

LE DOMAINE LEGISLATIF ET LE DOMAINE REGLEMENTAIRE DANS LA JURISPRUDENCE ACTUELLE

(Droit Français)

Par

Germain WARTIN

Conseiller d'Etat

Notre précédente étude consacrée à la séparation du domaine de la loi de celui du règlement tendait à établir que, loin d'introduire dans le nouveau régime des dispositions révolutionnaires, les articles 34 et 37 de la loi constitutionnelle du 4 Octobre 1958 consacrent, en deux formules, l'état du droit positif tel qu'il résulte d'une longue évolution coutumière¹.

Si, aujourd'hui, nous analysons la jurisprudence qui s'est développée sur la base de ces articles, une conclusion s'impose : les juristes de la Vème République n'ont pas rompu, comme on aurait pu s'y attendre, avec la doctrine et la jurisprudence antérieures.

*
**

A première vue, les articles 34 : "La loi fixe les règles concernant..." et 37 : "Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire", établissent une

(1) Le domaine législatif et le domaine réglementaire dans la coutume constitutionnelle française. *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, 1969, p. 1 & Sq.

séparation catégorique entre le domaine de la loi et celui du règlement.

Sans doute, un certain nombre de décisions du Conseil constitutionnel et d'arrêts du Conseil d'Etat ont-ils fait, explicitement ou implicitement² de ces textes une application formelle conforme à la logique juridique; parallèlement s'est cependant instaurée une jurisprudence beaucoup plus nuancée.

(2) V. notamment C. C. dec. 66-40 L du 8.VII.1966, R. p. 30; C.E. 13.XI.1964, Livret, L. p. 534; Cf. note du Prof. WALINE sous cinq arrêts de la Cour constitutionnelle; R.D.P. 1960, p. 1011 à 1031;

— C. E. 27.X.1965, L'allemand, L. p. 549;

— C. E. 22.VI.1963, Syndicat du personnel soignant de la Gualoupe, L. p. 386;

— C. C., dec. 67-45 L. du 9.V.1967, R. p. 29;

— C. C., dec. 64-30 L du 17.IX.1964, R. p. 41 et D. 1964, p. 549;

— C. E., 12.II.1960, Sté Eky, L. p. 101, S. 1960, p. 132, avec les conclusions du Commissaire du Gouvernement Kahn, D. 1960, p. 264, avec une note de M. L'Huillier; Jur. 1960, No 11, 629 bis, avec une note de M. Vedel;

— C. C. dec. 61-12 L. du 17.II.1961, R. p. 34;

— C. C. dec. 66-37 L. du 10.III.1966, R. p. 25;

— C. C. dec. 64-27 DC du 18.XII.1964, R. p. 29;

— C. C. dec. 62-20 L du 4.XII.1962, R. p. 34.

La forme syllogistique du raisonnement du Conseil d'Etat est particulièrement nette dans le considérant de l'arrêt Eky ci-dessous rapporté, que l'on comparera à C. E. 27.V.1966, Société de Crédit Commercial et Immobilier, L. p. 365 :

Considérant que, si l'art. 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 à laquelle se réfère le Préambule de la Constitution pose le principe que "Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit", l'art. 34 de la Constitution qui énumère les matières relevant du domaine législatif, dispose que la loi fixe "les règles concernant... la détermination des crimes et délits et les peines qui leur sont applicables"; que ni cet article ni aucune autre disposition de la Constitution ne prévoit que la matière des contraventions appartient au domaine de la loi; qu'ainsi il résulte de l'ensemble de la Constitution et, notamment, des termes précités de l'art. 34 que les auteurs de celle-ci ont exclu dudit domaine la détermination des contraventions et des peines dont elles sont assorties et ont, par conséquent, entendu spécialement déroger sur ce point au principe général énoncé par l'art. 8 de la Déclaration des droits; que, dès lors, la matière des contraventions relève du pouvoir réglementaire par application des dispositions de l'art. 37 de la Constitution;

En effet, si la décision du Conseil constitutionnel en date du 27 Novembre 1959³ commence par rappeler les formules convenues :

— “Les dispositions de l'article 34 al. 4 réservent à la loi la détermination des principes fondamentaux concernant les matières énumérées par ce texte”,

— “La constitution n'a pas inclu dans le domaine de la loi la fixation des règles nécessaires à la mise en oeuvre des principes fondamentaux”,

son dernier considérant, de beaucoup le plus important, poursuit : “Ceux de ces principes qui sont ici en cause... doivent être appréciés dans le cadre des limitations de portée générales qui y ont été introduites par le législateur antérieur...”.

Cette formule⁴, reprise de nombreuses fois par la suite⁵ comporte, implicitement, l'affirmation que la séparation des deux

(3) Au J. O. du 14.I.1960, p. 441 et au S. 1960, p. 102, avec une note de Me. Giffard, avocat aux conseils.

(4) C. E. 28.X.1960 de Laboulaye, L. p. 571 et 3.XI.1967, idem, L. p. 399, avec les conclusions du Commissaire du Gouvernement Heuman :

Cons. que les garanties et principes fondamentaux qui sont en cause dans la disposition attaquée, aux termes de laquelle “ne pourront être considérés comme loyaux et marchands, à compter du 1er Septembre 1975, les vins provenant d'exploitations comportant encore à cette date des cépages tolérés”, doivent nécessairement être appréciés dans le cadre des mesures qui ont été prises, en matière de viticulture, depuis l'intervention de la loi du 4 Juillet 1931, par un certain nombre de textes qui ont été, en partie, codifiés par le décret du 1er Décembre 1936 et les décrets qui l'ont modifié ou complété; qu'il ressort de l'ensemble de ces dispositions qu'elles subordonnent, d'une manière générale, le droit des viticulteurs de disposer, pour des fins commerciales, de tout ou partie de leurs récoltes de vin à l'observation des prescriptions reconnues par les pouvoirs publics nécessaires pour assurer l'organisation du marché du vin dans des conditions conformes à l'intérêt général ainsi qu'aux intérêts légitimes des producteurs et des consommateurs; que la disposition attaquée ne constitue, ainsi, que des modalités de la réglementation édictée en matière de viticulture et ne saurait, par suite, être regardée comme ayant porté atteinte à l'un des principes fondamentaux qui, en vertu de l'article 31 de la Constitution, relèvent du domaine de la loi;

(5) C. C. déc. 60-7 L. 8.VII.1960, R. p. 35 et J. O. p. 7149.

— C. E. 10.I.1964, Chambre syndicale des agents de change de

domaines est loin d'être absolue : ne seraient pas exclues des interventions limitées du pouvoir réglementaire dans le domaine législatif et, a contrario, pourrait être parfois tolérée l'intervention du législateur dans le domaine réglementaire. Dans sa note sous la décision précitée, Me. Giffard avait signalé les deux aspects de cette interaction⁶.

Ce qu'il importe de retenir de cette jurisprudence, c'est l'existence d'une zone marginale où semblent pouvoir s'exercer le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire.

Dans chaque cas concret, la question : "Loi ou décret?" devra recevoir une réponse. Les motifs de la solution adoptée pourront traduire des hésitations, revêtir une forme sibylline dont l'effet est de masquer la difficulté de l'espèce; si, pour le praticien, seule importe la solution, la doctrine, elle, s'attachera aux "considérant"

Lyon et Marseille, L. p. 21 et S. 1965, p. 539 : "Les garanties et principes fondamentaux en cause doivent nécessairement être appréciés dans le cadre des mesures déjà prises en vue de réglementer le marché des valeurs mobilières" :

— C. C. déc. 67-44 L. du 27.II.1967, R. p. 26;

— C. E. 18.V.1960, Karle, L. p. 333 avec les conclusions du Commissaire du Gouvernement Fournier;

— C. E. 18.II.1966, Caisses locales de Crédit agricole mutuel de Cormoy, L. p. 122 (Toute la jurisprudence économique élaborée dans la période de 1926 est empreinte de cette souplesse);

— Cf. également C. C. déc. 60-2 L. et 60-8 L. du 14.X.1960, R. p. 37.

(6) "Cette limitation (du pouvoir réglementaire par le législatif n'est pas exclusive de "certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique dans les relations contractuelles entre particuliers, et les Pouvoirs publics peuvent notamment limiter le champ de la libre expression des volontés des bailleurs et des preneurs en imposant certaines conditions d'exécution de leurs conventions".

— "... dans d'autres matières voisines de celle qui nous occupe, le Parlement est intervenu récemment, sans opposition apparente du Gouvernement (V. notamment la loi No 59-11483 du 28 Décembre 1959 relative à la révision des loyers commerciaux)...

— ... la Constitution du 4 Octobre 1969 n'exclut pas absolument l'intervention du Parlement dans le domaine réglementaire. En présence d'une tentative d'intrusion, l'article 11 permet au Gouvernement (mais ne lui impose pas) d'opposer l'irrecevabilité".

susceptibles de révéler chez le juge, à des degrés divers, un attachement aux conceptions traditionnelles.

Le juge est, en effet, par tempérament, plus ou moins "conservateur", il lui est difficile de faire abstraction de sa formation originelle et de son expérience. Par leur double sens, les mots eux-mêmes deviennent parfois complices; ainsi en est-il de l'adage : "In initio erat lex".

