique ». Car, parmi ces auteurs, certains, comme Louis Favoreu⁴⁵ ou comme Bruno Genevois⁴⁶, refusent catégoriquement l'existence d'une hiérarchie entre les composantes du bloc de constitutionnalité. C'est pourquoi, cette hiérarchie est appelée par Bruno Genevois « matérielle » à la différence de la « hiérarchie formelle ».⁴⁷ Et Louis

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*

43 *Ibid.*

44 *Ibid.*

45 En ce qui concerne la décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982 (*Nationalisations*), les professeurs Louis Favoreu et Loïc Philip affirment qu'« il semblerait qu'il y ait donc là un début de hiérarchie entre les principes particulièrement nécessaires à notre temps » (Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.482). Ils ajoutent que « toutefois, rien n'est venu par la suite confirmer cette interprétation » (*Ibid.*). D'ailleurs Louis Favoreu l'affirme en 1989 catégoriquement : « Déclaration des droits de l'homme, Préambule de 1946 et Constitution de 1958 sont placés à égalité... : il n'y a pas de hiérarchie entre eux » (Favoreu, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p.37). Dans un colloque consacré à la Déclaration de 1789, le doyen Favoreu l'affirme encore plus clairement : « J'avais soutenu simplement qu'il y avait deux types de protection, une protection forte et une protection atténuée. Je n'institue pas une hiérarchie, mais je constate simplement qu'il y a effectivement deux types de droit, du point de vue du degré de protection dont ils bénéficieront. Je suis d'accord avec vous..., pour dire que ce n'est pas une véritable hiérarchie, même si on l'appelle matérielle » (L'intervention orale de Louis Favoreu au Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., 1989., p.69.

46 « Au regard de la hiérarchie des normes juridiques tous les principes de valeur constitutionnelle se situent au même niveau » (Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p.197.).

47 Gazier, Gentot et Genevois, « La marque des idées et des principes de 1789... », *op. cit.*, p.181. Même Bruno Genevois précise qu'il n'est pas « spécialement attaché au terme de hiérarchie matérielle » (L'intervention orale de Bruno Genevois au Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., 1989, p.66). Cependant Bruno Genevois ne laisse pas cette idée de hiérarchie. Dans la même intervention, il parle de « notion de hiérarchie de fait » au sein de droits et libertés (*Ibid.*).

Favoreu, en précisant que « ce n'est pas une véritable hiérarchie, même si on l'appelle matérielle »⁴⁸, parle seulement des « libertés de premier rang » et des « libertés de second rang ».⁴⁹ Mais, à notre avis, même si ces auteurs n'affirment pas toujours l'existence d'une hiérarchie formelle entre les normes constitutionnelles, la conséquence de cette thèse revient à la même chose. Car, comme le remarque à juste titre le doyen Vedel, « de proche en proche on pourrait aboutir à une sorte de classement des libertés publiques en plusieurs catégories hiérarchisées ».⁵⁰

En effet ce qui est déterminant pour nous, c'est le fait que les droits fondamentaux de premier rang l'emporteraient sur d'autres en cas de conflit entre les droits fondamentaux de premier rang et d'autres, selon la logique de cette thèse. Ainsi, dans le cas où le pouvoir de révision constitutionnelle pose une norme contraire à un droit fondamental de premier rang, le juge constitutionnel sera tenu de donner la préférence à ce dernier. Il est évident que ceci revient à un effet équivalent à celui des thèses posant une hiérarchie formelle entre les normes constitutionnelles. Bref, dans cette conception, les droits fondamentaux de premier rang constitueraient des limites à la révision constitutionnelle. En conséquence, dans la pratique, les droits fondamentaux de premier rang seraient pratiquement hors d'atteinte du pouvoir de révision constitutionnelle.

Cette conséquence peut être trouvée d'une façon plus claire dans l'affirmation de *Robert Badinter* selon laquelle « il y a, dans nos systèmes constitutionnels, des libertés intangibles que le constituant ne pourrait supprimer. Seraient seuls modifiables les droits qui n'appartiennent pas à ce noyau sacré ».⁵¹ En allant encore plus loin, *Maryse Baudrez* a récemment prétendu que « par nature, en effet, toute disposition constitutionnelle relative aux droits de l'Homme ne peut être, par essence, 'révisée' ».⁵²

48 L'intervention orale de Louis Favoreu au Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, op. cit., p.69.

49 Favoreu, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », op. cit., p.37.

50 Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », op. cit., p.61.

51 L'intervention de Robert Badinter au Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., 1989, p.33. C'est nous qui soulignons.

52 Maryse Baudrez et Jean-Claude Escarras, « La révision de la Constitution italienne : doctrine et complexité des faits », in *La révision de la constitution*, (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes), Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p.141.

2. La thèse de la supériorité des normes constitutionnelles relatives à la souveraineté nationale

Certains auteurs pensent que les dispositions de la constitution relatives à la souveraineté nationale ont une valeur supérieure par rapport aux autres. Par conséquent ces dispositions sont intangibles non seulement à l'égard du pouvoir législatif, mais encore du pouvoir de révision constitutionnelle.

Par exemple, Léo Hamon pense qu'il y a dans la Constitution « des principes fondamentaux sur lesquelles on ne peut pas revenir ». ⁵³ Et selon lui, la souveraineté nationale entre dans la catégorie de tels principes. ⁵⁴ Le professeur Hamon affirme qu'« un parlement supprimant la souveraineté nationale, ou la mutilant, agirait aussi gravement qu'un parlement prétendant établir des distinctions de droit entre les français selon leur religion, leur race, leur classe ». ⁵⁵

Le professeur Olivier Beaud ⁵⁶, d'une façon encore plus systématique, propose une hiérarchisation entre les normes de la Constitution en fonction du fait qu'elles touchent ou non à la souveraineté du peuple. Ainsi il attribue une place supérieure aux dispositions de la Constitution relatives à la souveraineté du peuple dans la hiérarchie des normes constitutionnelles. ⁵⁷ Par conséquent, ces dispositions deviennent intangibles à l'égard du pouvoir de révision constitutionnelle.

