



HAL
open science

Les normes dormantes

Roseline Letteron

► **To cite this version:**

Roseline Letteron. Les normes dormantes. Cependant j'ai besoin d'écrire, Mélanges en l'honneur du Professeur Serge Sur, 2014. hal-03896574

HAL Id: hal-03896574

<https://hal.science/hal-03896574v1>

Submitted on 13 Dec 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les normes dormantes

Dans son cours de droit international dispensé à l'Académie de La Haye en juillet 2012, le professeur Serge Sur a choisi de s'intéresser à « la créativité du droit international ». Sa dernière leçon offre une réflexion sur les moteurs de cette créativité, au regard des différentes dimensions du droit international. Il distingue, à cet égard, trois fonctions différentes qui impliquent également des degrés différenciés de créativité.

La première fonction, qu'il appelle la « dimension d'enregistrement », consiste, pour le droit international, à prendre acte de situations de fait auxquelles il confère une dimension juridique (reconnaissance d'un Etat, ou constatation de l'existence d'un plateau continental). La créativité est alors minimale, car le droit est largement tributaire des éléments de fait qui le conditionnent. La seconde fonction est déjà plus inventive, et Serge Sur la qualifie de « dimension organisatrice ». Il s'agit, pour le système juridique de créer son propre ordre de réalité, ses institutions et ses procédures.

Enfin, la troisième fonction est qualifiée de « dimension utopique », et c'est évidemment la plus créatrice. Elle indique des objectifs, exprime des déclarations de principe qui imprègnent plus ou moins le système juridique, sans y pénétrer réellement, ou encore crée des normes qui ont une valeur juridique purement théorique. Elles ne s'accompagnent en effet d'aucune contrainte particulière, d'aucun moyen d'en garantir l'effectivité. On songe, par exemple, à la Déclaration universelle des droits de l'homme dont l'objet est essentiellement proclamatoire, sans que l'on puisse s'adresser au juge pour en réclamer l'application directe. Pour Serge Sur, ces normes sont, en quelque sorte, « en état d'apesanteur » et contribuent à la dimension utopique du droit. Elles expriment un droit latent, des « normes dormantes » qui n'imposent aucune obligation juridique, du moins pour le moment. Cette dimension utopique est évidemment envisagée par Serge Sur à propos du droit international. Il observe ainsi que « *les organes des organisations internationales deviennent pour une part des machines à produire de l'utopie, c'est à dire à indiquer des objectifs sans moyens, des buts sans obligations* ».

Ce propos donne l'occasion, trop rare, de projeter un système juridique dans l'avenir, car cette dimension utopique peut, à plus ou moins long terme, s'actualiser et produire du droit. En d'autres termes, les normes dormantes peuvent se réveiller.

Cette analyse peut être étendue au domaine des libertés publiques. Il ne fait guère de doute, en effet, que le droit des libertés peut aussi s'analyser comme une « machine à produire de l'utopie ». Le nombre de revendications liées aux libertés, souvent relayées par un mouvement associatif très actif, montre la capacité de ce droit à imaginer l'avenir. Du droit à l'oubli des données personnelles stockées sur internet au droit d'avoir des enfants, en passant par le droit de vote des étrangers aux élections locales, le droit des libertés, y compris dans le droit interne, se présente comme un vaste et permanent chantier.

Un système juridique davantage centré sur le droit interne et la production normative de l'Etat peut-il être qualifié de « machine à produire de l'utopie » ? Pour répondre à cette question, il convient d'étudier ces « normes dormantes », de tenter d'en dresser la typologie, pour mieux apprécier la manière dont, le cas échéant, elles se réveillent.

I – Typologie des normes dormantes

Les normes dormantes peuvent être divisées entre « les belles endormies » que l'on regarde dormir avec tendresse, celles qui se sont assoupies il y a si longtemps qu'elles ont fini par tomber

dans l'oubli, et enfin celles qui demeurent entre conscience et inconscience, sorte d'état végétatif porteur de menace ou d'espoir.

1° Les Belles Endormies

Dans la première catégorie figurent de nombreuses normes qui consacrent avec solennité l'existence de droits ou de libertés, sans se préoccuper d'en garantir l'effectivité. On les regarde dormir avec tendresse, car elles témoignent d'une certaine forme d'idéalisme juridique, l'idée selon laquelle il suffit d'affirmer l'existence d'une liberté pour la faire vivre. Elles sont notre bonne conscience, car elles affirment haut et fort notre volonté de développer les libertés, sans toutefois traduire un véritable passage à l'acte.

