

Ordre juridique et « neutrons législatifs »

Moïse NEMBOT

Consultant aux Nations Unies

RÉSUMÉ. — Tout texte a la signification que le lecteur lui confère. Interprétant et appliquant un texte juridique, le législateur, l'administration et le juge exercent un pouvoir de création de la norme qu'ils nient. Ils peuvent décider en conscience si un acte, à eux soumis, est une norme ou simplement des déclarations d'intention. Ainsi créent-ils des neutrons législatifs et autres actes inopérants.

Bouleversant l'ordre juridique, le juge constitutionnel parvient à placer les lois ordinaires au-dessus des lois générales en privant celles-ci de leur validité. Loin du processus de contrôle de la conformité de l'acte à la norme supérieure qui fonde un ordre juridique, le juge constitutionnel, persuadé par la doctrine, s'emploie à retirer aux actes leur efficacité juridique au moyen de la substitution du pouvoir en valeur de droit. Par des justifications il tente, comme l'y conduit la doctrine traditionnelle, de dissimuler son pouvoir de vouloir et fait passer son pouvoir discrétionnaire pour une compétence liée.

Il s'agit en réalité d'une idéologie dominante, caractéristique d'un pouvoir centralisé au sein duquel l'autorité crée la norme qu'elle prétend appliquer, y compris sa propre compétence de production d'épiphénomènes.

Expression de la volonté générale, une loi ne peut être considérée comme telle que dans la mesure où elle est conforme à la Constitution. La conformité d'un texte en forme législative à la Constitution ne signifie pas nécessairement sa prescription expresse par une disposition constitutionnelle. Pour autant que formellement la Constitution de 1958 n'a prévu que les lois constitutionnelles, les lois organiques et lois ordinaires ; les lois d'orientation, les lois de plan et de programme, les lois-cadres présentées comme des « neutrons législatifs »¹, transparaissent aussi dans certaines dispositions de la Constitution² et existent d'un point de vue fonctionnel.

Les lois d'orientation dont le but est de servir de fondement à une nouvelle politique intéressant tout un secteur d'activité socio-économique et les interventions administratives les concernant, les lois de programme déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'État ; les plans nationaux fixent des objectifs non contraignants

¹ Voir Jean Foyer, « Loi d'orientation de la recherche et du développement technologique », AN, 21 juin 1982, p. 3667.

² Voir les articles 34, 70 et s de la Constitution de 1958.

qui constituent des impératifs prioritaires solennellement proclamés et précis. Quant aux lois-cadres, celles sous la V^e République, elles autorisent le gouvernement à modifier par décrets les dispositions législatives régissant un domaine déterminé³, mais en posant des garde-fous qui protègent les compétences du parlement.

Qualifiées de simples déclarations d'intention et dépourvues de tout effet juridique selon le législateur⁴, ces lois « spécifiques » sont frappées d'inopérance devant le Conseil constitutionnel⁵. Il est généralement reproché aux lois en cause de manquer de l'ordre et par conséquent d'être dépourvues de toute force obligatoire.

Au soutien des argumentations, Hans Kelsen est souvent cité en référence dans la formule : « une loi qui ne formule que des recommandations n'est pas une loi, mais quelque chose qui est en forme de droit sans constituer une norme juridique »⁶. Si au début de ses réflexions, Kelsen a subordonné l'existence d'une norme juridique à la contrainte socialement organisée qu'elle prescrit, le Maître de Vienne a finalement rattaché l'obligatorité d'un acte à sa conformité à l'ordre juridique⁷. Permettent de ce point de vue d'apprécier la normativité d'un acte, la hiérarchie statique et la hiérarchie dynamique.

L'ordre statique consiste en la conformité du contenu d'un acte au contenu de la norme juridique supérieure alors que l'ordre dynamique concerne les relations entre le contenu de la norme supérieure et la procédure qui régit l'édition de la norme inférieure. Il s'agit dans un cas de rapport de contenu à contenu et dans l'autre de rapport de contenu à procédure.