Caractère initial et inconditionné de la loi, caractère subordonné de l'exécutif, tels étaient les traits essentiels du droit constitutionnel traditionnel que résument les termes "souveraineté nationale" ou "souveraineté profondément modifiée les rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir gouvernemental — sans doute le législateur a-t-il perdu une grande partie de son initiative—, la loi n'en demeure pas moins la base de tout l'ordre juridique.

La nouvelle constitution institue apparemment deux législateurs : un législateur d'attribution, le parlement, dont la compétence et ses limites sont déterminées par l'article 34; un législateur de droit commun, le gouvernement, agissant dans les termes de l'article 37.

Si le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire sont l'un et l'autre souverains, chacun dans le domaine qui lui est propre, le pouvoir réglementaire "autonome" ne bénéficie cependant pas du caractère initial réservé à la loi.

La formule "in initio erat lex" revêt une acception nouvelle dont une analyse méthodique s'impose; nous y procéderons par étapes.

Constatons d'abord avec Me. Giffard⁷⁾ que le domaine de la loi est en réalité double :

— "Dans certaines matières, la loi n'est appelée qu'à déterminer les principes fondamentaux; ainsi en va-t-il de la matière de l'enseignement, du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales, du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale;

7) Voir note 3.

— “Dans d'autres matières, au contraire, la loi est appelée non seulement à déterminer les principes fondamentaux mais encore à fixer ou à modifier les règles elles-mêmes. Aux termes de l'article 34 de la constitution, “la loi fixe les règles concernant... .

Cette dualité de “zones” dans le domaine de la loi trouve son véritable intérêt dans les conséquences résultant pour une norme de son classement dans l'une ou l'autre catégorie. C'est ce qu'a précisé le commissaire du gouvernement Fournier dans ses conclusions pour l'affaire Karle⁸ :

“L'énumération des matières législatives contenue dans l'article 34, dit-il, est... hétérogène, non seulement dans son contenu... mais encore dans la technique qui est utilisée pour définir la compétence du législateur.

“Tantôt la distinction entre les domaines législatif et réglementaire est une distinction verticale : la fixation de toutes les règles concernant une matière est réservée à la loi. Ainsi en va-t-il par exemple pour ce qui concerne la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités.

Tantôt, au contraire, la distinction est horizontale. Elle passe à l'intérieur d'une matière donnée. Au législateur revient le soin de déterminer les principes fondamentaux qui doivent régir cette matière; les autres règles ne pourraient être posées que par l'autorité réglementaire”.

Lorsque l'article 34 décide qu'il appartient au législateur de fixer “les règles”, en principe la totalité de la matière rentre dans la compétence du parlement, comme autrefois, mais lorsque ce texte attribue au Parlement la détermination des principes fondamentaux, il limite sa compétence à l'essentiel”.

(8) C. C. 18V.1960, Karle, L. p. 333, Conclusions du Commissaire du Gouvernement Fournier.

(9) Il faut bien reconnaître avec M. de Laubadère (note sous C. C. 21.XII.1964, A. J. 1965, p. 102) que “d'une façon générale, dans son interprétation de l'article 34..., le Conseil constitutionnel s'attache moins au sens littéral de certains mots qu'à leur interprétation rationnelle, ce qui donne à la jurisprudence un caractère incontestablement constructif. Cette méthode d'interprétation conduit du reste

Afin de prendre de ce fait une conscience claire, comme M. Fournier nous y invite, nous tenterons un rapprochement entre les principes fondamentaux de l'article 34 et les principes généraux du droit que connaissent et la doctrine et la jurisprudence traditionnelle¹⁰.

Si l'on retient le mot essentiel de cette formule "fondament" qui se retrouve également dans la lettre de l'article 34 : principes "fondamentaux", la parenté entre les deux notions juridiques est évidente, encore que cette notion ne soit pas fixée avec précision.

En effet, M. Fournier, sur la base de la décision du Conseil constitutionnel du 27 Novembre 1959, donne des principes fondamentaux une définition doctrinale restrictive : "Le principe fondamental, dit-il, c'est ici la règle générale synthétique qui se dégage à un moment donné de l'ensemble des textes concernant la matière. C'est quelque chose d'analogue à ce que vous appelez principe général de droit ou règle générale applicable sans texte".

De cette formule abstraite, il reconnaît les inconvénients pour une application concrète à une affaire déterminée; c'est pourquoi dans ses conclusions notamment pour l'affaire Karle^{10 bis}, il a usé d'une notion souple et réaliste: "Il y a d'un côté les principes fondamentaux qui, dans certaines matières, ne peuvent être posés que par la loi, il y aurait d'un autre côté ce que l'on pourrait appeler les règles secondaires qui, dans les mêmes matières, sont normalement l'oeuvre du Gouvernement".

Finalement, il conclut : "Au parlement de poser les principes de fixer les points importants; d'indiquer les idées générales; au

le conseil à donner à la définition du domaine de la loi un caractère restrictif dans certains cas, extensif dans d'autres...".

Cf. également Note Léo Hamon sous C. C. 17.IX.1964 D. 65, p. 549.

(10) "Les principes généraux du droit sont, à un moment donné, l'expression juridique de conceptions communément admises en matière philosophique, morale, sociologique et économique, au point qu'ils servent de fondement même à nos institutions". Cours de contentieux 1966, p. 173.

Cf. Mélanges Trotabas, p. 481.

(10 bis) Vo note 8.

gouvernement de prévoir les modalités, de régler l'accessoire, de compléter dans le détail la construction d'ensemble".

Les juristes les plus traditionnellement libéraux n'éleveront pas d'objection à cette affirmation que consacre d'ailleurs la jurisprudence¹¹.

Si les principes généraux sont, comme les analysent certains auteurs, des lois implicites, il appartiendra au seul législateur de les instituer en règles de droit écrit, de les modifier de les abroger. Tels sont les enseignements de la jurisprudence, concernant la naissance de la règle du droit écrit :

1° — Dans l'arrêt Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe¹², le Conseil d'Etat a constaté d'une part, qu'à la date de la promulgation de la constitution du 4 Octobre 1958; n'ayant fait l'objet d'aucune limitation, l'accès à la profession d'infirmier ou d'infirmière était entièrement libre dans le département de la Guadeloupe, d'autre part qu'au nombre des libertés publiques dont, en vertu de l'article 34, les garanties fondamentales relèvent de la loi, figure le libre accès à l'exercice par les citoyens de toute activité professionnelle, "que dès lors les dispositions (prises par le décret du 25 Mars 1960) qui mettent fin au régime de la liberté qui existait antérieurement dans la département de la Guadeloupe relèvent du domaine de la loi".

2° — De l'arrêt de Laboulaye¹³, "il résulte, à l'inverse, qu'un des principes fondamentaux traditionnels tels que la propriété, la liberté du commerce et de l'industrie ne pourrait se trouver consacré implicitement par des décrets : "Si à la vérité les dispositions... des décrets du 30 Septembre 1953 et du 20 Mai 1955 (sur le marché du vin) avaient exonéré certains viticulteurs, pour tout ou partie de leurs récoltes, des mesures de blocage dé-

(11) C. C. 19.VII.1961 S. 1961, p. 543, note de M. Léo Hamon.

(12) C. E. 22.VI.1963, Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe, L. p. 386.

(13) C. C. 3.X.1967, de Laboulaye, L. p. 399 et C. E. 28.X.1960, L. p. 570, avec les conclusions du Commissaire du Gouvernement Heuman in Droit social 1961, p. 145. Cf. Conclusions du Commissaire du Gouvernement Fourier cités note 4.

finitif, ces exonérations ne sauraient être regardées comme ayant consacré l'un des principes fondamentaux qui, en vertu de l'article 34 de la constitution, relèvent du domaine de la loi". Sans doute, une telle réglementation réagit-elle sur le régime économique de la production vinicole, mais ce n'est là que l'effet, non l'objet de cette mesure¹⁴.

S'il appartient au seul législateur de consacrer un principe général de droit, à lui seul également il appartient de le modifier; c'est indirectement que le juge l'a affirmé : si des décrets qui avaient été attaqués n'ont pas été annulés, c'est qu'il a été reconnu que "les dispositions... antérieures ne sauraient... être regardées comme comblés en la matière¹⁵, formule reprise de nombreuses fois et par les décisions postérieures et par les conclusions des commissaires du gouvernement. Le principe étant certain, il était normal que son corollaire n'apparaisse que sous cette forme "a contrario" et implicite".



De la jurisprudence et du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, il résulte que la loi établit les règles fondamentales, tandis que les règles secondaires et les mesures d'application sont l'oeuvre de décrets.

Il serait sans doute utile pour le praticien et intéressant pour le psychologue de dresser, selon cette double jurisprudence, le catalogue des matières législatives et des matières réglementaires¹⁶. Le lecteur risquerait d'être partagé entre l'admiration d'un jeu intellectuel subtile... qui seul explique des solutions apparemment contradictoires bien que très proches dans le temps ...et le scepticisme.

Il nous a paru dès lors plus profitable d'analyser un nombre restreint d'hypothèses "à la limite" choisies dans domaines variés

14) *ibid.*

15) *ibid.*

16) Groux : Les domaines respectifs de la loi et du règlement d'après la Constitution de 1958, notes et études documentaires du Conseil d'Etat.

où est mis en lumière l'attachement du juge à la tradition en dépit de la volonté révolutionnaire des articles 34 et 37.