La Déclaration universelle des droits de l'homme en offre un exemple particulièrement net. Plus de soixante ans après son adoption par une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 10 décembre 1948, ce texte demeure dépourvu d'autorité juridique dans l'ordre interne. Par une formulation toujours identique, le Conseil d'Etat éconduit le requérant qui aurait la mauvaise idée d'invoquer l'une ou l'autre de ses dispositions à l'appui d'un recours : « *Considérant que la seule publication faite au Journal officiel (...) du texte de la Déclaration universelle des droits de l'homme ne permet pas de ranger cette dernière au nombre des textes diplomatiques qui, ayant été ratifiés et publiés en vertu d'une loi, ont, aux termes de l'article 55 de la Constitution, une autorité supérieure à celle de la loi interne* »¹. De la même manière, le juge français exerce une sorti de tri entre les normes consacrées par des conventions internationales. Il va ainsi admettre l'effet direct du principe d'égalité consacré par l'article 26 du Pacte sur les droits civils et politiques de 1966², mais rejeter ce même effet direct pour le « *droit à des conditions de travail justes et favorables* », figurant à l'article 7 du Pacte sur les droits économiques et sociaux de la même année. A ses yeux, la norme est trop imprécise pour pénétrer efficacement dans le droit positif, et il est donc préférable de la laisser dormir³. Le juge interne assume ainsi une gestion rationnelle de l'utopie. Il autorise certaines normes internationales à pénétrer dans le droit, en interdit d'autres, selon sa conception de l'effet direct, voire selon son bon plaisir.

Le droit international n'est pas le seul à utiliser ces normes déclaratoires, et ces Belles Endormies ne sont pas absentes du droit interne. Souvenons-nous que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 n'a acquis pleine valeur constitutionnelle qu'en 1971. Entre ces deux dates s'écoulaient presque deux siècles, durant lesquels ce texte n'a eu aucun contenu normatif. La doctrine de la III^e République, parfaitement consciente du problème, s'est vainement efforcée de démontrer que la Déclaration avait valeur de droit positif. Pour Hauriou, elle avait valeur constitutionnelle, parce qu'elle appartenait à la « Constitution sociale » de la France. Pour Duguit, elle avait valeur supra-constitutionnelle, puisqu'elle se rattachait au droit naturel. Mais ces sympathiques théories ont fini par céder devant le solide bon sens de Raymond Carré de Malberg : « *De deux choses l'une, ou bien la Déclaration faisait partie intégrante de la constitution de 1791, et, en ce cas, elle a disparu avec cette constitution ; ou au contraire, elle était distincte de l'acte constitutionnel de 1791 (...). Mais alors, elle n'était plus que la partie dogmatique d'une Déclaration de vérités philosophiques* ». En d'autres termes, la Déclaration de 1789 a été, elle aussi, pendant de nombreuses années, un ensemble de normes dormantes et une machine à produire de l'utopie. La référence à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 avait pour fonction essentielle d'affirmer que la France était la patrie des droits de l'homme. La Déclaration se présentait tout à la fois comme un instrument de communication et un bien culturel d'exportation.

¹ CE 18 avril 1951, Elections de Nolay Rec. CE, p. 189 ; CE, 30 décembre 2009, M. A. req. n° 301244.

² CE 3 février 1995, Mme Godard, req. n° 120407. Dans le même sens, pour la Cour de cassation : Soc. 18 janvier 1989, Bull. soc. V, n° 47.

³ CE 25 juillet 2007, Mme Eva. A. req. n° 292730.

2° - Les normes fantôme

Il est des normes dormantes qui se sont assoupies il y a bien longtemps, dans une autre époque. Elles sont tombées lentement dans un oubli profond, tout simplement parce qu'elles n'étaient plus adaptées aux évolutions de la société.

Dans certains cas, ces dispositions font l'objet d'une abrogation formelle. C'est ainsi qu'en matière législative, des textes considérés comme obsolètes ont fait l'objet d'une vaste opération d'auto-nettoyage avec la loi du 27 décembre 2007 relative à la simplification du droit⁴. Son article 27, issu d'un « *amendement pyrolyse* », abroge cent vingt-sept textes anciens, et on regrettera peut-être les plus poétiques d'entre eux, comme la loi du 3 décembre 1908 relative au raccordement des voix de fer avec les voix d'eau, ou encore celle du 9 août 1930 concernant les tromperies sur l'origine des noix. La loi de 2007 n'a cependant pas débusqué la totalité des textes obsolètes, loin de là.