Selon la doctrine traditionnelle, les « actes déclaratifs » qualifiés d'inopérants par le juge constitutionnel n'ont pas de place dans la hiérarchie des normes ou en possède une qui est difficile à situer⁸. N'étant pas fondées par des dispositions constitutionnelles, ce qui est qualifié de « neutrons législatifs » occupe-t-il la même position que les lois ordinaires dans la hiérarchie des normes devant le Conseil constitutionnel ?

Carré de Malberg distingue deux éléments dans la loi : son contenu normatif d'une part, son autorité, autrement dit l'émission de l'ordre par lequel est donnée à ce contenu valeur impérative et obligatoire, d'autre part. Selon cette formule, contrôler une loi (ordinaire) consisterait, pour le Conseil constitutionnel, à conserver la rédaction du texte, donc son contenu, mais lui retirer l'autorité⁹. Et les lois frappées d'inopérance seraient réduites aux lois de plan, lois de programme ou, avant 1983, aux simples catalogues d'orientations et d'objectifs¹⁰, donc aux « neutrons législatifs ».

³ Voir les lois-cadre sur les territoires d'Outre-mer du 23 juin 1956, *J.O.* du 24 juin 1956.

⁴ Voir Marcel Martin, Séance du 14 nov. 1973, p. 1654.

⁵ Voir *DC* du 27 juillet 1982, CCF, 23 p. 278 ; voir également D. Broussolle, « Les lois déclarées inopérantes par le Conseil constitutionnel », *RDP*, 1985, p. 751.

⁶ Voir A.H. Mesnard, « La notion de la loi d'orientation sous la Ve République », *RDP*, 1977, p. 1139 ; P. Avril, J. Gicquel, *Droit parlementaire*, Montchrestien, 1996, p. 129.

⁷ Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, PUF « Leviathan », 1996, p. 158.

⁸ D. Broussolle, « Les lois déclarées inopérantes par le Conseil constitutionnel », *op. cit.* p. 772 ; Louis Favoreu, *Chronique*, *RDP*, 1983, p. 363 ; A.H. Mesnard, *op. cit.* p. 1144.

⁹ Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, LGDJ, 1983, p. 97.

¹⁰ D. Broussolle, *op. cit.* p. 771.

Un tel raisonnement conduirait à placer les lois de plan, les lois d'orientation et les lois-cadres dans une position hiérarchiquement inférieure par rapport à celle où sont situées les lois ordinaires. Pourtant, certains auteurs comme Maurice Hauriou soutiennent qu'une loi d'orientation est plus fondamentale qu'une loi ordinaire et s'applique de préférence à celle-ci¹¹.

Cette analyse semble erronée. Le juge constitutionnel ne distingue pas deux catégories de lois, l'une fondamentale et supérieure à l'autre. Encore moins peut-on arguer comme H. Mesnard, que la loi d'orientation peut servir de référence au juge pour interpréter la loi ordinaire¹².

Quant à savoir si le contrôle de constitutionnalité des « neutrons législatifs » permet au juge de rétablir la répartition des compétences entre le parlement et le gouvernement¹³, la science du droit n'a rien à en dire.

Selon l'interprétation donnée par le juge constitutionnel, les déclarations d'intention, caractéristiques des « neutrons législatifs » peuvent créer des normes obligatoires pourvues de tout effet juridique. La hiérarchie des normes ne fait aucune différence de position entre les lois ordinaires et les autres considérées comme des catalogues d'objectifs par la doctrine. Ce sont ces deux traits que la théorie du droit peut utiliser pour expliquer les stratégies.

I. — LES « NEUTRONS LÉGISLATIFS » DANS L'ORDRE STATIQUE

La théorie statique du droit décrit un système de normes en vigueur à l'état de repos¹⁴. C'est en vertu de leur contenu que les normes appréhendées dans cet ordre sont valides. Autrement dit, la validité d'une norme est déterminée par rapport à une autre norme sous le fondement duquel son propre contenu est subsumé, comme le particulier du général. Il s'agit d'une opération de contenu à contenu. C'est la conformité du contenu d'une norme à celui d'une autre norme plus générale qui fonde sa validité. Par rapport à une loi ordinaire, une loi-cadre ou une loi d'orientation sont juridiquement des normes générales.