Tout d'abord Olivier Beaud critique la doctrine dominante selon laquelle « il ne saurait y avoir de primauté d'un article de la Constitution sur un autre, ou encore d'un 'principe' constitutionnel comme celui de la souveraineté sur une

53 L'intervention orale de Léo Hamon au Colloque du 25 mars 1992 au Sénat, in *La Constitution et l'Europe*, op. cit., p.222.

54 *Ibid.*

55 *Ibid.* En ce sens voir encore les interventions orales de Nicole Catala au Colloque du 25 mars 1992 au Sénat, in *La Constitution et l'Europe*, op. cit., p.218, 227-228

56 A notre avis une partie de la théorie d'Olivier Beaud relève de la question de la supraconstitutionnalité proprement dite, car il limite le pouvoir de révision par le principe de l'inaliénabilité du pouvoir constituant [originaire], comme la forme moderne de l'inaliénabilité de la souveraineté, et ne résultant, tel qu'il est envisagé par le professeur Beaud, d'aucun texte juridique. Mais une autre partie de sa théorie doit être traitée, à notre sens, sous la question de la hiérarchie des normes constitutionnelles. Car, dans cette partie, comme on va le voir maintenant, Olivier Beaud établit une hiérarchie entre les dispositions de la Constitution.

57 Olivier Beaud pense qu'« il existe une hiérarchie matérielle au sein de la Constitution en vertu de laquelle le principe de souveraineté prévaut sur toute autre disposition constitutionnelle qui y porte atteinte » (Olivier Beaud, « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht : remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *Revue française de droit administratif*, 1993, p.1068.

règle constitutionnelle ».⁵⁸ Il estime que « selon un tel raisonnement, la souveraineté nationale... n'a pas plus de valeur juridique que n'importe quelle disposition constitutionnelle édictée en 'la forme de révision' »!⁵⁹ Ensuite le professeur Beaud affirme que la souveraineté nationale est un « élément intangible de la Constitution ».⁶⁰ Ainsi selon lui,

« les réserves de la souveraineté ne peuvent être levées par le pouvoir de révision constitutionnelle, mais seulement par le pouvoir constituant⁶¹ car seul un acte de souveraineté peut ici défaire un autre acte constituant. Si la loi constitutionnelle de révision est impuissante à lever l'obstacle de la souveraineté nationale, c'est parce que celle-ci doit être interprétée comme faisant partie des dispositions intangibles de la Constitution française. La souveraineté de l'Etat (impliquée par la souveraineté nationale) constitue une limitation autonome et tacite tirée de l'interprétation raisonnable et systématique de la Constitution ».⁶²

Ainsi selon le professeur Beaud,

« les réserves de souveraineté font partie des limitations matérielles qui imposent la loi de révision constitutionnelle. Parmi ces réserves figurent non seulement la souveraineté nationale, mais aussi la souveraineté de l'Etat (puissance publique) qui est sa précondition. La souveraineté de l'Etat fait donc partie de réserves de souveraineté, elle est donc un élément intangible de la Constitution française... en tant que tel, protégée contre une révision ».⁶³

De plus Olivier Beaud établit encore une hiérarchie entre les alinéas 2 et 3 de l'article 89 de la Constitution française. Selon lui, l'alinéa 2 prévoyant la procédure de référendum populaire pour la révision constitutionnelle est supérieur à l'alinéa 3 prévoyant la ratification parlementaire. Il estime que les matières touchant à la souveraineté ne peuvent pas être révisées par la procédure de ratification parlementaire, mais seulement par le référendum constituant.⁶⁴

Comme le précise Olivier Beaud lui-même, sa thèse a pour « effet juridique la reconnaissance d'une supériorité de certaines dispositions constitutionnelles sur d'autres ».⁶⁵ Et selon lui, ces dispositions supérieures, comme on vient de le montrer, sont celles qui touchent à la souveraineté du peuple. Bref, les dispositions de la Constitution touchant à la souveraineté du peuple sont

58 *Ibid.*, p.1054.

59 *Ibid.*, p.1059.

60 *Ibid.*, p.1061.

61 Signalons que le professeur Beaud entend par le « pouvoir constituant » exclusivement le pouvoir constituant « originaire ». Voir *Ibid.*, p.1056 ; Olivier Beaud, « Maastricht et la théorie constitutionnelle », *Les Petites affiches*, 31 Mars 1993, n°39, p.14-17 et 2 avril 1993, n°40, p.15.

62 Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1061-1062.

63 *Ibid.*, p.1062.

64 *Ibid.*, p.1064.

65 *Ibid.*, p.1063.

intangibles à l'égard du pouvoir de révision, par conséquent elles constituent des limites à la révision constitutionnelle.

II. CRITIQUE DES THÈSES FAVORABLES À L'EXISTENCE D'UNE HIÉRARCHIE AU SEIN DU BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ

Avant de voir les critiques particulières adressées à ces thèses, il convient tout d'abord de faire quelques remarques préliminaires.

Premièrement, il est certain que pour résoudre le problème de la hiérarchie au sein du bloc de constitutionnalité, il faut d'abord préciser *ce qu'on entend par le terme de « hiérarchie »*.