Des normes fantôme hantent ainsi l'ordre juridique et c'est alors la question de leur abrogation implicite qui se trouve posée. Certaines associations féministes se sont fait une spécialité de rechercher des dispositions juridiques anciennes révélant des discriminations envers les femmes. C'est ainsi que la loi du 26 brumaire an IX (c'est à dire du 17 novembre 1800) est souvent invoquée. Elle énonce que « *toute femme désirant s'habiller en homme doit se présenter à la Préfecture de police pour en obtenir l'autorisation* ». La disposition peut faire sourire, et elle est largement restée inappliquée, même durant le XIX^e siècle. Deux circulaires, de 1892 et 1909, ont posé des dérogations à cette loi « *si la femme tient par la main un guidon de bicyclette ou les rênes d'un cheval* ». Par la suite, la loi de l'an IX est tombée dans un oubli largement mérité.

Un sénateur s'est aventuré, en juillet 2012, à poser une question écrite au ministre des droits des femmes, pour lui demander l'abrogation formelle de la loi du 26 brumaire an IX. Il s'est vu répondre que ce texte était depuis longtemps incompatible avec le principe d'égalité entre les femmes et les hommes inscrit aussi bien dans des dispositions constitutionnelles (Préambule de 1946, Article 1^{er} de la Constitution) que conventionnelles, en particulier la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. De cette incompatibilité découle donc une abrogation implicite de la loi de l'an IX, qui est désormais dépourvue de tout effet juridique⁵.

L'abrogation implicite constitue ainsi l'instrument juridique qui consacre généralement l'oubli d'une norme dans laquelle la société ne se reconnaît plus. Encore faut-il observer que la notion d'abrogation implicite tend aujourd'hui à perdre du terrain, sans doute parce que les juges répugnent à admettre qu'une norme puisse être poussée vers l'oubli par la simple apparition de dispositions plus conformes aux besoins de la société d'aujourd'hui.

L'adage « *Lex posterior priori derogat* » trouve évidemment à s'appliquer lorsqu'un texte récent contredit un texte plus ancien de même valeur. Dans ce cas, le texte ancien est considéré comme implicitement abrogé par l'intervention même du texte récent, et le juge est compétent pour constater cette abrogation. Le Conseil d'Etat admet ainsi aisément l'abrogation d'une loi par une loi postérieure⁶, ou d'un règlement par un règlement postérieur⁷. Dans ce cas, le juge n'exerce aucun contrôle de légalité, mais se borne à constater l'abrogation implicite de la norme antérieure.

⁴ Loi n° 2007-1787 du 27 décembre 2007

⁵ Question écrite n° 00692 de M. Alain Houpert, JO Sénat, 12 juillet 2012, p. 1534 ; Réponse du ministre des droits des femmes, JO Sénat, 31 janvier 2013, p. 339.

⁶ Par exemple : CE, Sect. 1^{er} avril 1960, Guanter, rec. p. 249 ; CE, 19 juillet 1970, Soc. civ. Du domaine de Suroît, rec. p. 481 ; CE, Avis, ass., 2 avril 2003, Sarrat, rec. p. 164, AJDA 2003, p. 932 ; CE, Sect., 23 novembre 2005, Mme Baux, rec. p. 519, AJDA 2006, p. 357 et chr. Landais et Lenica.

Les choses se compliquent lorsqu'une norme législative est contredite par une disposition constitutionnelle postérieure. La jurisprudence classique du Conseil d'Etat appliquait dans ce cas la théorie de l'abrogation implicite, et n'hésitait pas à s'y référer précisément en matière de libertés publiques⁸. Le Conseil d'Etat ne faisait cependant usage de cette théorie que fort rarement. Dans un arrêt du 6 avril 2001, il a ainsi refusé de considérer comme abrogées les dispositions de la loi du 1^{er} juin 1924 qui maintient en vigueur le code civil d'Alsace Moselle et impose l'obligation d'assurer un enseignement religieux dans les écoles de ces départements⁹. A l'époque, la spécificité du droit local n'était pas considérée comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République¹⁰, et les origines de la réticence du juge doivent être recherchées ailleurs. Le fait d'écarter une disposition législative considérée comme contraire à une disposition constitutionnelle postérieure relève, en principe, d'une simple constatation. Mais certains considéraient que le juge administratif se livrait ainsi à une appréciation de la conformité de la loi à la Constitution¹¹. Ce crime de lèse-conseil constitutionnel ne pouvait pas demeurer impuni.