*
**

En effet, appelé à juger "loi ou décret" dans des espèces qui pouvaient permettre l'hésitation, le juge s'est référé aux précédents, c'est-à-dire aux principes généraux du droit, bref à la tradition. Nous exposerons dans une gradation ascendante la démarche intellectuelle du juge appelé à trancher "avec souplesse" le problème qui se posait à lui sur la base articles 34 et 37.

I — Dans l'arrêt de Laboulaye¹⁷, que précisément est à l'origine de nos réflexions, le Conseil d'Etat se départit de sa rigueur syllogistique¹⁸ en introduisant simplement dans la rédaction classique un élément concret et relatif : "Les garanties et principes fondamentaux qui sont en cause dans la disposition attaquée... doivent nécessairement être appréciés dans le cadre des mesures qui ont été prises dans le cas dont il s'agit". La portée de cette phrase apparaît à l'analyse de l'affaire :

— L'article 21 du décret du 31 Juillet 1961 disposait que ne pourront être considérés comme loyaux et marchands, à compter du 1er Septembre 1971, les vins provenant d'exploitations comportant encore à cette date des cépages tolérés;

— Le sieur de Laboulaye a vu dans cette disposition réglementaire une atteinte au droit de propriété et au droit du travail que seule une loi peut restreindre; il en demande l'annulation.

Le Conseil d'Etat, après avoir replacé l'article 21 attaqué dans l'ensemble des mesures prises depuis la loi du 4 Juillet 1931 par un certain nombre de textes en matière de viticulture, constate que le droit des viticulteurs de disposer de leur récolte n'est pas absolu mais subordonné au respect des dispositions réglementaires dont la disposition attaquée n'est qu'une des modalités.

Ainsi apparaît-il clairement que, pour le juge, les principes fondamentaux doivent être considérés non pas d'une façon

(17) Vo. note 4.

(18) Vo. note 6.

abstraite mais comme des éléments de la politique gouvernementale qui transparait à travers les lois et décrets déjà intervenus; c'est dans le cadre juridique auquel il s'intègre que doit être considéré le texte contesté. Le juge n'oublie pas, en effet, que depuis le début du XXème siècle le droit de propriété et la liberté du commerce et de l'industrie ont évolué (5 in fine) au sein d'une société économique nouvelle. C'est par rapport au contenu actuel du droit de propriété et de la liberté du commerce, élaboré par la pratique de plusieurs générations, que le juge apprécie si le texte contesté constituait une rupture (Loi) ou introduisait une simple modalité (Règlement).

II — Une démarche intellectuelle, à bien des égards analogue, est faite au cas de modifications successives d'un même texte¹⁹. Au lieu de raplacer le projet nouveau dans le corps de droit existant comme dans la précédente hypothèse, le juge est amené à confronter le texte qu'on lui présente avec ses antécédents, afin de préciser l'objet de la réforme qui, selon sa nature, relèvera de l'article 34 ou de l'article 37.

L'hypothèse pratique est la suivante : Une ordonnance du 23 Décembre 1958 a introduit au second alinéa de l'article 357 du code civil une troisième phrase : "Si l'adopté est né à l'étranger ou si le lieu de sa naissance n'est pas connu, la décision et transcrite sur les registres de la mairie du 1er arrondissement de Paris dans de délai de trois mois".

L'intervention du législateur pour opérer cette modification ayant été contestée, le Conseil constitutionnel, arbitre des compétences, s'est borné à expliciter la pensée des auteurs du nouveau texte dans les considérants que nous reproduisons parce qu'ils illustrent la méthode : "...les dispositions... soumises à l'examen du Conseil constitutionnel, ont pour objet... d'énoncer la règle selon laquelle les décisions d'adoption concernant les personnes nées à l'étranger ou dont le lieu de naissance n'est pas connu doivent être publiées sur un registre d'état civil dans un délai déterminé... Considérant que le règle... est relative à l'état des

(19) C. C. 17.IX.1965, S. 1965, p. 549, avec une note de M. Léo Hamon.

personnes; que dès lors en vertu de l'article 34... elle est du domaine de la loi"... que les autres dispositions... tendent uniquement à déterminer, dans le cadre de ladite règle et dans le respect des principes qui l'inspirent, les modalités de son application, qu'ainsi elles ressortissent à la compétence du pouvoir réglementaire;" ...

Sans aucun doute, la détermination de la mairie compétente pour recevoir la déclaration d'adoption fait partie du domaine réglementaire.

A première vue, on aurait pu penser qu'il devait en être de même du délai imparti pour y procéder. A première vue seulement, en effet : par les droits qu'elle confère et à l'adopté et à l'adoptant, l'adoption a des effets sensiblement analogues à la déclaration d'enfants légitimes et à la reconnaissance d'enfants naturels. La déclaration à la mairie constitue la preuve à laquelle est subordonné l'exercice des droits des enfants légitimes, reconnus, adoptifs. Si les délais sont courts, c'est pour éviter le risque de la disparition d'une preuve aussi essentielle. Toute la matière de l'état civil est largement teintée d'"ordre public". A cette importance ne pouvait correspondre que la solennité de la loi; il serait inconcevable que des règlements successifs contingents puissent modifier une institution qui doit défier les générations.

La décision que nous venons d'analyser consacre implicitement la solution adoptée explicitement dans d'autres affaires, à savoir que ne peuvent être séparées la reconnaissance d'un droit et sa possibilité pratique d'exercice²⁰.

III — Dans une troisième catégorie d'hypothèses²¹, le Conseil constitutionnel a été amené à dépasser le stade de l'explicitation, obligé qu'il était de choisir entre l'une ou l'autre des deux qualifications qu'il était possible de donner à un même texte :

Afin de faire participer effectivement au suffrage le plus grand nombre de citoyens possible, l'ordonnance du 20 Octobre 1958 a

(20) C. C. Rec. 61-13 L. du 3.V.1961, R. p. 35 et S. 1961, p. 349, avec une note de M. Léo Hamon.

(21) *ibid.*

étendu la faculté du vote par procuration à certaines catégories de Français résidant à l'étranger.

— Il est évident que si ces dispositions de l'ordonnance devaient être regardées comme conférant le droit de suffrage à de nouvelles catégories de citoyens, la compétence législative s'imposerait par application de l'article 34 de la Constitution.

— Verrait-on au contraire dans le vote par correspondance une simple modalité d'exercice du droit de suffrage, les dispositions contestées seraient en réalité de la compétence réglementaire.

Pour classer la disposition en cause dans le domaine de l'article 34, le Conseil constitutionnel a assimilé à l'attribution proprement dite du droit de suffrage, la mesure qui constitue "la condition pratique de son exercice".

La généralisation de ce raisonnement : "quand l'existence d'un droit est dans le domaine de la loi, le principe de sa possibilité pratique d'exercice ne peut en être exclu", permet de se rendre compte de l'importance de cette décision.

On peut imaginer la considération qui a amené le Conseil constitutionnel à cette solution : l'électorat est, au premier chef, du domaine politique; or le libéralisme démocratique imprègne la mentalité française au point que la philosophie de la Troisième République demeure encore actuellement valable. Dans le moindre doute, il est évident que, conformément à la tradition républicaine, ce qui touche au droit de suffrage doit être regardé comme du domaine de la loi.

Dans cette affaire, l'interprétation de la situation juridique se limitait à deux possibilités et à deux seulement. Dans des cas plus complexes, le juge a été amené à procéder à une "interprétation constructive". L'analyse d'un certain nombre d'espèces permettra de mesurer son audace :

IV — L'article 35 bis du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre, modifié par un décret du 31 Décembre 1957, disposait : "Il est alloué une allocation spéciale aux personnes qui se trouvent dans l'impossibilité médicalement constatée d'exercer une activité professionnelle. Un décret en la

forme de R.A.P. fixera les conditions d'application du présent décret".

Comme le décret du 2 Mai 1961, intervenu aux lieu et place du décret en la forme de R.A.P. annoncé, s'écartait, au moins partiellement, des dispositions n'auraient pas dû faire l'objet d'une loi : la nature des conditions qui doivent être remplies pour avoir droit à une pension militaire ou à une allocation complémentaire à cette pension entrent-elles dans la compétence réglementaire?

Il est évident que si les droits des invalides de guerre sont du domaine de la loi, il en va de même de leur possibilité pratique d'exercice²², en l'espèce la détermination des conditions qui doivent être remplies pour bénéficier de cette mesure.

L'essentiel était de trouver un fondement constitutionnel à la compétence législative en matière de pensions de guerre. Si l'article 34 de la Constitution ne cite nulle part les droits des invalides de guerre, deux mentions pouvaient cependant être retenues : 1° — "les principes fondamentaux de l'organisation de la défense nationale", formule considérée à juste titre comme beaucoup trop large; 2° — les sujétions imposées pour la défense nationale aux citoyens (dans leur personne ou dans leurs biens). C'est sur la base de cette seconde formule que le Commissaire du Gouvernement Duthillet de la Mothe a construit ses conclusions avec une hardiesse qui mérite d'autant plus d'être rapportées en résumé que le Conseil d'Etat les a confirmées dans son arrêt.

La question, disait-il, est de savoir "si la nature des conditions qui doivent être remplies pour avoir droit à une pension militaire d'invalidité ou à une allocation complémentaire à cette pension entre dans la compétence législative ou dans la compétence du pouvoir réglementaire.