On le sait que, dans la conception kelsénienne du droit, « l'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques ».⁶⁶ Et d'autre part, dans cette conception, une norme est valable si elle a été créée conformément à une autre norme, plus précisément une norme supérieure.⁶⁷ Ainsi chaque étage de la hiérarchie tire sa validité d'un étage supérieur de cette hiérarchie.⁶⁸ En d'autres termes, selon Kelsen, une norme qui « n'est pas conforme à la norme qui règle sa création ne pourrait pas être considérée comme une norme valable ».⁶⁹

66 Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2^e édition de la « Reine Rechtslehre » par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p.299.

67 Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.261 ; François Ost et Michel Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p.272 ; François Ost, « Validité », in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.433 ; Franco Modugno, « Validità », in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Giuffrè editore, Varese, 1993, p.4 ; Amedeo G. Conte, « Validità », in *Novissimo digesto italiano*, vol. XX, VTET, Torino, 1975, p.421 ; Amedeo G. Conte, « Studio per una teoria della validità », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1970, p.334 ; Aulis Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable : la justification en droit*, Trad. par Geneviève Warland, Bruxelles et Paris, E. Story-Scientia, L.G.D.J., 1992, p.43 ; Riccardo Guastini, « Sur la validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique », in Michel Troper et Lucien Jaume (sous la direction de-), *1789 et l'invention de la constitution*, Actes du colloque de Paris organisé par l'Association française de science politique, les 2, 3 et 4 mars 1989, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Bruylant, 1994, p.216-225.

68 Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.299.

69 *Ibid.*, p.355-356.

Le doyen Jean-Marie Auby constate que

« même si l'on n'admet pas les conceptions kelséniennes de la hiérarchie et les conséquences qu'y attache l'illustre auteur, il faut bien reconnaître l'existence en droit positif du phénomène. Les compétences normatives des autorités publiques varient selon leur place dans la hiérarchie des organes et il en résulte une certaine hiérarchie 'statique', un étagement des normes. Certaines normes peuvent être dites inférieures par rapport à d'autres en ce sens qu'elles ne sont pas valables si elles ne s'établissent pas dans un certain rapport (conformité, non contrariété, etc...) avec les autres ; certaines normes peuvent être dites supérieures par rapport à d'autres en ce sens qu'elles seront préférées par rapport à d'autres en ce sens qu'elles seront préférées s'il est impossible de les appliquer simultanément – de fait de leur contradiction – avec les autres. Ces situations d'infériorité ou de supériorité permettent de dégager dans un ordre juridique sinon une hiérarchie cohérente et continue, du moins des étagements hiérarchiques ».⁷⁰

Suivant la conception kelsénienne, nous définissons la hiérarchie des normes comme *la relation de la validité entre elles*. Ainsi s'il y a une hiérarchie entre deux normes, cela signifie que la norme de degré inférieur tire sa validité de la norme de degré supérieur. En d'autres termes, la norme inférieure n'est pas valable si elle n'est pas conforme à la norme supérieure. Par conséquent, en cas de conflit entre deux normes, si elles sont de rang différent dans la hiérarchie, l'une d'elles est totalement préférée à l'autre, c'est-à-dire que la norme inférieure contraire à la norme supérieure sera invalidée par le juge. Par contre, si ces normes sont de même rang, le juge doit les concilier par l'interprétation.⁷¹

Ensuite pour ne pas tomber dans une fausse interprétation de ces thèses, il faut faire une distinction entre la « hiérarchie juridique proprement dite » et la « hiérarchie purement morale ou politique ».

La *hiérarchie juridique* est celle qui est définie par la relation de validité entre les normes hiérarchisées les unes par rapport aux autres. Nous l'avons expliquée dans les paragraphes précédents. C'est pourquoi nous n'y revenons pas.

Cependant on peut voir aussi une *hiérarchie purement morale ou politique* entre les normes constitutionnelles. Car, il est certain que, comme l'affirme le doyen Vedel, « toutes les dispositions de valeur constitutionnelle n'ont pas la même importance ni la même dignité morale ou politique ».⁷² Par exemple, à cet égard on peut dire que la disposition qui prohibe la censure de la presse (art. 11

70 Jean-Marie Auby, « Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public : éléments de problématique », *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, Lyon, Editions l'Hermès, 1980, p.23.

71 Sur ce point voir Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.85 ; *Id.*, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.61 : « La hiérarchie des normes entraîne certains effets automatiques et notamment l'invalidation de la norme de degré inférieur dans le cas où elle est contraire à la norme de degré supérieur ».

72 Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.84.

de la Déclaration de 1789) est plus « importante » que celle qui interdit le cumul de la fonction ministérielle et d'un mandat parlementaire (art.23 de la Constitution de 1958).⁷³

Mais les thèses qu'on va critiquer ici ne se contentent pas de souligner les différences d'importance et de dignité morale ou politique qui existent entre les diverses normes constitutionnelles, mais en allant encore plus loin elles affirment qu'il existe une hiérarchie juridique entre ces normes. C'est-à-dire que selon les défenseurs de ces thèses, en cas de conflit, les normes constitutionnelles de rang supérieur doivent l'emporter sur d'autres. Ainsi, une norme posée par une loi de révision constitutionnelle pour être valable doit être conforme aux normes constitutionnelles de premier rang. En d'autres termes si la norme posée par le pouvoir de révision constitutionnelle est contraire aux normes de premier rang, elle n'est pas valable. Par conséquent ces normes constitutionnelles de premier rang constituent des limites à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

Bref, les thèses que nous allons critiquer ici ne posent pas seulement une *hiérarchie purement morale ou politique* entre telle ou telle disposition ou tel ou tel ensemble de dispositions du bloc de constitutionnalité, mais elles soutiennent aussi l'existence d'une *hiérarchie juridique*. Ce que nous allons critiquer ici, c'est ce deuxième aspect de ces thèses.