Le Conseil constitutionnel a donc travaillé avec ardeur à la récupération de ce contentieux, la mise en place de la question prioritaire de constitutionnelle (QPC) lui en offrant l'occasion. Pour le Conseil constitutionnel, la seule existence d'une disposition constitutionnelle postérieure suffit à justifier le changement de circonstances de droit fondant la recevabilité d'une QPC, principe acquis avec la décision du 14 octobre 2010¹². Au même moment, le 8 octobre 2010, dans son arrêt Daoudi, le Conseil d'Etat était saisi d'une demande de QPC portant sur la conformité de la loi du 10 décembre 2003 relative au droit d'asile à l'article 66-1 de la Constitution issu d'une révision de 2007, et énonçant que « *nul ne peut être condamné à mort* ». Pour le demandeur, la loi de 2003 violait désormais la Constitution en n'interdisant pas clairement de refuser l'asile à des demandeurs risquant la peine de mort dans leur pays. Appliquant la théorie de l'abrogation implicite, le Conseil d'Etat aurait pu écarter la loi de 2003. Il n'en a rien fait, et s'est borné à transmettre la QPC au Conseil constitutionnel¹³. Celui-ci a donc récupéré la maîtrise de cette appréciation des conditions dans lesquelles une loi obsolète doit sortir de l'ordre juridique, même si, en l'espèce, il n'a pas donné satisfaction au requérant¹⁴.

Cette évolution ne règle pas seulement un problème de compétence contentieuse. Elle opère un déplacement de l'analyse, qui ne se concentre plus sur la question de la succession des textes dans le temps, mais sur celui du respect de la hiérarchie des normes. La disposition ancienne n'est pas

⁷ CE, Ass., 5 mai 1961, Ruais, rec. p. 299, AJDA 1961, p. 336, n. Galabert et Gentot.

⁸ Par exemple, pour considérer comme abrogé l'article 4 du Code pénal de 1804 a été considéré comme abrogé par l'intervention de la Constitution de 1958 : CE, Sect., 12 février 1960, Société Eky, rec. p. 441.

⁹ CE, 6 avril 2001, Synd. national des enseignants du second degré, rec. p. 170. Sur cette question : J.M. Sauvé, L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat, intervention à la journée d'étude organisée par le Conseil d'Etat et le Centre de recherches en droit constitutionnel de l'Université Paris-I-Sorbonne, 1^{er} avril 2011. Accessible sur le site du Conseil d'Etat : <http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/l-examen-de-la-constitutionnalite-de-la-loi-par-le-conseil-d-etat-k14.html>

¹⁰ Principe acquis depuis : Cons. constit., Déc. 2011-157 QPC du 5 août 2011, RFDA 2011, p. 1209, n. Roblot-Troizier.

¹¹ Voir chr. Landais et Lenica, sous CE, Sect., 23 novembre 2005, Mme Baux, rec. p. 519, AJDA 2006, p. 357 et chr. Landais et Lenica.

¹² Cons. constit. Déc. n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010, Compagnie agricole de la Crau, D. 2011, p. 529, n. Maziau.

¹³ CE, Sect. 8 octobre 2010, Daoudi, AJDA 2010, p. 1911. Voir : G. Eveillard, Abrogation implicite ou inconstitutionnalité de la loi ? RFDA 2011, p. 353.

¹⁴ Cons. Constit. Déc. n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, Kamel D., D. 2011, p. 529, n. Maziau, RFDC 2011, p. 588, n. Mouron.

écartée parce qu'elle est obsolète et doit être oubliée, mais parce qu'elle n'est plus conforme à la Constitution.

3° Les normes dans un état végétatif

Celles qui intriguent le plus parmi les normes dormantes sont sans doute celles qui demeurent tapies dans l'ordre juridique, en attendant des jours meilleurs. Certaines d'entre elles finiront sans doute par tomber dans l'oubli, mais d'autres sortiront de cet état végétatif. Elles peuvent ainsi être considérées comme des petits cailloux semés dans le droit positif, offrant au Petit Poucet, ou plutôt au juriste, quelques pistes de réflexion sur ce que pourrait être le droit futur.