(22) Cf. note 19.

— C. E. 23.X.1964, Commissaire du Gouvernement près la Commission régionale des Dommages de guerre de Bordeaux, L. p. 487;

— C. E. 29.I.1965, Association républicaine des Anciens Combattants et Victimes de guerre, et Lesage avec les conclusions du Commissaire du Gouvernement Duthillet de la Mothe, L. p. 58;

— C. C. dec. 67-45 L. du 9.V.1967, R. p. 29.

“Les droits des invalides de guerre nous paraissent... rentrer dans une des matières mentionnées à l'article 34. Si on l'admet, il en résulte qu'en cette matière, la nature des conditions à remplir par les invalides pour bénéficier d'une pension ne peut résulter que de la loi”.

“Les seules dispositions à retenir de l'article 34 ... sont celles qui disposent que la loi fixe les règels concernant les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens.

“Très littéralement, le texte ne pouvait viser que des obligations et non des droits comme le droit à pension... mais... une sujétion ne peut être déterminée que compte tenu des droits qu'elle peut oeuvrir, en contrepartie, à ceux à qui elle est imposée”.

Cette corrélation entre obligation et droits, longuement développée dans les conclusions, est l'essentiel d'une “construction purement logique”. Le Commissaire du Gouvernement reconnaît que l'article 34 de la Constitution ne l'impose pas, qu'aucun précédent direct ne peut être trouvé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais que cette solution est conforme à la pratique législative, longuement rapportée, et aussi à la jurisprudence intervenue dans une matière à certains égards comparable, celle relative à la Sécurité sociale.

Cette interprétation purement constructive sur la base de liens indissociables entre sujétions et droits méritait d'être retracée en raison de son intérêt intellectuel; elle n'est pas sans rappeler les analyses auxquelles procédaient au cours du XIX^{ème} siècle les créateurs du droit administratif moderne, qu'ils soient magistrats ou professeurs. En consacrant la solution proposée, le Conseil constitutionnel a démontré la hardiesse du juge. Il est des cas plus précis encore, d'autant plus importants qu'il s'agit d'institutions : ordres de juridictions, catégories d'établissements publics.

V — L'article 34 de la Constitution réserve au législateur la fixation des règles concernant la création de nouveaux ordres de juridiction. Cette formule n'est qu'apparemment claire. Sans doute, la définition de “la juridiction”, qui a fait un temps l'objet d'une

importante littérature²³, est-elle aujourd'hui fixée en ce sens que doit être regardée comme juridiction l'institution que la jurisprudence considère comme telle; deux points demeurent cependant à préciser :

Qu'est-ce qu'un ordre de juridiction?

Que comporte le mot "création"?

Sur le premier point, les travaux préparatoires de la Constitution n'offrent qu'un intérêt limité :

— Le projet originaire soumis au Comité consultatif constitutionnel plaçait dans la compétence du législateur "le statut de la magistrature, l'établissement des juridictions";

— Un amendement libéral du Professeur Waline y inclut "le statut de la magistrature, l'établissement et la compétence des juridictions";

— Le texte définitif élimine de l'intervention législative les questions de compétence et l'établissement individuel des juridictions.

A défaut de travaux préparatoires utiles, il est bon de consulter la doctrine, témoin, en son temps, du "droit" dans ce qu'il a de plus permanent que les textes eux-mêmes.

Dans le traité de Cuche et Vincent, on lit cette phrase : "Les lois de compétence d'attribution déterminent la place qu'occupe une juridiction dans la grande classification... juridictions constitutionnelles, administratives, criminelles, civiles". C'est ce qu'on appelle "ordres de juridiction".

La considération du double degré de juridiction (outre la cassation) a amené une partie de la doctrine à faire une place à l'idée de hiérarchie. Il n'y aurait dès lors que deux ordres de juridiction; l'ordre judiciaire, l'ordre administratif; tout au plus pourrait-on ajouter la juridiction des loyers et celle des dommages de guerre. On ne peut cependant pas ne pas remarquer que la juridiction

(23) R. Guillien - L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée - Thèse Bordeaux, 1931.

commerciale, la juridiction prudhomme, bien que la hiérarchie soit dans ces cas incomplète, sont considérées comme des ordres de juridiction.

En réalité, la jurisprudence ne s'attache qu'au particularisme de la juridiction considérée par rapport aux juridictions de droit commun²⁴.

Quelques exemples permettront de vérifier cette assertion. Nous procéderons par citations de textes :

"Les tribunaux d'instance à compétence exclusive en matière pénale constituent un ordre de juridiction distinct des tribunaux d'instance créés par l'article 1er de l'ordonnance du 22 Décembre 1958"²⁵.

"Le tribunal pour enfants chargé de juger uniquement les mineurs de dix-huit ans auxquels sont imputées des infractions qualifiées crimes ou délits constitue un ordre de juridiction"²⁶.

"Les chambres d'expropriation constituent... un ordre nouveau de juridiction distinct de celui formé par les tribunaux de droit commun"²⁷.

"En instituant, dans ces conditions, une section des Assurances sociales au sein du Conseil régional de discipline substitué, pour le jugement des affaires dont s'agit à la formation plénière du Conseil, les auteurs du décret ont créé un nouvel ordre de juridiction"²⁸.

Par ailleurs, l'article 1er de l'ordonnance du 22 Octobre 1958, a confirmé l'institution des conseils de prudhommes en tant qu'ordre

(24) C. C. dec. 61-15 L. du 18.VII.1961, R. p. 39 et D. 1961, p. 542, note de M. Léo Hamon.

(25) O. 53-1273 du 22.XII.1958, art. 5; C. C. 18.VII.1961, précité.

(26) C. C. dec. 64-31 L. du 21.XII.1964, R. p. 45 et D. 1965, p. 6⁹¹ avec une note de M. Léo Hamon.

— C. C. dec. 66-40 L. du 8.VII.1966, R. p. 30.

(27) C. C. dec. 65-33 L. du 19.II.1965, R. p. 73.

(28) C. E. 13.VII.1962, L. p. 479.

de juridiction, l'article 2 laissant au règlement la création individuelle des tribunaux de prudhommes²⁹.

A l'inverse, le Conseil d'Etat a décidé, à propos du juge de la mise en état des causes³⁰, que "nonobstant la circonstance qu'il peut rendre des ordonnances présentant un caractère juridictionnel, les requérants ne sont pas fondés soutenir qu'ils constituent une juridiction distincte du tribunal de grande instance".

Sur quel critère s'est fondé le juge pour reconnaître dans les quatre premiers cas l'existence d'un ordre de juridiction et adopter la solution inverse dans le cinquième cas? De l'analyse de chacune de ces espèces, il part, sa compétence, d'autre part, aient été déterminantes pour leur faire reconnaître le particularisme qui révèle l'existence d'un ordre de juridiction³¹.

En effet :

Là où il est créé en vertu de l'article 5 de l'ordonnance 58-1273 de 22 Décembre 1958³², le juge d'instance à compétence exclusive pénale se superpose au juge d'instance prévu à l'article 3 de ladite ordonnance; il ne substitue pas à lui. C'est ainsi que dans les circonscriptions de Paris, Lyon, Marseille, il y a, à la fois un juge d'instance et un juge d'instance à compétence pénale exclusive

Par ailleurs, si le juge d'instance à compétence pénale exclusive reçoit les attributions pénales appartenant au juge paix de la circonscription, c'est à l'exclusion des autres compétences qui demeurent acquises à celui-ci.

Ainsi, les juges d'instance à compétence pénale exclusive présentent les deux caractéristiques qui permettent de les considérer comme faisant partie d'un ordre de juridictions distinct.

L'ordonnance 58-1274 du 22 Décembre 1958 qui a refondu la législation antérieure dispose que, pour les mineurs délinquants

(29) C. C. dec. 64-6 F N R du 22.V.1964, R. p. 47.

(30) C. E. 21.II.1968, *Ordre des Avocats près la Cour d'appel de Paris*, L. p. 123.

(31) Cf. Note Léo Hamon au D. 1961, p. 542.

(32) J. O. 23.XII.1958, p. 11.557.

qui, en raison de leur âge, sont soustraits aux juridictions de droit commun, il est créé des juridictions spéciales : le juge pour enfants, le tribunal pour enfants³².

La spécialité de ces tribunaux tient moins au délit commis qu'à la personnalité de son auteur.

On peut estimer que jusqu'à dix-huit ans la responsabilité du délinquant n'est pas entière, et que son développement mental n'étant pas achevé il peut être redressé. Pour l'appréciation de la responsabilité de l'auteur de l'infraction et pour le choix des mesures de sauvegarde, de surveillance, d'éducation ou rééducation, il est nécessaire de disposer de magistrats plus psychologues encore que juristes³³.

La personnalité du magistrat et celle du délinquant sont les deux éléments essentiels qui justifient l'existence d'un ordre de juridictions.

(33) Art. 1er — Il existe au siège de chacun des tribunaux de grande instance figurant sur une liste fixée par décret un tribunal pour enfants et un ou plusieurs juges des enfants.

Art. 7 — L'appel des décisions du juge des enfants et du tribunal pour enfants et jugé par la cour d'appel dans une audience spéciale, dans les mêmes conditions qu'en première instance.