A. LA CRITIQUE DES THÈSES POSANT UNE HIÉRARCHIE ENTRE LES TEXTES COMPOSANT LE BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ

Nous allons d'abord évoquer la critique générale, et ensuite nous verrons les critiques particulières adressées à ces thèses.

1. La critique générale

D'abord il convient de noter que les thèses posant une hiérarchie dans le bloc de constitutionnalité *sont chargées d'arrière-pensées partisans*.⁷⁴ Car, le débat sur l'existence d'une hiérarchie entre les composants du bloc de constitutionnalité (la supériorité de la Déclaration de 1789 sur le Préambule de 1946 et inversement) s'est situé en France dans un contexte politique très précis. Comme le souligne Philippe Temeyre,

⁷³ L'exemple est emprunté au doyen Vedel (« La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.53).

⁷⁴ Di Manno, *op. cit.*, p.151.

« ce débat juridique ne peut se comprendre que si on le replace dans son contexte politique très tendu de l'époque qui culmine avec l'arrivée au pouvoir, en mai 1981, d'une majorité formée de socialistes et de communistes. Pour les uns, il faut alors faire en sorte que la 'rupture (annoncée) avec le capitalisme' soit, sinon totalement empêchée juridiquement, du moins fortement tempérée, par la démonstration qu'en toute hypothèse, le système juridique français est prioritairement fondé sur des principes libéraux. Pour les autres au contraire, écartés du pouvoir pendant plus de vingt ans, il faut faire la preuve... mais que les principes politiques, économiques et sociaux définis dans le Préambule de 1946, sont plus particulièrement nécessaires à notre temps que ceux de 1789 ». ⁷⁵

C'est pourquoi certains auteurs examinent les thèses de la supériorité de la Déclaration de 1789 sur le Préambule de 1946 sous l'intitulé « les thèses 'libérales' » et celles de la supériorité du Préambule de 1789 sur la Déclaration de 1789 sous l'appellation « les thèses 'socialisantes' ». ⁷⁶

A notre avis, il n'y a pas de hiérarchie entre les textes composant le bloc de constitutionnalité. Car, puisque nous avons défini la hiérarchie comme une relation de validité entre les différentes normes, s'il y a une hiérarchie entre les composants du bloc de constitutionnalité, ils doivent tirer leur validité les uns des autres. Or, comme on le sait, tous les composants du bloc de constitutionnalité, c'est-à-dire la Constitution proprement dite, le Préambule de la Constitution de 1946 et la Déclaration de 1789, tirent leur validité d'un seul et unique acte : le référendum constituant de 1958. En d'autres termes, comme l'affirme le doyen Vedel, « aucune hiérarchie ne peut être établie entre ces textes du point de vue de la validité. Leur valeur résulte pour tous du vote au référendum constituant de 1958 qui leur a conféré un statut juridique égale ». ⁷⁷

2. Les critiques particulières

Nous pouvons passer maintenant aux critiques particulières adressées à ces thèses.

a. La critique de la thèse de la supériorité de la Déclaration de 1789 sur le Préambule de 1946

On se rappellera que le *premier argument* invoqué en faveur de cette thèse était fondé sur le caractère absolu et imprescriptible des droits proclamés par la Déclaration. Ainsi selon François Goguel les droits que la Déclaration proclame appartiennent à « l'homme en tant qu'il est homme. Ils sont absolus et

⁷⁵ Philippe Terneyre, « Point de vue français sur la hiérarchie des droits fondamentaux », in Pierre Bon (sous la coordination de-), *Etudes de droit constitutionnel franco-portugais*, (Journées d'études des 9 et 10 novembre 1990, à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour), Paris, Economica, 1992, p.41.

⁷⁶ Voir par exemple, Terneyre, *op. cit.*, p.38-41.

⁷⁷ Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.52.

imprescriptibles ».⁷⁸ Comme le remarque Thierry Di Manno, cet argument revient en effet « à introduire le droit naturel dans notre système juridique en organisant une hiérarchie au sein du bloc de constitutionnalité au sommet de laquelle se situent des principes intangibles ».⁷⁹ Nous refusons de prendre en considération les arguments jusnaturalistes. C'est pourquoi nous excluons par hypothèse même cet argument.

Quant au deuxième argument qui se concentre sur le caractère *complémentaire* du préambule de la Constitution de 1946, comme le montre à juste titre le doyen Vedel,

« le fait que le Préambule de 1946 'confirme' et 'complète' la Déclaration de 1789 n'empêche pas que le constituant a énoncé de façon positive en quoi consistent ces compléments. Aucune autorité ne peut retrancher tel ou tel de ces compléments ou l'invalider. Ils sont ce qu'ils sont. Il peut se poser à leur sujet un problème d'interprétation, mais non pas de validité. Ce sont deux points de vue différents ».⁸⁰

b. La critique de la thèse de la primauté du préambule de la Constitution de 1946 sur la Déclaration de 1789

En faveur de cette thèse, comme on s'en souviendra, deux arguments étaient avancés.

Le premier argument consistait en application de la règle *lex posterior derogat priori*. Ainsi, le Préambule de 1946, étant un texte plus récent, devait l'emporter sur la Déclaration de 1789, texte le plus ancien. Or, comme l'a bien montré le doyen Georges Vedel, la règle *lex posterior derogat priori* n'a pas lieu de jouer entre la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946, puisque, même si,

« historiquement, la Déclaration de 1789 est évidemment antérieure au Préambule de 1946, juridiquement leur édicition en règles faisant partie intrinsèque de la Constitution de 1958 s'est faite simultanément et son effet dans le temps ne joue pas plus au profit de l'une que de l'autre ».⁸¹

78 Voir *supra*, A. 1. (Goguel, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux », *op. cit.*, p.444).

79 Di Manno, *op. cit.*, p.149.

80 Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.53.