Comme les lois de programme prévues par l'article 34 de la Constitution, les lois de plan ont pour fondement juridique l'article 70 du texte constitutionnel. Et si la Constitution ne prévoit pas explicitement les lois d'orientation, leur base juridique est posée par les dispositions de l'article 22 qui indique l'échéancier des interventions des pouvoirs publics. La validité de ces lois est fonction de la validité de la Constitution. La Constitution, norme supérieure étant valide, leur conformité à elle fonde leur validité.

Dans la même approche, les lois dites ordinaires qui sont logiquement les instruments d'application des lois d'orientation ou des lois de programme ne sauraient être valides si ces dernières ne le sont point¹⁵. Car, écrit le professeur Tammelo : « No

¹¹ M. Hauriou, Note sous Conseil d'État, 1er mars 1912, Sirey 3, p. 137.

¹² H. Mesnard, *op. cit.* p. 1144.

¹³ D. Broussolle, précité.

¹⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 96.

¹⁵ De nombreuses lois d'orientation, de programme ne sont pas « *self-executive* ». Elles nécessitent une nouvelle orientation du législateur. La loi du 4 juil. 1975 portant application [p. 349-357]

norm can validly be derived from statements of fact, because a valid conclusion cannot contain anything more than is given in the premisses of an inference »¹⁶. Mais la validité n'est pas une qualité nouvelle qui vient s'ajouter à la norme. Elle constitue le mode même d'existence des normes.

La doctrine traditionnelle, souvent suivie par le Conseil constitutionnel dans ses décisions d'inopérance qualifie de « neutrons législatifs » les lois d'orientation ou les lois de programme parce que ces lois manquent de force obligatoire¹⁷. Faute de démonstration, la doctrine et parfois le Haut Conseil se bornent à affirmer que ces lois sont de simples déclarations d'intention sans contenu normatif¹⁸. Une interprétation inexacte de la théorie kelsénienne de la validité de la norme sert d'appui à leur argumentation. Le Maître de Vienne, écrivent P. Avril, J. Gicquel, « pose qu'une loi qui ne formule que des recommandations n'est pas une loi, quelque chose qui est en forme de droit sans une norme juridique »¹⁹. Ils soutiennent leurs affirmations par des déclarations sur « les neutrons législatifs dont la charge est nulle », empruntées au législateur lors des débats relatifs au projet de loi d'orientation de la recherche et du développement technologique.

Cette conception « physique » de la norme est étrangère à la théorie de Kelsen sur la normativité. Pour Kelsen, la norme juridique apparaît en forme d'énonciations constatant les faits. Peu importe la forme linguistique des actes qui créent le droit. Ce qui est important c'est leur sens²⁰. Le sens confère la normativité à un acte conforme à une norme supérieure. Dire d'une proposition normative qu'elle est valide, c'est dire qu'elle est obligatoire par rapport à une autre proposition normative dans un système normatif. Validité et caractère « obligatoire » sont une seule et même chose, parce qu'il s'agit du mode spécifique d'existence des normes. Le mot « obligatoire » ne signifie pas politiquement, moralement ou catégoriquement obligatoire lorsqu'il est appliqué à une norme, mais seulement « obligatoire » relativement à un certain ordre juridique²¹.

Ce serait un malentendu grave de vouloir insinuer dans la théorie kelsénienne de la normativité l'obligation juridique prônée par les théories jusnaturalistes. La doctrine traditionnelle affirme que les lois-cadres, les lois d'orientation et les plans sont des déclarations d'intention parce qu'elles n'ont pas de caractère obligatoire, selon la définition de Kelsen²².

La démarche de Kelsen est profondément différente de celle des auteurs jusnaturalistes. Alors que ceux-ci confrontent le contenu des normes du droit positif à celui des normes métajuridiques pour le juger obligatoire ou non obligatoire, la science du droit se borne à décrire l'ensemble des normes appartenant au même ordre juridique. La question

de la loi d'orientation de l'enseignement supérieur et la loi du 31 déc. 1975 appliquant la loi d'orientation foncière de 1967 en sont des exemples probants.

¹⁶ In « Sein und sollen im Erfahrungsbereich des Rechtes », *Arch. für Rechts und sozialphilosophie*, cité par M. Troper, *RDP*, n° 6, 1978, p. 1532.