Ces dispositions sont souvent introduites dans l'ordre juridique pour des motifs politiques, sans qu'il soit réellement question de leur conférer un contenu juridique. Le cas le plus célèbre est probablement celui des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (PFLR). Nul n'ignore que la notion, volontairement floue, fut introduite dans le projet de Préambule de 1946 pour gagner les voix du MRP lors du référendum d'adoption de la Constitution. En l'espèce, on avait habilement fait croire à ce parti, que les « *lois de la République* » étaient celles reconnaissant l'enseignement privé confessionnel, et plus particulièrement la loi Falloux du 15 mars 1850, dont on sait qu'elle fut promulguée sous la Seconde République. De son côté, le Parti communiste, dont on recherchait également les voix, était rassuré par l'absence de référence formelle à la liberté de l'enseignement. Ayant pour seul motif de gagner des voix, ces « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* » sont ensuite demeurés dans la Préambule dans une sorte d'état végétatif.

C'est seulement avec la célèbre décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 que la notion de « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* » est sortie de cet état végétatif¹⁵. Le Conseil s'y est référée pour conférer valeur constitutionnelle à la liberté d'association consacrée dans la loi du 1^{er} juillet 1901. Sous cet angle, les PFLR sont des normes provisoirement endormies, jusqu'à ce que le juge prenne conscience de leur potentiel créatif. Parfois même, elles dorment d'un sommeil centenaire, et leur réveil relève du conte de fées. Qui se souvenait, par exemple, de la loi du 12 avril 1906 sur la majorité pénale des mineurs, qui a permis de fonder l'exister d'un PFLR garantissant l'existence d'une justice spécifique pour les mineurs ?¹⁶ D'une manière générale, on doit constater que la doctrine passée n'a jamais vu venir les principes fondamentaux, même si elle s'est généralement réjouie de leur consécration.

Aujourd'hui, le repérage de ces normes dormantes est encore plus délicat, en raison de l'actuelle inflation normative, tant en matière législative que jurisprudentielle. Parmi une multitude de principes normatifs posés par des lois ou dégagés par des juges, il n'est guère possible de déceler ceux qui sont précisément porteurs d'utopie, ceux qui pourraient être consacrés dans un avenir plus ou moins proche. Tout au plus peut on identifier quelques principes suffisamment riches pour offrir une perspective d'évolution. Encore s'agit-il, évidemment, de simples conjectures.

La notion d'identité constitutionnelle de la France peut être considérée comme l'une de ces normes dormantes, susceptible d'être réactivée, ou pas. Dans une décision du 27 juillet 2006, le Conseil constitutionnel a en effet affirmé l'existence de principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, et susceptibles de faire obstacle à la transposition d'une directive européenne. En l'espèce, à propos de la transposition d'une directive du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 « *sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins*

¹⁵ Déc. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, D. 1971, p. 83, n. Hamon, AJDA 1971, p. 537, n. Rivero .

¹⁶ Déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002, LPA, 5 septembre 2002, p. 4, n. Schoettl.

dans la société de l'information », le Conseil se borne à mentionner que ce texte « *n'est contraire à aucune règle ni à aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* »¹⁷. Depuis cette date, cette notion n'a jamais suscité de jurisprudence positive, ce qui signifie qu'aucune loi portant transposition d'une directive n'a été déclarée inconstitutionnelle pour violation d'un « *principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* ». A cet égard, le principe d'identité constitutionnelle de la France peut être considéré comme une norme dormante.

Depuis plus de six années, il dérive donc dans le droit positif, espoir pour les uns, menace pour les autres, ignoré du plus grand nombre. Certains estiment qu'il ne peut être invoqué que pour s'opposer à la transposition d'une directive. D'autres, comme Michel Troper, croient y déceler un moyen d'assurer une meilleure protection contre le droit européen¹⁸. D'autres enfin, comme Gilles Lebreton, y voient la perspective d'une « *exception de souveraineté* » permettant la mise à l'écart de n'importe quelle disposition, qu'elle soit conventionnelle ou législative¹⁹. Le principe d'identité constitutionnelle de la France sera-t-il un simple outil de contrôle de la transposition d'une directive ou l'instrument du renouveau d'une idéologie souverainiste ? Pour le moment, la norme est dormante, et personne ne connaît son avenir. Cette incertitude conduit à s'interroger sur les conditions d'un éventuel réveil des normes dormantes.