81 *Ibid.* Le même argument se retrouve également chez les plusieurs auteurs. Voir par exemple Di Manno, *op. cit.*, p.152 ; Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p.65 : « L'argument de l'âge des textes (1789-1946, essentiellement) n'a aucune valeur malgré l'évidence qu'on voudrait lui donner. En effet, ces deux textes ont exactement le même âge au plan juridique puisque leur date de naissance, dans notre système juridique actuel, est la même, le 4 octobre 1958, date de promulgation de notre Constitution ». Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p.112 : « Si les deux textes ont été élaborés à des dates évidemment différentes, ils ont été repris ensemble dans le Préambule de la Constitution de 1958, approuvés ensemble par un vote du Peuple français lors du référendum du 28 septembre 1958 et ils ont reçu, à la même date, le 16 juillet 1971 valeur constitutionnelle ; ils doivent en conséquence être considérés comme deux textes contemporains, dans tous les sens du terme ».

Quant au deuxième argument qui a été invoqué par François Luchaire selon lequel « les principes particulièrement nécessaires à notre temps doivent l'emporter sur des principes venant d'autres temps »⁸², le doyen Vedel a montré que

« le constituant a bien pu estimer que les principes posés par le Préambule étaient 'particulièrement nécessaires à notre temps'. Mais il a laissé subsister le texte de 1789 dans son intégrité et aucune autorité ne peut opérer, au nom d'une hiérarchie sans fondement positif, de retranchement traduisant une invalidation partielle de la Déclaration ».⁸³

Enfin il convient de noter que les thèses posant une hiérarchie entre les textes composant le bloc de constitutionnalité n'ont jamais été entérinées par le juge constitutionnel. Comme le remarque le doyen Louis Favoreu « la controverse a été tranchée par le Conseil constitutionnel dans la décision du 16 janvier 1982 : Déclaration des droits de l'homme, Préambule de 1946 et Constitution de 1958 sont placés à égalité puisqu'ils ont été confirmés ou adoptés par le peuple français par le référendum du 28 septembre 1958 : il n'y a pas de hiérarchie entre eux ».⁸⁴ Cette analyse est soutenue aussi par le doyen Vedel. En ce qui concerne la même décision, il affirme que « ... la Déclaration garde toute sa force juridique. Mais rien dans la décision ne marque que cette force serait supérieure à celle des dispositions du Préambule de 1946. Les deux textes sont à égalité ».⁸⁵ Mais surtout, la jurisprudence ultérieure du Conseil constitutionnel n'a jamais confirmé la thèse posant une hiérarchie entre les textes composant le bloc de constitutionnalité.⁸⁶

En conclusion on peut donc affirmer, avec le doyen Georges Vedel, que

« la Déclaration et le Préambule de 1946 ont, en droit constitutionnel positif, une valeur exactement égale à celle des autres dispositions de la Constitution. En cas de conflit, il y aura lieu à interprétation des règles, non pas à classement hiérarchique entre elles. Toute affirmation conduirait à construire de toutes pièces et hors de toute référence au droit positif... une théorie... arbitraire et purement subjective ».⁸⁷

B. La Critique des Thèses Posant une Hiérarchie Entre les Différentes Dispositions Constitutionnelles

Conformément au plan suivi sous l'intitulé A, nous allons d'abord voir la critique générale, et ensuite les critiques particulières adressées aux thèses posant une hiérarchie entre les différentes dispositions constitutionnelles.

82 La formulation appartient au doyen Vedel (« La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.53).

83 Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.53.

84 Favoreu, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p.37.

85 Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.57.

86 Terneyre, *op. cit.*, p.42 ; Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.482 ; Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p.198.

87 Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.54.

1. La critique générale

Nous pouvons affirmer que la critique générale adressée aux thèses posant une hiérarchie entre les textes composant le bloc de constitutionnalité peut être adressée aussi aux thèses posant une hiérarchie entre les différentes normes faisant partie de ces textes. Ainsi, on peut souligner que s'il y a une hiérarchie entre les différentes normes constitutionnelles, elles doivent tirer leur validité les unes des autres. Or, comme on le sait, toutes les normes à valeur constitutionnelle tirent leur validité d'un seul et unique acte : le référendum constituant de 1958. En d'autres termes, aucune hiérarchie ne peut être établie entre les différentes normes à valeur constitutionnelle du point de vue de leur validité. Toutes les normes constitutionnelles sont édictées par le même vote et peuvent être modifiées ou abrogées selon la même procédure de révision. Par conséquent elles ne diffèrent les unes des autres ni en validité ni en force juridique.⁸⁸ Autrement dit, comme le doyen Vedel l'affirme, « la révision de telle disposition que l'on peut juger essentielle n'exige pas une procédure différente de celle qui présiderait à la retouche de telle autre disposition de caractère anodin ».⁸⁹

2. Les critiques particulières

Maintenant nous pouvons passer aux critiques particulières adressées à ces thèses.

a. La critique de la thèse de la supériorité des dispositions constitutionnelles concernant le noyau dur des droits fondamentaux (la thèse de l'existence des droits fondamentaux de premier rang)

D'abord il convient de noter que le débat sur la hiérarchie entre les droits fondamentaux est en effet une prolongation du débat sur la hiérarchie entre la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946. Ce débat, en s'exacerbant par les ambiguïtés de la décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982 relative aux nationalisations⁹⁰, s'est transformé en celui sur la hiérarchie entre les droits fondamentaux.⁹¹

On se rappellera que selon certains auteurs, il y a une hiérarchie entre les droits fondamentaux en fonction de leur contenu. Ainsi pour eux, il y a les libertés de premier et de second rang. Et en cas de conflit, les dispositions

88 *Ibid.*

89 Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.84.