Dans les cours d'appel où il existe plusieurs chambres, il est formé à cette fin une chambre spéciale.

(34) Art. 5 — Le tribunal pour enfants est composé du juge des enfants, président, et de deux assesseurs.

Art. 3 — Le juge des enfants est choisi, compte tenu de l'intérêt qu'il porte aux questions de l'enfance et de ses aptitudes, parmi les juges du tribunal de grande instance siège du tribunal pour enfants; il est nommé, pour une durée de trois années renouvelable, en la forme exigée pour la nomination des magistrats du siège.

Les assesseurs titulaires et suppléants sont nommés pour trois ans par arrêté du ministre de la justice. Ils sont choisis parmi les personnes de l'un ou de l'autre sexe, âgées de plus de trente ans, de nationalité française, et s'étant signalées par l'intérêt qu'elles portent aux questions de l'enfance et par leur compétence.

Avant d'entrer en fonctions, les assesseurs titulaires et suppléants prêtent serment devant le tribunal de grande instance de bien et fidèlement remplir leurs fonctions et de garder religieusement le secret des délibérations.

La loi du 26 Juillet 1962, modifiant l'ordonnance du 23 Octobre 1958³⁵ sur l'expropriation, institue en première instance (art. 18) et en appel (art. 34) des chambres d'expropriation distinctes des tribunaux de droit commun.

Pour motiver la création de cet ordre de juridiction, la décision du Conseil constitutionnel du 9 Février 1965 a retenu deux éléments : la personnalité des juges, leur compétence *ratione materiae*.

Dans leur composition, les chambres de l'expropriation présentent un certain caractère paritaire par la représentation des intérêts en cause. Le Conseil constitutionnel note "la présence en leur sein, en qualité d'assesseurs, d'un représentant des collectivités publiques et d'un représentant de la propriété, sous présidence d'un magistrat de l'ordre judiciaire.

La compétence de ces juges est limitée à la seule fixation des indemnités dues en cas d'expropriation d'utilité publique. Toutes les autres questions contentieuses relevant ou des tribunaux administratifs ou des tribunaux judiciaires conformément au droit commun.

Très proche du cas précédent est l'institution par le décret du 12 Mai 1960³⁶ d'une section distincte dite "section des Assurances sociales du Conseil régional de l'Ordre des Médecins", composée de deux médecins désignés par le Conseil de l'Ordre et

(35) Article 18 — L'article 12 de l'ordonnance no. 58-997 du 23 Octobre 1958 est remplacé par les dispositions suivantes :

"Art. 12 — A défaut d'accord amiable, les indemnités sont fixées, même en cas d'urgence, par une ou plusieurs chambres de l'expropriation instituées dans chaque département auprès d'un ou plusieurs tribunaux de grande instance.

"La chambre de l'expropriation est présidée par un magistrat du tribunal auprès duquel elle est instituée. Elle comprend, en outre un représentant des collectivités publiques et un représentant de la propriété privée, désignés pour deux ans.

"Le directeur départemental des domaines exerce les fonctions de commissaire du Gouvernement".

(36) C. E. 13.VII.1962, Conseil national de l'Ordre des Médecins, L. p. 479.

deux représentants des organismes de Sécurité sociale désignés par le Directeur régionismes de Sécurité sociale sous la présidence en première instance du président du tribunal administratif et en appel du conseiller d'Etat siégeant à la section disciplinaire dudit conseil. Saisies dans les formes juridictionnelles prévues à l'article 9 al. 2 dudit décret, ces sections statuent sur "les fautes, abus et fraudes et tous faits intéressant l'exercice de la profession relevés... à l'occasion des soins dispensés aux assurés sociaux", mais sur eux seuls.

Sur requête en illégalité de l'institution de telles sections, le Conseil d'Etat a retenu la composition et la compétence particulière de ces organismes pour affirmer que le décret avait créé un nouvel ordre de juridiction en contradiction avec l'article 34 de la Constitution³⁷.

L'existence d'une juridiction beaucoup plus ancienne, puisque son origine est antérieure à la Révolution³⁸, pourrait bien avoir constitué le précédent, conscient ou inconscient de la pratique que nous avons décrite :

Les conseils de prudhommes, créés pour mettre fin par voie de conciliation dans les meilleures conditions aux différends qui peuvent s'élever à l'occasion de contrats individuels de travail, ont vu leur compétence élargie par les textes successifs jusqu'à devenir, avec l'ordonnance du 22 Décembre 1958, juges de droit commun en la matière.

Les juges composant cette juridiction professionnelle ont un caractère tout à fait spécial qui vient de leur désignation par l'élection sur une base paritaire.

Leur compétence est par ailleurs nettement définie par la loi concilier, juger.

L'existence des conseils de prudhommes en tant qu'ordre de juridiction n'a jamais été contestée; on notera avec d'autant plus d'intérêt deux points essentiels :

(37) Vo. note 36.

(38) Voir notamment les lettres patentes de Mars 101462 in jurisclesseur commercial V° Tribunaux de commerce Ch. I.

1° — l'existence du critère de la personnalité du juge et de la compétence *ratione materiae*;

2° — l'institution de l'ordre par la loi elle-même, laquelle a confié à des décrets individuels le soin de créer chacun des conseils de prudhommes nécessaires.

Après avoir rappelé ces points d'histoire, il est bon de reprendre la formule de la jurisprudence³⁹ : "La création de nouveaux ordres de juridiction appartient au législateur; est de la compétence réglementaire la détermination du nombre, du siège et du ressort de chacune des juridictions". On ne peut que constater que, sur ce point comme sur plusieurs autres, le juge comme l'y invitait d'ailleurs le constituant, a consacré purement et simplement la tradition ancienne que notre analyse a pu faire apparaître⁴⁰.

*
**

La portée du mot "création" de l'article 34 dépasse l'acte institutionnel que nous avons analysé dans les développements qui précèdent; il comporte encore la détermination des caractères essentiels de la juridiction créée, c'est-à-dire : 1° — la qualification du juge, 2° — la définition de sa compétence, deux points qui ont été, à juste titre, relevés par la doctrine⁴¹.

1° — Lorsque les membres du nouvel ordre de juridiction sont des magistrats du cadre de la magistrature de droit commun dé-

(39) C. C. dec. 63-24 L. et 63-25 R. des 9 et 30.VII.1963, R. p. 31 et 32 et D. 1964, p. 455;

Cf. C. E. 27.V.1966, Soc. de Crédit commercial et immobilier, L. p. 365.

(40) C. C. dec. 61-14 L. du 18.VII.1961, R. p. 38 et D. 1961, p. 542, avec une note de M.Léo Hamon dont nous extrayons ce passage :

Cette distinction du Conseil constitutionnel rejoint certaines traditions relatives à notre organisation judiciaire : Si la loi a institué la juridiction prud'homale, ce sont des décrets qui ont chaque fois créé dans tel ou tel ressort un conseil des prud'hommes ou un tribunal supplémentaire (C. Trav., liv. IV, art. 2 - Cf. pour les tribunaux de commerce, C. com., art. 615).

(41) Cf. note 24.

tachés auprès du tribunal du nouvel ordre de juridiction, par application de l'article 67 du statut de la magistrature, ils conservent leur statut d'origine. Tel est le cas, par exemple, des juges d'instance à compétence pénale exclusive.

S'agit-il au contraire de membres de juridictions particulières telles que les tribunaux pour enfants, les chambres d'expropriation, les sections des Assurances sociales du Conseil régional des Médecins, des tribunaux de prudhommes, on peut se demander s'ils sont soumis ou bien dans quelle mesure ils demeurent soumis au statut de la magistrature. Pour répondre à cette question, il est nécessaire de tenir compte de l'article 34 de la Constitution : "La loi fixe les règles concernant... la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats", et de l'article 64 de la même Constitution : "Une loi organique porte statut des magistrats", interprétés l'un et l'autre à la lumière de la jurisprudence intervenue en la matière, notamment l'arrêt du Conseil d'Etat du 2 Février 1962⁽⁴²⁾ et la décision du Conseil constitutionnel du 21 Décembre 1964⁽⁴³⁾, relatifs aux juges consulaires.

Le Commissaire du Gouvernement Dutheillet de la Mothe devant le Conseil d'Etat avait suggéré l'interprétation suivante : Si une loi organique est sans doute nécessaire pour les magistrats de carrière de l'ordre judiciaire, une loi ordinaire est suffisante pour les magistrats au sens large. De toute façon, il faut une loi, car seul un statut légal et non pas seulement réglementaire est de nature à assurer l'indépendance du juge.

Le Conseil d'Etat n'a pas suivi son Commissaire du Gouvernement : l'article 64, dit-il, vise seulement les magistrats de carrière de l'ordre judiciaire; l'article 34 n'emploie par l'expression "statut des magistrats" dans un sens différent de l'article 64; en conséquence, les juges consulaires ne sont pas au nombre des magistrats visés à l'article 34.

Il est évident que les juges consulaires ne sont pas des magistrats de carrière nommés par le Président de la République selon

(42) C. E. 2.II.1962, Beausse, L. p. 82.

(43) C. C. dec. 64-31 L. du 21.XII.1964, R. p. 43 et A.J. 1965, p. 102 et D. 1965, p. 641, avec une note de M. Léo Hamon.

la formule du Titre IX de la Constitution de 1946, remplacé aujourd'hui par le Titre VIII de la Constitution de 1958, sans que soit intervenue sur ce point de modification explicite ou implicite.