II – Le réveil des normes dormantes

Le paradoxe de la norme dormante est qu'elle n'apparaît clairement comme telle qu'au moment de son réveil. Observons d'emblée que certaines normes oubliées peuvent reparaitre à des fins purement rhétoriques. Elles sont alors utilisées à l'appui d'un discours idéologique, sans volonté particulière de leur conférer une quelconque efficacité juridique.

Dans la plupart des cas, ce discours a pour objet de dénoncer la subsistance dans l'ordre juridique de dispositions surannées. La loi du 26 brumaire an IX sur l'interdiction pour les femmes de s'habiller en homme, sauf autorisation préfectorale, en offre un exemple caricatural. Ce texte n'a été réveillé que pour mieux le dénoncer, et obtenir finalement confirmation de son abrogation implicite. On pourrait trouver beaucoup d'autres cas, notamment parmi les actes réglementaires des collectivités locales, dans la mesure où les élus ne se préoccupent pas souvent du toilettage de ces textes. La presse a ainsi affirmé récemment qu'un arrêté municipal adopté par le maire de Chateauneuf-du-pape en 1954 et toujours en vigueur interdit le stationnement des soucoupes volantes sur le territoire de la commune « *sous peine de mise en fourrière immédiate* »²⁰. Le maire actuel de la commune refuse cependant d'abroger le texte au motif qu'il a prouvé son efficacité, puisqu'aucun OVNI n'a jamais atterri à Chateauneuf-du-pape. Le discours est, dans ce cas, nettement plus positif, et le réveil du texte sert plutôt la politique de communication de la collectivité locale.

Le problème est bien différent lorsque l'on envisage le réveil des normes dormantes non plus à des fins rhétoriques, mais dans une perspective juridique. Il faut alors distinguer entre deux types de normes. D'une part celles qui se réveillent, car le législateur, leur bonne fée, leur attribue la puissance contraignante qui leur manquait. D'autre part, celles qui sont dans un état végétatif, et qu'un seul baiser du juge va transformer.

¹⁷ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006. D. Simon, L'obscur clarté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives, Europe, 2006, n° 10, p. 2 ; F. Chaltiel, Turbulences au sommet de la hiérarchie des normes, Revue du marché commun et de l'Union européenne 2007, p. 61

¹⁸ M. Troper, Identité constitutionnelle, in. *in Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 127.

¹⁹ G. Lebreton, L'identité constitutionnelle de la France, in *Mélanges Rigaudière*, Economica, 2008, p. 384.

²⁰ Le Dauphiné, 26 juillet 2010.

1° - La baguette magique du législateur.

La norme peut dormir du sommeil du juste, tout simplement parce que le législateur a omis de la doter d'une véritable puissance contraignante. Nul ne peut utilement s'en prévaloir et le juge lui-même ne peut l'utiliser pour fonder ses décisions. Elle se trouve alors dans une sorte de somnolence, jusqu'à ce qu'une bonne fée législative intervienne pour garantir son effectivité, d'un seul coup de baguette magique. La démarche n'a rien de nouveau et on se souvient que, au beau milieu du XV^e siècle, une loi des Francs saliens datant du VI^e siècle, fut retrouvée par les Valois, fort à propos, pour éliminer les femmes des règles de succession au trône de France.

Aujourd'hui, certaines dispositions figurant dans les lois mémorielles peuvent s'analyser comme des normes dormantes. Elles posent un principe, sans l'accompagner d'une contrainte juridique. Tel est le cas des dispositions déclarant, ou plutôt imposant, le point de vue officiel de l'Etat sur des événements historiques. C'est ainsi que la loi Taubira du 21 mai 2001 mentionne, dans son article 2, que « *les programmes scolaires et les programmes de recherche en histoire et en sciences humaines accorderont à la traite négrière et à l'esclavage la place conséquente qu'ils méritent* »²¹. La loi du 23 février 2005 sur « *les aspects positifs de la décolonisation* » relève de la même démarche, en affirmant que « *les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord et accordent à l'histoire et aux sacrifices des combattants de l'armée française issus de ces territoires la place éminente à laquelle ils ont droit* »²². Dans les deux cas, ces dispositions visent, à l'évidence, à limiter la liberté d'expression des historiens, mais cette restriction ne s'accompagne d'aucune sanction, ni disciplinaire, ni pénale. Ces dispositions sont demeurées dormantes, et les historiens ne s'intéressant pas suffisamment à l'esclavage ou refusant d'insister sur le rôle positif de la colonisation n'ont pas été jetés en prison.