90 C.C., n°81-132 DC du 16 janvier 1982, *Nationalisations, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p.18.

91 Cf. Terneyre, *op. cit.*, p.41.

constitutionnelles concernant les droits fondamentaux de premier rang doivent l'emporter sur d'autres. Par conséquent, une norme posée par une loi de révision constitutionnelle ne doit pas être contraire à une norme des droits fondamentaux de premier rang. Dans cette conception, les normes constitutionnelles concernant les droits fondamentaux de premier rang constituent des limites à la révision constitutionnelle. En d'autres termes, dans cette conception, les droits fondamentaux de premier rang seront hors de l'atteinte du pouvoir de révision constitutionnelle.

Nous avons déjà constaté que, même si parmi les tenants de cette thèse, certains auteurs n'affirment pas toujours l'existence d'une hiérarchie *formelle* entre les composants du bloc de constitutionnalité, la conséquence de cette thèse de la hiérarchie matérielle n'est pas en effet autre chose que l'établissement d'une hiérarchie juridique proprement dite. Car, cette thèse prétend dégager une conséquence juridique de cette hiérarchie matérielle : les droits fondamentaux échappent à toute tentative de révision constitutionnelle. D'ailleurs Dominique Rousseau montre que « derrière l'apparence d'une hiérarchie strictement matérielle, cette théorie introduit ou réintroduit une distinction d'ordre formel. En effet, les différents classements... reviennent à reconnaître une primauté aux principes ou à certaines droits issus de la Déclaration de 1789 sur ceux du Préambule de 1946 toujours seconds ».⁹²

Il convient de noter qu'une telle hiérarchisation impliquera nécessairement une conception matérielle de la constitution. Or comme on l'a déjà expliqué dans le titre préliminaire, en droit français c'est la conception formelle qui est retenue. Et dans cette conception, ce qui compte, c'est la forme, et non pas le contenu des dispositions. Ainsi toutes les dispositions de la constitution ont la même valeur juridique en tant que règles contenues dans le même texte. Ainsi la révision d'une disposition concernant une liberté de premier rang n'exige pas une procédure différente de celle qui règle une liberté de deuxième rang.

Jean-Yves Chérot critique la notion de hiérarchie matérielle introduite par Bruno Genevois en disant que

« la différence de protection accordée par le juge aux droits à valeur constitutionnelle tient seulement aux différences dans le contenu des normes constitutionnelles garantissant ces droits et libertés. Le fait que les libertés soient protégées par la Constitution ne signifie pas nécessairement qu'elles soient toutes également protégées. Une hiérarchie entre droits et libertés selon le degré de protection qu'ils reçoivent n'équivaut donc pas à une hiérarchie entre normes constitutionnelles. Nous ne sommes pas en présence d'une hiérarchie (matérielle) entre normes de même niveau dans la hiérarchie formelle, mais d'une différence de niveau, dans la hiérarchie formelle, des normes de protection. Par exemple, le principe d'interdiction d'un régime d'autorisation préalable

⁹² Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p.112.

dans l'aménagement d'un droit a valeur constitutionnelle en matière de liberté de la presse et valeur législative en matière de propriété ou de liberté d'entreprendre ».⁹³

S'il y a un conflit entre les droits fondamentaux, comme le souligne le doyen Vedel, il y aura lieu de les concilier, et non d'établir un classement hiérarchique entre eux.⁹⁴

D'ailleurs il est intéressant de constater que les partisans de cette thèse ne sont pas d'accord sur la liste des droits fondamentaux de premier rang. Comme le remarque à juste titre Dominique Rousseau,

« pour être scientifique cette théorie devrait d'abord conduire ses partisans à un accord sur la liste des droits plus protégés que d'autres. Or chacun possède son propre classement : Bruno Genevois met au sommet de la hiérarchie, la liberté individuelle, la liberté d'opinion et de conscience, et la liberté de presse⁹⁵; Louis Favoreu retranche la liberté d'opinion et de conscience mais ajoute la liberté d'association et la liberté de l'enseignement⁹⁶; Dominique Turpin, pour sa part, y place l'ensemble des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme, la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.⁹⁷ Les désaccords sur les matières bénéficiant d'une garantie constitutionnelle particulière sont préjudiciables à la qualité et à l'autorité de la théorie, en ce qu'ils donnent clairement à voir la part de la subjectivité qui permet entrer dans sa construction ».⁹⁸

Enfin cette thèse n'a jamais été confirmée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le doyen Georges Vedel montre qu'en cas de conflit entre les droits fondamentaux, le Conseil constitutionnel essaye de les concilier pour trouver le meilleur équilibre possible.⁹⁹ En d'autres termes, « dans les conflits entre les droits, libertés, principes, objectifs de valeur constitutionnelle, le Conseil ne sacrifie jamais totalement l'un ou plusieurs d'entre eux à l'un ou à plusieurs des autres, ce qui normalement devrait être fait s'ils étaient d'un rang différent ».¹⁰⁰ « C'est donc, comme le remarque le doyen Vedel, par une lecture peu imaginative de la jurisprudence constitutionnelle que l'on décèlerait... l'admission... d'une hiérarchie juridique au sein des normes constitutionnelles ».¹⁰¹

93 L'intervention orale de Jean-Yves Chérot au Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., 1989, p.71.

94 Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.54, 57-61 ; ID, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.85.

95 Voir *supra*, I, A, 2, Gazier, Gentot et Genevois, « La marque des idées et des principes de 1789... » *op. cit.*, p.181.