¹⁷ J. Becane, M. Couder, *La loi*, Dalloz, Les méthodes du droit, 1994, p. 271 ; voir dans le même esprit, J. Foyer, *AN*, 21 juin 1982, p. 3668 ; J. Gicquel, *op. cit.* p. 129.

¹⁸ Conseil Constitutionnel, décision n° 85-196 du 8 août 1985.

¹⁹ P. Avril, J. Gicquel, précité.

²⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz 1982, p. 97.

²¹ M. Troper, « La pyramide est toujours debout : réponse à Paul Amselek », *RDP*, n° 6, 1978, p. 269.

²² J.-C. Becane, M. Couder, *op. cit.* p. 269.

de savoir s'il faut obéir à une proposition énonçant un ordre et désobéir à un énoncé qui formule des recommandations est tout à fait étrangère à la théorie du droit. Cette tâche relève de la philosophie morale et politique. La science du droit a pour fonction non pas de fonder le caractère obligatoire du droit en général, mais de décrire le fondement des normes qui font partie d'un ordre juridique positif.

Les lois-cadres, les lois d'orientation et les lois de programme sont valides parce que leur édicition a été prescrite par Constitution et conformément à la loi prévue à cet effet. Elles doivent être considérées comme des normes. Faute d'un raisonnement épistémologique, la doctrine ne peut élucider la validité des lois ordinaires, non sanctionnées par le Conseil constitutionnel et qui sont pourtant les instruments d'application des « neutrons législatifs ».

Dans l'ordre statique, les lois d'orientation, les lois de programme et les lois-cadres sont valides dans la mesure où elles sont conformes à la Constitution. Elles occupent, dans la hiérarchie des normes, une place au-dessus des lois dites « ordinaires » dont elles fondent à leur tour la normativité. Et les « neutrons législatifs » qu'invente la doctrine traditionnelle, puis tente de les justifier ne sont que de faux-semblants.

II. — L'ORDRE DYNAMIQUE ET LES « NEUTRONS LÉGISLATIFS »

La hiérarchie dynamique concerne le droit en mouvement. Elle décrit le processus juridique par lequel le droit est créé et appliqué. Une norme appartient à cet ordre parce qu'elle est créée selon la procédure déterminée par la norme immédiatement supérieure. Les relations entre les normes de cet ordre juridique s'analysent en terme de rapport de norme juridique à norme juridique et non par rapport au contenu. La norme supérieure fournit le principe de validité de la norme inférieure.

Une norme générale, une loi d'orientation ou une loi-cadre prescrit l'édicition des lois ordinaires nécessaires à son application. Par rapport à une loi d'orientation, la loi ordinaire est moins générale. La première (loi) indique que la deuxième (loi ordinaire) doit être édictée selon une procédure déterminée. Cette seconde norme ne peut être valide que si son fondement, la conformité à la procédure prescrite par la norme supérieure, est établi. Or, une norme ne peut pas fonder la validité d'une autre norme lorsqu'elle n'est pas elle-même valide.

Lorsque la doctrine traditionnelle affirme pour soutenir son concept de « neutrons législatif » qu'une loi n'est valide que parce qu'elle ordonne²³, ce n'est pas la théorie du droit qu'elle applique. Car Hans Kelsen précise qu'une norme juridique ne fait pas qu'ordonner, elle habilite et prescrit aussi²⁴. Mais l'entreprise de la neutralisation de certains textes par les parlementaires avait été perçue dans les déclarations d'un sénateur lors des débats sur le projet de loi d'orientation du commerce et de l'artisanat en 1973²⁵.

²³ J.-C. Becane, précité.

²⁴ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 97.

²⁵ Voir Jean Foyer, précité.

La persuasion vient de ce que le législateur trouve dans le projet l'absence d'une norme ²⁶. Parce qu'elle n'est pas directement applicable et immédiatement appliquée, la loi d'orientation constitue une sorte de loi de démission ²⁷. Parce qu'il s'agissait d'une loi d'orientation de la recherche et du développement technologique, le législateur l'a sanctionnée du fait que sa charge juridique était nulle. Cette absence de force contraignante conduit le législateur et la doctrine à les assimiler à des déclarations d'intention.