Ces deux exemples illustrent la portée utopique des lois mémorielles. Elles ont pour objet d'imposer des éléments de langage, comme si l'histoire pouvait être réécrite, dans le seul but de la rendre conforme à tel ou tel discours officiel. Dans les deux cas, ces dispositions ont été victimes d'une sorte de mauvais sort, qui a fait qu'elles ne se sont éveillées que pour mieux mourir. Celles issues de la loi du 23 février 2005 sur la place de la colonisation dans les programmes scolaires ont suscité un tollé des historiens. Le gouvernement a donc promptement demandé au Conseil constitutionnel de déclarer que ces dispositions n'avaient pas valeur législative mais réglementaire. Le Premier ministre les a ensuite rapidement et discrètement abrogées²³. Quant aux articles de la loi Taubira sur le traitement de l'esclavage dans les programmes scolaires, ils sont demeurés lettre morte, et n'ont jamais suscité aucune poursuite.

Le réveil d'une loi mémorielle ne peut donc intervenir que si le législateur décide de la doter d'une puissance contraignante, c'est à dire impose des sanctions pénales en cas de violation des obligations qu'elle pose. C'est très précisément ce que se proposait de faire le texte voté par le parlement en janvier 2012 et pénalisant la contestation du crime de génocide. La contestation de la Shoah étant déjà réprimée par la loi Gayssot du 13 juillet 1990²⁴, le texte de 2012 était donc

²¹ Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, JO 23 mai 2001 p. 8175 .

²² Loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, JO du 24 février 2005 p. 3128.

²³ Décret n°2006-160 du 15 février 2006 portant abrogation du deuxième alinéa de l'article 4 de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés.

²⁴ Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990, JO 14 juillet 1990, p. 8333.

surtout destiné à assurer la mise en œuvre d'une autre loi mémorielle, celle du 29 janvier 2001, qui ne comporte qu'un unique article : « *La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915* »²⁵.

De 2001 à 2012, la norme est demeurée dormante jusqu'à ce que, pour des motifs électoraux, le gouvernement décide de déposer un projet de loi destiné à définir une sanction pénale applicable à tous ceux qui oseraient nier l'existence d'un génocide. L'objet était donc de garantir l'effectivité de la règle posée par la loi de 2001. Mais ce texte est mort-né, enterré immédiatement par le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 28 février 2012²⁶. Il effectue alors une distinction fondée sur la qualification juridique du génocide. En ce qui concerne la Shoah, la loi Gayssot ne fait que reprendre une qualification déjà formulée par les Accords de Londres. Dans ce cas, la qualification de génocide s'impose au législateur. En revanche, les massacres intervenus en Arménie en 1915 sont qualifiés de génocide par la seule initiative du législateur français de 2001, mais cette qualification ne trouve aucun écho en droit international. Pour le Conseil constitutionnel, la pénalisation de la négation de ce génocide s'appuie donc sur une définition imprécise des actes qui sont à l'origine du comportement incriminé. L'infraction n'est pas définie avec suffisamment de clarté, et les dispositions du texte de 2012 sont déclarées inconstitutionnelles. Par voie de conséquence, la loi de 2001 est immédiatement replongée dans un sommeil profond.

La norme dormante qui s'est précisément assoupie dans l'indifférence générale a donc bien peu de chances de se réveiller. En revanche, celle qui s'est endormie par simple inertie administrative ou parce qu'elle est difficilement applicable, peut être réveillée lorsque sa mise en œuvre est de nouveau considérée comme politiquement souhaitable. Rien n'interdit de penser, par exemple, que la loi organique nécessaire à la mise en œuvre du référendum d'initiative partagée mis en place par la révision constitutionnelle de 2008 finira par être votée. Pour le moment, le texte a été voté en première lecture en janvier 2012, soit trois années après la révision constitutionnelle, et il a été transmis au Sénat. C'est donc la baguette magique du parlement qui réveillera la norme dormante, s'il le veut bien.

2° - Le baiser du juge

Le réveil d'une norme dormante peut se réaliser par la voie jurisprudentielle. C'est même une voie relativement simple, dès lors que le pouvoir discrétionnaire du juge est aujourd'hui l'une des caractéristiques essentielles de notre système juridique.