96 Voir *supra*, I, B, 1. Favoreu, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p.37.

97 Voir *supra*, I, B, 1. Turpin, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p.86-87.

98 Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p.112.

99 Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.85.

100 *Ibid.*

101 *Ibid.*, p.86. Voir encore du même auteur, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.57-61.

b. La critique de la thèse de la supériorité des normes constitutionnelles relatives à la souveraineté nationale

Tout d'abord il convient de souligner que cette thèse posant une hiérarchie entre les dispositions de la Constitution en fonction du fait qu'elles touchent ou non à la souveraineté a été avancée en 1992 lors du débat sur la ratification du traité de Maastricht et de la révision de la Constitution en vue de lever la contrariété dudit traité à la Constitution. Le but était de montrer que le principe de souveraineté nationale était hors d'atteinte du pouvoir de révision constitutionnelle et ainsi d'empêcher la révision de la Constitution.

Comme on s'en souviendra, selon les défenseurs de cette thèse, les dispositions de la constitution relatives à la souveraineté nationale ont une valeur supérieure par rapport aux autres. Par conséquent ces dispositions sont intangibles non seulement à l'égard du pouvoir législatif, mais aussi à l'égard du pouvoir de révision constitutionnelle.

Les critiques adressées aux autres thèses citées ci-dessus peuvent être adressées aussi à celle-ci. Sans les répéter, on peut dire que le principe de la souveraineté nationale est un principe à valeur constitutionnelle. Sa valeur résulte de l'article 3 de la Constitution. Et dans la conception formelle de la Constitution un article de la Constitution ne peut pas avoir une valeur supérieure sur d'autres articles de la même Constitution. Par conséquent il peut être révisé comme tous les autres articles de la Constitution par le pouvoir de révision constitutionnelle. Ainsi l'article qui règle la souveraineté nationale n'est pas un élément intangible de la Constitution et ne constitue pas une limite à la révision constitutionnelle.

Enfin notons que la thèse selon laquelle le principe de la souveraineté nationale (art.3 de la Constitution de 1958 et art.3 de la Déclaration de 1789) est supérieur à d'autres dispositions constitutionnelles et par conséquent intangible à l'égard du pouvoir de révision constitutionnelle, *a été catégoriquement démentie par la pratique constitutionnelle française*. Car, les articles 88-2 et 88-3 de la constitution ajoutés par la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 dérogent effectivement l'article 3 de la Constitution qui règle le principe de la souveraineté nationale. Et le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 septembre 1992 a confirmé cette dérogation. En effet le Conseil constitutionnel dans cette décision, « en ce qui concerne le moyen tiré de ce que le Traité n'est pas conforme à l'article 3 de la Constitution », a affirmé que

« sous réserve, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16, et 89, alinéa 4, du texte constitutionnel et, d'autre part, du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles 'la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision', le pouvoir constituant

est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi, rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite ».¹⁰²

Comme on le voit, le Conseil constitutionnel, comme les limitations s'imposant à l'exercice du pouvoir constituant (en l'espèce « dérivé »), mentionne les articles 7, 16, et 89, alinéas 4 et 5, mais non pas l'article 3 de la Constitution de 1958, ni l'article 3 de la Déclaration de 1789. En d'autres termes, le Conseil constitutionnel ne considère pas le principe de la souveraineté nationale comme une limite à la révision constitutionnelle. Ainsi, le pouvoir de révision constitutionnelle peut abroger, modifier ou déroger l'article 3 de la Constitution qui règle la souveraineté nationale. C'est le rejet le plus clair de la thèse selon laquelle le pouvoir de révision constitutionnelle ne peut porter atteinte à la souveraineté nationale. Le Conseil constitutionnel marque ainsi qu'il n'y a aucune limite à la volonté du pouvoir de révision constitutionnelle en dehors de celles qui résultent des articles 7, 16, 89, alinéa 4 et 5. Répétons encore une fois que parmi ces articles mentionnés ne figure ni l'article 3 de la Constitution de 1958, ni l'article 3 de la Déclaration de 1789.

En conclusion, une loi constitutionnelle adoptée par le pouvoir de révision constitutionnelle « se situe au même niveau que la Constitution qu'elle modifie ou complète. Toute contradiction apparente entre les diverses dispositions de la Constitution se résout au besoin par l'interprétation donnée de l'ensemble par le juge ».¹⁰³

Une Note sur la Question de la Supériorité des Dispositions Intangibles de la Constitution

Avant de fermer ce débat sur la hiérarchie entre les normes constitutionnelles, il nous semble nécessaire de s'interroger sur le point de savoir si les dispositions intangibles de la constitution occupent un rang supérieur dans la hiérarchie.¹⁰⁴ Car, comme on l'a déjà vu, plusieurs constitutions prévoient que

102 C.C., n°92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne (Maastricht II)*, 19e considérant, *Journal officiel*, 3 septembre 1992, p.12096.

103 Bruno Genevois, « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution révisée : à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-312 DC du 2 septembre 1992 », *Revue française de droit administratif*, 1992, p.946.

104 Il faut noter que l'examen des dispositions intangibles de la constitution, en tant que des limites à la révision constitutionnelle, relève en effet de la question de la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle prévues par la constitution elle-même. Parce qu'elles sont inscrites expressément dans les textes constitutionnels.

telle ou telle disposition de la constitution est exclue de toute révision constitutionnelle. Par exemple, selon l'article 89, alinéa 5, de la Constitution française « la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision » ou d'après l'article 79, alinéa 3, de la Constitution allemande la révision des articles 1 et 20 est interdite. Dès lors on pourrait se demander légitimement si les dispositions dont la révision est interdite n'ont pas une valeur supérieure aux autres dispositions de la constitution. Par exemple, en France, la forme républicaine du gouvernement et en Allemagne les articles 1 et 20 ne sont-ils pas supérieurs aux autres dispositions de la Constitution ?