La formule de l'article 34 : "la création de nouveaux ordres de juridictions et le statut des magistrats", eût semblé devoir logiquement conduire l'interprète à définir le magistrat par l'exercice de la juridiction. L'intention du constituant, telle au moins qu'elle résulte des déclarations de M. Debré au cours des travaux préparatoires⁴⁴, n'est pas dans ce sens.

Si le Conseil d'Etat n'a pas cru pouvoir reconnaître aux magistrats consulaires le bénéfice d'un statut légal, il est cependant certain (c'est ce qui résulte de la décision du Conseil constitutionnel du 21 Décembre 1964⁴⁵) qu'existent pour ceux-ci les garanties essentielles qui assurent l'indépendance des juges. Il n'est pas du tout certain que le Conseil d'Etat persévérerait aujourd'hui dans sa jurisprudence de 1962.

La solution intervenue pour les juges consulaires⁴⁵, pour les juges pour enfants⁴⁶, est générale; elle est en réalité commune à tous les magistrats au sens large.

2^o — Le second aspect de la création d'un ordre de juridiction est la détermination de sa compétence *ratione loci* et *ratione materiae*.

Sans doute, le législateur prend-il soin, dans l'acte constitutif, de préciser cette compétence; ainsi :

— "à Paris, Lyon et Marseille, il est créé un tribunal d'instance ayant seul compétence en matière pénale, dont le ressort sera le même que celui du Tribunal de police existant à la date de la mise en vigueur de la présente loi". (O. 22.XII.1958).

— au siège de chacun des tribunaux de grande instance, existent un tribunal pour enfants et des juges pour enfants pour statuer

(44) C. C. dec. 64-6 F N R du 22.V.1964, R. p. 47 et S. 64, p. 340, avec une note de M. Léo Hamon.

(45) Vo. note 38.

(46) Vo. note 39.

sur le cas des mineurs de 18 ans accusés de crimes ou délits (O. 58-1274 du 22.II.1958).

— à défaut d'accord amiable, les indemnités (d'expropriation) sont fixées dans chaque département par un magistrat du tribunal civil siégeant au chef-lieu du département (L. 28.VIII.1962).

— ... les fautes, abus ou fraudes et tous faits intéressant l'exercice de la profession relevés à l'encontre de médecins à l'occasion de soins dispensés aux assurés sociaux... sont soumis à une section distincte dite section des Assurances sociales du Conseil régional de discipline de l'Ordre des Médecins (D. 12 Mai 1960, art. 9).

— Les conseils de prudhommes sont compétents pour résoudre les différends qui peuvent s'élever à l'occasion des contrats individuels de travail (Art. 1er, L. IV du Code du Travail).

*
**

Si le juge n'a à répondre qu'à la question juridique de l'espèce particulière dont il est saisi, se gardant d'affirmer des principes, sauf dans le cas où il entend se lier pour l'avenir, par contre, il appartient à la doctrine d'attirer l'attention, pour aider à les résoudre, sur les problèmes juridiques qui sont impliqués par une affaire déterminée.

Précisément, c'est avec grand intérêt que nous signalons les réflexions formulées par le Professeur Léo Hamon, commentateur habituel des décisions juridictionnelles en matière constitutionnelle, à propos de deux affaires qui mettaient en cause la compétence *ratione loci* et la compétence *ratione materiae*.

A — La compétence *ratione loci* du juge d'instance à compétence pénale exclusive⁽⁴⁷⁾ lui a inspiré le commentaire suivant :

— On concevrait qu'en fait, l'accroissement du nombre des juridictions d'un ordre aboutisse à supprimer ou tout au moins à modifier profondément la compétence d'un autre ordre de juridiction. Si, par exemple, les juridictions du type de l'article 5 de l'ordonnance de 1958 étaient multipliées et étendues à l'ensemble du

(47) Vo. note 43.

territoire, l'ordre des juridictions des tribunaux d'instance se verrait alors, sinon supprimé, du moins profondément altéré, puisqu'il cesserait d'avoir une compétence pénale.

— Il est difficile d'admettre qu'une telle réforme puisse intervenir par voie réglementaire, en raison de la règle de la correspondance des formes.

— Au moment où il est invité à fournir son avis sur le caractère réglementaire ou législatif d'un texte que le gouvernement se propose de modifier, le conseil connaît bien le contenu du texte existant, mais non pas l'étendue de la modification envisagée".

B — La compétence *ratione materiae* présente parfois une subtilité telle qu'elle est une occasion inespérée pour la doctrine d'élaborer des constructions dont le mérite est de préciser le problème et éventuellement de suggérer des solutions.

En 1964, le Conseil constitutionnel a été saisi d'une proposition de loi "Menu" tendant à modifier l'article 1^{er} du Livre IV du Code du Travail, afin de permettre à la veuve d'un ouvrier non pas de faire valoir les droits de celui-ci, ce qui était acquis dès l'origine, mais d'intenter contre le patron de celui-ci une action en responsabilité pour avoir négligé de déclarer son salarié, ce qui avait pour conséquence de priver cette veuve des droits auxquels elle eût été en droit de prétendre.

Le Conseil constitutionnel a décidé⁴⁸ que "la proposition de loi... a uniquement pour objet... de préciser que les ayants-droit des salariés visés à l'article 1^{er} de l'Ordonnance... du 22 Décembre 1958 ont qualité pour saisir les conseils de prud'hommes des différends qui s'élèvent à l'occasion des contrats de travail et d'apprentissage et ce sans toucher au domaine de la compétence de ces juridictions.

Parce que la proposition de loi était purement interprétative et qu'elle ne modifiait aucunement la compétence du conseil des prud'hommes, les dispositions qu'elle comportait étaient du domaine réglementaire⁴⁹, formule qui, à l'inverse, signifie qu'est

(48) Vo. note 44.

(49) C. E. 16.III.1956, Garnett, L. p. 125;

C. E. 30.III.1962, Association nationale de la Meunerie, L. p. 233/236.

du domaine législatif toute modification au fond d'une compétence juridictionnelle, ce qui était admis traditionnellement avant même la Constitution de 1958⁵⁰.

En réalité, la question était moins simple qu'il ne le paraît dans l'espèce en cause, il s'agissait de savoir si l'exercice de l'action était la reprise des droits de l'employé lui-même ou l'exercice d'un droit propre à la veuve.

S'agissait-il de la reprise du droit de l'employé, la veuve avait qualité pour exercer les droits de son ayant-cause;

S'agissait-il d'un propre de la veuve d'intenter une action en indemnité à raison du tort que lui a causé la négligence de l'employeur, ce n'est plus sa qualité pour agir qui est en jeu, mais la compétence du conseil des prud'hommes⁵¹.

*
**

L'article 34 de la Constitution contient la formule : "La loi fixe les règles concernant la création de catégorie d'établissements publics qui rappelle la précédente "Ordre de juridictions". Le problème posé est cependant plus complexe, car doit être définie la notion d'établissement public et précisé le mot "catégorie".

Un certain nombre d'arrêts du Conseil d'Etat, de décisions de la Cour constitutionnelle précédés de conclusions de Commissaires du Gouvernement et suivis de commentaires doctrinaux, permettent de préciser la notion d'établissement public.

Dans la doctrine classique, un établissement public est une personne morale de droit public dotée de l'autonomie administrative⁵² et financière pour l'accomplissement de l'activité spécialisée qui constitue son objet.

(50) *ibid.*

(51) *Vo. note 49.*

(52) C. E. 1er.XII.1950, *Electricité de France*, S. 1951, p. 361, avec une note de M. Boulouis, et au D. 1952, p. 642, avec une note de M. L'Huillier.

C. C. dec. 61-15 L. du 18.VII.1961, R. p. 39 et S. 1961, p. 253, avec une note de M. Léo Hamon.

L'apparition d'établissements publics économiques devait avoir pour conséquence d'altérer profondément cette définition encore mal fixée⁵³. Dans ses conclusions pour l'affaire Navizet⁵⁴, le Commissaire du Gouvernement Heuman attirait l'attention sur l'imprécision des critères auxquels se reconnaît un établissement public : critère du but et de la nature de la tâche, critère de l'origine des ressources, critère des règles d'organisation et de fonctionnement, critère de l'existence d'un privilège de puissance publique. Aucun de ces éléments, disait-il, n'a de valeur absolue et décisive; c'est surtout en les combinant de manière plus ou moins empirique que le juge parvient à découvrir la véritable physionomie de l'institution.

— Ce qui demeure sûr? Un établissement public est une personne morale soumise à une certaine tutelle de la part de l'Etat.

— Ce qui l'est moins? L'"objet d'intérêt général" entraîne une telle diversité de règles juridiques qu'il n'y a plus d'unité de définition, ni d'unité de régime⁵⁵. Le Professeur Rivero parle de "désagrégation de la conception classique"^{55 bis}.

Qu'est-ce que le législateur a entendu par l'expression de catégorie d'établissements publics? Comme pour les "ordres de juridiction", les travaux préparatoires ne permettent pas d'élucider ce que les constituants ont voulu.

La doctrine traditionnelle ne peut être elle-même d'aucun secours, bien au contraire; en effet : créer un établissement public,

(53) C. C. 29.I.1965, L'herbier, Conclusions de M. Rigaud, A. J. d-a. 1965, p. 104, col. 2.