La notion de « *principe fondamental reconnu par les lois de la République* » a permis ainsi au juge constitutionnel de réveiller des normes législatives plus ou moins oubliées. Tel n'est pas le cas, à l'évidence, de la célèbre loi de 1901, dont l'article premier constitue le fondement du premier principal fondamental ainsi consacré, celui précisément garantissant la liberté d'association. Dans ce cas, la consécration d'un PFLR ne vise pas à consacrer une liberté nouvelle, mais à la faire pénétrer dans le bloc de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel est ainsi assuré de pouvoir contrôler la loi au regard de ce nouveau PFLR.

Dans certains cas, en revanche, le juge constitutionnel va chercher un PFLR dans un texte législatif plus ou moins improbable, en tout cas largement méconnu. La décision du 20 janvier 1984 crée ainsi un PFLR d'indépendance des professeurs d'université. Mais ce principe n'est énoncé clairement dans aucune loi. Le Conseil le déduit de la loi organique du 24 octobre 1958, aux termes de laquelle « *l'exercice des fonctions publiques non électives est incompatible avec le mandat de*

²⁵ Loi no 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915, JO 30 janvier 2001 p. 1590.

²⁶ Déc. n° 2012- 647 DC du 28 février 2012, LLC 28 février 2012, n. Letteron.

député, sauf pour les professeurs titulaires de chaires». Encore s'agit-il d'une déduction tout à fait implicite, car cette loi de 1958 relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires ne figure ni dans les visas ni dans le texte de la décision du Conseil constitutionnel. Ce n'est guère surprenant dans la mesure où, traditionnellement, les principes fondamentaux de la « République » sont ceux consacrés par les grandes lois libérales de la III^e République, et non par une loi organique de la V^e République. A cet égard, le nouveau PFLR ne semble guère orthodoxe par rapport à la notion même de PFLR, mais cette originalité n'a pas empêché le Conseil d'Etat d'adopter le nouveau principe²⁷. On ne s'en plaindra pas évidemment, puisqu'il s'agit d'assurer une indépendance dont les professeurs d'Université ont besoin dans l'exercice de leurs fonctions, mais il n'en demeure pas moins que le Conseil donne l'impression de créer d'abord le principe qu'il veut consacrer, avant d'aller lui chercher un fondement juridique là où il peut, dans des conditions qui relèvent quelque peu de l'acrobatie juridique. En l'espèce, la disposition mentionnant les « *professeurs titulaires de chaires* » pourrait d'ailleurs être considérée comme une norme endormie, dans la mesure où les chaires ont depuis bien longtemps disparu de nos Universités.

A l'inverse, le juge peut choisir de ne pas réveiller une norme dormante. Il en est ainsi de la loi du 19 juillet 1977 qui interdit la publication de sondages « sorties des urnes » avant la fermeture des derniers bureaux de vote²⁸. Une telle publication est passible d'une amende de 75 000 €. De toute évidence, cette disposition est une norme dormante, dont le respect n'est plus assuré, parce qu'il est matériellement impossible de contrôler les informations qui circulent sur internet et les réseaux sociaux. A chaque consultation électorale, la Commission nationale de contrôle de la campagne électorale fait un « rappel au règlement » destiné aux instituts de sondages. Mais ces propos demeurent sans effet, et les résultats des élections sont désormais connus bien avant l'heure légale. Malgré cette situation, les juges n'engagent aucune poursuite, sans doute convaincus de l'obsolescence de la loi. La norme demeure donc assoupie, avec la bénédiction de ceux qui sont chargés d'en assurer le respect.

Ce dernier exemple pourrait permettre de conclure à l'intérêt que présente le sommeil des normes juridiques. La disposition s'endort parce qu'elle ne répond plus aux besoins, parce que son bien-fondé n'est plus une évidence pour ceux-là mêmes qui sont soumis à la loi. A cet égard, le sommeil est un moyen non traumatisant d'oublier un texte. Mais c'est aussi un moyen de le conserver en réserve, bien caché dans l'ordre juridique, jusqu'à ce qu'un jour, le réveil sonne. Les normes dormantes témoignent ainsi, à leur manière, de la capacité d'un système juridique à trouver un nouvel élan, de sa créativité, de son aptitude au rêve.

Roseline Letteron

²⁷ CE, 29 mai 1992, Assoc. amicale des professeurs titulaires du muséum d'histoire naturelle, rec. p. 217.

²⁸ Loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion, JO 20 juillet 1977 p. 3837.