Certains auteurs répondent à cette question par l'affirmative. En effet, les auteurs qui posent une hiérarchie entre les dispositions constitutionnelles en fonction de leur contenu, sont *a priori* favorables à l'existence d'une hiérarchie entre les dispositions intangibles et d'autres dispositions de la constitution. Car, c'est la constitution elle-même qui prévoit que ces dispositions sont exclues de révision constitutionnelle. Ainsi selon ces auteurs, les constitutions attribuent une valeur supérieure à ces dispositions par rapport à d'autres. Dans la doctrine, on parle de « hiérarchie formelle » ou de « hiérarchisation positive ». ¹⁰⁵ Parce que, dans ce cas, ce sont les « normes écrites et expresses de la Constitution qui fondent une relation hiérarchique entre ses dispositions ». ¹⁰⁶ Ainsi comme on l'a déjà vu, selon l'arrêt n° 1146 de 1988 de la Cour constitutionnelle italienne, « la Constitution italienne comprend quelques *principes suprêmes* qui ne peuvent être renversés ou modifiés... ». ¹⁰⁷ Le professeur Massimo Luciani nous fait savoir qu'

« en ce qui concerne l'identification de ces *principes suprêmes*, la Cour affirme que sont visées... 'les principes que la Constitution elle-même prévoit explicitement comme limite absolue au pouvoir de révision constitutionnelle, comme la forme républicaine de gouvernement (art.139 de la Constitution)' ». ¹⁰⁸

Roman Herzog, président de la Cour constitutionnelle allemande, a abordé cette question dans la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes. Roman Herzog pense qu'

105 M. Rodriguez-Pinero y Bravo Ferrer et J. Leguina Villa (avec le concours de J. Garcia Roca et M. Sanchez Moron), « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport espagnol présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, les 7-10 mai 1990), (Traduit par P. Bon), in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.99-100.

106 *Ibid.*, p.100.

107 Cité par Massimo Luciani, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport italien présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, (Ankara, 7-10 mai 1990), Traduction effectuée par Bruno Genevois, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.170.

108 *Ibid.*

« il n'est pas nécessairement logique de tirer la supériorité d'une norme de son caractère intangible ; mais d'un autre côté on ne peut pas précisément exclure de l'interdiction d'une révision l'idée que le constituant a conféré une importance spécifique à ces normes et de ce fait les a hissées à un rang particulier ». ¹⁰⁹

Karl-Georg Zierlien, secrétaire générale de la Cour constitutionnelle allemande, a lui aussi abordé cette question. Selon Karl-Georg Zierlien,

« le fait qu'une norme est révisable ou non révisable ne constitue aucune réponse à la question de la hiérarchie des normes. Le fait d'être révisable est relatif à la flexibilité de l'ordre juridique. Même si une norme est révisable, tant qu'elle est en vigueur, elle bénéficie de même rang que les autres normes fondamentales dans la constitution ». ¹¹⁰

J. M. Cardoso Da Costa, président du Tribunal constitutionnel portugais, pense lui aussi que, sur l'exemple de l'article 288 de la Constitution portugaise, les dispositions intangibles de la Constitution ne constituent pas une hiérarchie entre les normes constitutionnelles. Selon lui, « c'est le degré spécial de protection et de garantie ou l'efficacité juridique spéciale dont la Constitution revêt certaines de ses normes ». ¹¹¹

Pour résoudre ce problème nous partons encore de notre définition de la hiérarchie des normes. On se rappellera que nous avons défini la hiérarchie des normes par la relation de la validité entre ces normes. Ainsi il existe une hiérarchie entre deux normes, s'il y a une relation de validité juridique entre elles. Maintenant recherchons s'il y a une relation de la validité entre les dispositions intangibles et d'autres dispositions de la constitution. A notre avis, il n'existe pas de relation de validité entre ces dispositions. Car, les deux types de dispositions ont la même origine. Elles ne tirent pas leur validité les unes des

109 Roman Herzog, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport allemand présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, les 7-10 mai 1990), (Traduction assurée par le service juridique du Conseil constitutionnel), in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.20. R. Herzog ajoute que « la Cour constitutionnelle fédérale [allemande] ne s'est pas exprimée clairement sur cette question parce que celle-ci n'est pas d'actualité » (*Ibid.*).

110 L'intervention orale de Karl-Georg Zierlien à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, (Ankara, 7-10 mai 1990), *Hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux*, Ankara, Editions de la Cour constitutionnelle turque, 1990, Tome V : Exposé et discussions, p.179.

111 J. M. Cardoso da Costa (avec la collaboration de J. Casalta Nabais), « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport portugais présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, les 7-10 mai 1990), in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.190.

autres. Par exemple la validité juridique de l'intangibilité de la forme républicaine et celle des autres dispositions de la Constitution française de 1958 résultent, toutes deux, du référendum constituant de 1958. De même, la validité des articles 1 et 20 ainsi que celle des autres articles de la Constitution allemande résulte du même acte constituant de 1949. En d'autres termes, les autres articles de la Constitution allemande ne tirent pas leur validité des articles 1 et 20. Bref pour nous les dispositions intangibles ne sont pas supérieures aux autres articles de la constitution. Car, nous avons défini la hiérarchie par la validité, et non pas par le caractère intangible d'une disposition.

En conclusion pour nous il n'existe en aucun cas de hiérarchie entre les normes constitutionnelles. Par conséquent les limites à la révision constitutionnelle construites par la doctrine sur la base de la hiérarchie entre les normes constitutionnelles ne constituent pas de limites à la révision constitutionnelle.