(54) C. E. 13.XI.1959 Navizet, R.D.F. 1960, p. 1034 et conclusions de M. Rigaud précitées : "Le caractère d'un établissement public n'a donc pas de conséquence obligée unilatérale en ce qui concerne le régime de droit applicable à l'ensemble de ses activités : il n'est déterminant que pour certains aspects de son organisation et de son fonctionnement : statut du personnel... régime administratif et financier, régime fiscal... La détermination du caractère d'un établissement public est donc une opération indépendante de celle du régime de droit applicable à ses différentes activités; elle est une appréciation globale, organique, essentielle.

(55) Vo. note ci-dessus.

(55 bis) Rivero, Précis de Droit administratif, No. 522.

c'est donner naissance à une nouvelle personne juridique. Or, jusqu'à 1958, on considérait que, sauf exception prévue par la loi elle-même, il appartient au seul législateur de créer une personne juridique; c'est d'ailleurs la solution que consacre l'article 205 de la loi du 13 Juillet 1905⁵⁶ et la jurisprudence.

La formulé de l'article 34⁵⁷ représente une conciliation entre la doctrine traditionnelle de la loi créatrice de tout établissement public et la volonté du constituant de limiter au maximum l'intervention du législateur. Désormais, celui-ci n'interviendra que pour la création de catégories d'établissements publics. Les auteurs de la Constitution semblent avoir voulu mettre un terme à l'immixtion abusive du législateur dans le domaine de l'administration, notamment sous la forme d'interventions particulières dans les cas d'espèce⁵⁸.

Ainsi se trouve, une fois encore, consacrée la formule "in initio eratlex" : Le législateur intervient pour poser le principe de la création de la nouvelle catégorie d'établissement public; il appartient au décret d'en tirer les conséquences en créant individuellement chaque établissement⁵⁹.

Qu'est-ce qu'une catégorie d'établissements publics? Les éléments de la réponse ont été donnés par le Commissaire du Gouvernement Rigaud, dans ses conclusions pour l'affaire L'Herbier⁶⁰. Après avoir analysé la jurisprudence sur la question, il déclare : "Constituent une même catégorie des établissements publics dont

(56) Art. 205. — "Les établissements publics nationaux ne peuvent être créés que par la loi qui détermine leur objet, les principes de leur fonctionnement, leur confère la personnalité civile et, s'il y a lieu, l'autonomie financière".

(57) C. E. 14.V.1948, Sargos, R. p. 208.

C. E. 13.V.1960, Diop., L. p. 325.

C. E. 30.VI.1961, André et Société des Lissages, N. C., L. p. 154.

Cf. l'exposé de M. Rigaud de la pratique qui consacre ces principes dans A. J. 1965, p. 108.

(58) Waline, R.D.P. 1960, p. 1018 et C. C. 18.VII.1961. Cf. note (38).

(59) Cf. notes 46 à 50 et texte correspondant.

(60) C. E. 29.I.1965, A. J. 65, p. 104, conclusions de M. Rigaud et C. C. 18.VII.1961, S. p. 253, note de M Hamon.

l'activité a le même caractère (administratif ou industriel et commercial), s'exercent territorialement sous la même tutelle administrative, et qui ont une spécialité étroitement comparable. Sur ce dernier point, ont une spécialité étroitement comparable les établissements qui ont un objet comparable et qui obéissent à des règles communes d'organisation et de conditionnement; la spécialité, c'est donc une manière commune d'assurer une mission analogue".

Si nous éliminons les problèmes mineurs soulevés par cette phrase, à savoir :

— ne pourraient faire partie de la même catégorie, même s'ils avaient un objet comparable, deux établissements dont l'un serait au droit privé;

— ne pourraient faire partie de la même catégorie deux établissements analogues dont l'un exercerait son activité dans le cadre de l'Etat, l'autre dans celui d'une collectivité locale;

— demeure le point essentiel : entrent dans une même catégorie les établissements publics... qui ont une spécialité étroitement comparable, c'est-à-dire un objet comparable et des règles communes d'organisation et de fonctionnement.

Objet d'une part, organisation et fonctionnement d'autre part, ces deux éléments méritent d'être développés pour apporter un peu de précision dans une matière particulièrement complexe.

Dans l'inventaire et le classement sommaire des établissements publics qu'a entrepris son service de documentation, le Conseil d'Etat a réparti en onze catégories l'objet des services publics qui ont été compris dans le récolement :

- I — Action sociale et médico-sociale,
- II — Enseignement, formation, action culturelle,
- III — Activités savantes, littéraires et artistiques,
- IV — Recherche,
- V — Information,
- VI — Protection et mise en valeur de biens publics ou d'intérêt public,
- VII — Gestion d'équipements collectifs,
- VIII — Activités financières,

- IX — Représentation officielle d'intérêts collectifs,
- X — Organisation d'intervention et de défense d'intérêts privés,
- XI — Activités de tous ordres principalement tournées vers l'étranger.

Si nous retenons la seule rubrique II, "Enseignement, formation et culture", nous nous trouvons en présence de sous-catégories :

Enseignement primaire

Enseignement secondaire

agricole

technique

professionnel

préparation à la fonction publique

Enseignement artistique, archéologique

Activités sportives

culturelles

Enseignement supérieur

Activités savantes

Recherche, etc...

La diversification de l'objet poursuivi apparaît infinie.

Il est très utile de voir la réaction du juge devant cette prolifération possible :

— La spécialité serait-elle interprétée d'une façon étroite, il est évident que chacun des établissements publics ayant un objet particulier dans chacune des catégories et même sous-catégories devrait nécessiter l'intervention du législateur; on en reviendrait à la solution ancienne selon laquelle tout établissement public serait créé par la loi.

— La spécialité serait-elle interprétée largement encore faudrait-il analyser chaque situation afin de déterminer si l'établissement public en question pourrait ou non rentrer dans une sous-catégorie ou dans une catégorie déjà existante, auquel cas l'intervention du législateur serait exclue.

Le Conseil constitutionnel fut saisi d'un tel problème à propos de l'Istitut des Hautes-Etudes d'Outre-Mer, créé par l'Ordon-

nance du 5 Janvier 1959 pour la formation des candidats aux emplois supérieurs de l'administration publique des pays membres de la communauté.

Le Premier Ministre ayant contesté le caractère législatif de certaines dispositions de cette ordonnance, le Conseil constitutionnel a décidé⁽⁶¹⁾ que l'Institut des Hautes-Etudes de la France d'Outre-Mer avait "un objet comparable à celui de nombreux

(61) C. C. 18.VII. 1961, extrait du texte de la décision :

Considérant que l'art. 34 de la Constitution réserve au législateur le soin de fixer "les règles concernant... la création de catégories d'établissements publics"; — Considérant que doivent être regardés comme entrant dans une même catégorie, au sens de la disposition sus-mentionnée, les établissements publics dont l'activité a le même caractère — administratif ou industriel et commercial — et s'exerce, territorialement, sous la même tutelle administrative, et qui ont une spécialité étroitement comparable; — Considérant que, dans le cadre des règles fixées par le législateur pour la création d'une catégorie des dispositions régissant chacun des établissements qui peuvent être rangés dans ladite catégorie ressortissant à la compétence réglementaire;

Considérant que l'art. 34 de la Constitution réserve au législateur le soin de fixer "les concernant... la création de catégories d'établissements publics"; — Considérant que doivent être regardés comme entrant dans une même catégorie, au sens de la disposition sus-mentionnée, les établissements publics dont l'activité a le même caractère — administratif ou industriel et commercial — et s'exerce, territorialement, sous la même tutelle administrative, et qui ont une spécialité étroitement comparable; — Considérant que, dans le cadre des règles fixées par le législateur pour la création d'une catégorie, les dispositions régissant chacun des établissements qui peuvent être rangés dans ladite catégorie ressortissant à la compétence réglementaire — Considérant que l'Institut des Hautes-Etudes d'outre-mer créé par l'ordonnance du 5 Janv. 1959, constitue un établissement public de caractère administratif, dont l'activité s'exerce sous la tutelle de l'Etat et a un objet comparable à celui de nombreux autres établissements publics nationaux d'enseignement supérieur obéissant à des règles communes de fonctionnement et d'organisation; que ledit Institut des Hautes-Etudes d'outre-mer ne constitue point, dès lors, une catégorie particulière d'établissement public; qu'en conséquence, les dispositions des art. 2 et 4 de l'ordonnance précitée du 5 Jan. 1959, relatives aux attributions et à l'administration de cet établissement, n'entrent pas dans le domaine du législateur en la matière.

«établissements publics nationaux d'enseignement supérieur obéissant à des règles communes de fonctionnement et d'organisation, que dès lors l'Institut ne constituait pas une catégorie particulière d'établissement public; qu'en conséquence, les dispositions de l'ordonnance n'entraient pas dans le domaine du législateur.

L'annotateur au Sirey de cette décision fait des réserves sur la doctrine de cette décision : On pourrait, dit-il, hésiter... sur le point de savoir si véritablement tous les établissements d'enseignement supérieur ont une spécialité étroitement comparable. La diversité des objets de l'enseignement supérieur est en effet assez grande. Mais pour le Conseil constitutionnel, ce qui doit ici être retenu, c'est l'objet qui fait la spécialité de l'établissement public — à savoir l'enseignement supérieur lui-même — et non l'objet de l'enseignement supérieur effectivement donné.

A vrai dire, la décision du Conseil constitutionnel eût échappé à la critique si le précédent invoqué pour constater l'existence d'une catégorie d'établissement public avait été l'Ordonnance 45-2288 du 9 Octobre 1945 qui avait créé l'Ecole Nationale d'Administration, elle-même chargée de la préparation des hauts fonctionnaires de l'"hexagone".

L'objet d'un établissement public à une spécificité objective. La catégorie est donc indépendante du nombre des établissements rentrant dans cette catégorie, de sorte qu'en l'absence de variantes, un seul établissement public peut constituer à lui seul une catégorie donc du domaine de la loi. C'est ce qui a été décidé pour la Régie autonome des Transports parisiens⁶² et à plusieurs reprises pour l'Office national de la Radio-diffusion⁶³.

(62) C. C. dec. 59-1 L. du 27.XI.1959, D. 1960, p. 518, avec une note de M. Léo Hamon.

(63) C. C. dec. 64-27, L. du 19.III.1964, D. 1965, p. 189, avec une note de M. Léo Hamon;

C. C. dec. 68-50, L., R. p. 23 et A. J., p. 109.

63 bis) A propos de cette affaire, le Professeur Léo Hamon fait justement remarquer la permanence de la tradition dans le passage suivant :

"La solution obtenue ne paraît pas différer fondamentalement de la pratique antérieure. Avant la loi de 1926 — et parfois après elle —

Des développements qui précèdent, on peut conclure : la création d'une catégorie d'établissement public est le fait de la loi; l'institution d'établissements publics particuliers dans une catégorie dont les règles sont fixées par la loi est du domaine réglementaire. Cette formule est assez semblable à celle que nous avons employée pour les ordres de juridiction. Elle correspond au même principe "in initio erat lex".

Précisément, de même que la loi non seulement crée l'ordre de juridiction, mais encore détermine les caractéristiques de celui-ci, il appartient au législateur, non seulement de créer la catégorie d'établissement public, mais aussi d'instituer les règles constitutives de chacune d'elles. Cela résulte très nettement de l'avis du Conseil constitutionnel en date du 19 Mars 1964 relatif à la Radiotélévision française, un des établissements les plus évolués à cette date⁶⁴ : "La Radiodiffusion - télévision française... constitue... une catégorie d'établissement public... Le législateur est seul compétent pour fixer ses règles de création, lesquelles comprennent nécessairement ses règles constitutives;... au nombre de ces dernières, il y a lieu de ranger, non seulement celles qui déterminent les rapports de la Radiodiffusion-Télévision française avec l'Etat, mais encore... les règles qui fixent le cadre général de son organisation et de son fonctionnement".

Comme le fait remarquer M. Léo Hamon dans son commentaire de cette décision⁶⁵, "il y a, pour toute catégorie d'établissement public, un minimum de règles relevant de la compétence législative, et éventuellement pour certaines catégories... un supplément de règles entrant dans la même compétence à raison du caractère particulier de l'établissement considéré...".

Mais qu'est-ce que le cadre de l'organisation et du fonctionnement? Le Conseil constitutionnel répond : ...

— ce qui a trait aux relations de l'établissement public avec le gouvernement...

et malgré elle, des décrets ont créé des établissements publics d'enseignement supérieur, dont l'organisation était à un moment donné apparue comme désirable et même puissante".

(64) C. 19 Mars 1965, R. T.F., D. 65, p. 189, note Léo Hamon.

(65) Vo. note ci-dessus.

— ce qui concerne l'essentiel de son administration : la désignation et la subordination, éventuellement, la révocation du directeur général, du directeur général adjoint, de directeurs;

— ce qui a trait aux organismes collégiaux qui les assistent... notamment ce qui intéresse leur nomination et éventuellement les représentations qui y sont assurées;...

— le principe du contrôle financier...

Le premier de ces points nécessite quelques explications.

Dans un pays comme la France, la Radiodiffusion-télévision, pour des raisons sociologiques plus encore que politiques, ne pouvait être instituée autrement que sous le régime du monopole, ainsi que l'expose d'une façon fort intéressante l'article publié par M. Léo Hamon, dans une chronique au Sirey de 1965⁶⁶. Ce seul fait devait amener à l'origine l'Office de la R.T.F. à entretenir avec l'Etat des rapports particuliers, entraînant de la part de celui-ci une influence qui se situe plus près de l'autorité hiérarchique que de la tutelle administrative. Dans la mesure où la création d'établissements publics s'analyse en une décentralisation par service, ce n'est pas la moindre singularité que de voir l'O.R.T.F. fonctionner sous "l'autorité" du Ministre de l'Information qui, en raison de l'unité du cabinet ministériel, est, ès-qualité, le Gouvernement⁶⁷.

(66) L'Office de la Radiodiffusion-télévision française, Chronique IX, p. 64 sq. et note (61).

(67) C. C. 19 Mars 1964.

"La Radiodiffusion-télévision française... constitue ... une catégorie d'établissement public... que le législateur est seul compétent pour fixer ses règles de création, lesquelles comprennent nécessairement ses règles constitutives; qu'au nombre de ces dernières, il y a lieu de ranger, non seulement celles qui déterminent les rapports de la Radiodiffusion-télévision française avec l'Etat, mais encore ... les règles qui fident le cadre général de son organisation et de son fonctionnement"...

"Relèvent de la compétence du législateur... les dispositions... de l'ordonnance du 4 Février 1959 en tant que... la Radiodiffusion-télévision française est placée sous l'autorité du Gouvernement... les alinéas relatifs au directeur général, ainsi qu'au directeur général

Au nombre des règles institutionnelles qui relèvent du législateur, suivant en cela la jurisprudence, les auteurs placent :

— “ce qui concerne la désignation et la subordination et, éventuellement, la révocation du directeur général, du directeur général adjoint, des directeurs”⁶⁸.

— “ce qui a trait aux organismes collégiaux qui les assistent”, c'est-à-dire “ce qui intéresse leur nomination et éventuellement les représentations qui y sont assurées”, notamment “le principe de la représentation⁶⁹ de telle ou telle collectivité locale au sein du conseil”;

— “le principe du contrôle financier”⁷⁰ et de la tutelle administrative⁷¹.

**

En entreprenant cette étude, nous pensions présenter, sans plus, une classification méthodique de la jurisprudence relative aux articles 34 et 37 de la loi constitutionnelle du 4 Octobre 1958. N'appartient-il pas au praticien de s'attacher au seul droit positif? Les ciseaux et le pot de colle constituent la méthode indiscutable. A vrai dire, cette objectivité “matérielle” était, en partie, l'expression

adjoint et aux directeurs... l'article relatif au conseil de surveillance... la... phrase... portant sur le contrôle financier...”.

(68) *ibid.*

(69) C. C. dec. 59-1 L. du 27.XI.1959, R. p. 67 et D. 1960, p. 518.

“Au nombre des règles qui régissent cet établissement (Régie autonome des Transports parisiens)... sont du domaine de la loi... celles prévoyant la présence de représentants des collectivités locales au sein du conseil d'administration.

(70) *Vo.* note 67.

(71) C. C. dec. 64-29 L. du 12 Mai 1964, R. p. 37.

“... si la détermination du domaine de la tutelle qui s'exerce sur les collectivités locales, ainsi que sur les établissements publics qui leur sont rattachés relève du domaine de la loi, il appartient au pouvoir réglementaire de répartir, dans les limites ainsi tracées, les attributions de cette tutelle entre les diverses autorités susceptibles de l'exercer”.

Cf. Rigaud, A. J., 1964, p. 106, 6ème alinéa.

d'un préjugé de confiance dans les affirmations politiques de l'époque, selon lesquelles la Constitution aurait opéré une révolution.

Parce que l'examen de l'ensemble de la jurisprudence eût demandé des années et des volumes, pour aboutir sans doute à une conclusion peu différente, nous nous sommes borné à l'analyse minutieuse de quelques rubriques de jurisprudence parmi lesquelles nous avons opéré un choix limité à deux catégories de textes, les premiers formulant des règles, les seconds créant des institutions.

Au cours de cette revue, il est apparu que le Juge s'est gardé de faire toujours une application littérale des articles de la Constitution; que l'interprétation qu'il a été amené à en donner est loin d'être systématiquement dans la ligne de la philosophie en cours en 1958, mais bien souvent conforme à la tradition, à laquelle il est fait référence au moins implicitement, qu'il s'agisse de textes ou d'institutions.

Le fond de la psychologie d'un peuple, c'est la tradition, la révolution n'est qu'un épiphénomène. Combien se révèlent vraies les phrases déjà cependant usées du début du siècle : ...le droit, aspect de la sociologie... la France éternelle.

La Constitution nouvelle, avec ses formules logiques, ressemble à ces séduisants costumes "haute mode" rapidement déformés par les gestes habituels de l'usager qui paraît simplement un peu gauche pour vouloir les ménager. L'habit princier qui lui fut présenté en 1958 n'est pas à la taille du Français moyen du milieu du siècle. Il lui faudra du temps pour qu'il s'y sente à l'aise..., mais alors il y aura des faux plis, des boutonnières éclatées, des usures prématurées.

Décidément, c'est "le style souple et vague" qui convient à la France Eternelle.