Faute de pouvoir déterminer si la force juridique est contenue dans la forme ou dans le fond d'un acte, la critique se bornera à exposer ce qu'est une norme juridique épurée des contraintes idéologiques.

Dans l'ordre juridique dynamique, une norme est la signification que contient un acte conformément à la procédure prescrite par la norme juridique supérieure. Il ne suffit pas simplement que les propositions qui composent la norme supérieure soient plus générales que celles qui se dégagent de l'interprétation de l'acte en voie de validation. Il faudrait aussi que ces propositions fussent des normes juridiques. Autrement dit, qu'elles fussent situées à un niveau supérieur à celui de celles qu'elles sont censées fonder. Enfin, qu'il existe une procédure de contrôle de constitutionnalité qui commande d'annuler ou de priver d'effets pour contradiction avec elles les propositions normatives qui leur sont inférieures.

Ainsi, dans l'hypothèse où le juge constitutionnel interprète une loi ses dispositions doivent être regardées comme conformes à la loi d'orientation (loi-cadre) dont elle est l'instrument d'application. Si les lois que fondent les neutrons législatifs ne sont pas annulées par le Conseil constitutionnel, c'est qu'il existe une effective conformité de ces lois générales aux dispositions constitutionnelles. Car la supériorité d'une proposition normative sur une autre ne peut résulter que d'une troisième norme prescrivant d'annuler la seconde pour non-conformité avec la première ²⁸. Il semble que l'absence de force qui est reprochée aux lois d'orientation et aux lois de programme tient aux principes grammaticaux souvent invoqués à l'appui d'une interprétation. De la sorte, « en français, le présent de l'indicatif n'est pas l'équivalent de l'impératif ». Dire, par exemple, que « l'éducation scolaire, l'enseignement supérieur et la formation continue à tous les niveaux doivent favoriser l'exercice de la recherche et d'innovation, n'est pas une norme » ²⁹, revient à fonder l'interprétation juridique sur une vérité scientifique. Or, les principes grammaticaux auxquels il fait allusion, ne sont aptes à soutenir une interprétation que s'ils sont des propositions normatives ³⁰. Il convient de retenir que « doit ou ne doit pas » lors de l'interprétation d'un texte juridique, donne au présent de l'indicatif la valeur d'un impératif. Et une proposition normative qui en résulte, trouve le fondement de sa validité dans une proposition supérieure qui est une disposition constitutionnelle ³¹.

Il ne s'agirait pas réellement de principes grammaticaux, mais des principes d'interprétation. Ils établissent que les normes générales sont supérieures aux lois lorsqu'il

²⁶ Voir Sénat, Débats, séance du 14 nov. 1973, p. 1654.

²⁷ Voir A. H. Mesnard, *op. cit.* p. 1141.

²⁸ Michel Troper, « La motivation des décisions constitutionnelles », *CNRL*, 1975, p. 293.

²⁹ Jean Foyer, *op. cit.*, p. 3668.

³⁰ Voir Michel Troper, *op. cit.*, p. 294.

³¹ Voir les art. 37 et 41 de la Constitution de 1958.

existe une possibilité d'annuler ces actes contraires à ces dispositions. Dans le cas étudié, le contrôle de constitutionnalité des lois remplit cette fonction.

En revanche, les principes grammaticaux peuvent être considérés comme des propositions normatives, mais ce ne sont pas des normes juridiques. Leur utilisation comme instrument d'interprétation d'un texte juridique ne peut être fondée qu'en raison et non pas en droit³². Une telle méthode d'interprétation subjective conduit le législateur à voir dans les textes d'ordre général, des « neutrons législatifs ». La doctrine traditionnelle corrobore cette démarche pour mieux persuader le juge.

B. — *L'idéologie d'inopérance du juge constitutionnel*

Le discours d'inopérance est distinct des jugements de « conformité sous réserve » par lesquels le Conseil constitutionnel répond aux inquiétudes des requérants en démontrant que la signification de la loi respecte la Constitution.

Dans la procédure de déclaration d'inopérance qui aboutit à priver une loi de tout effet juridique, le juge constitutionnel tente de justifier sa décision à grand renfort de motivations. Il a ainsi déclaré « dépourvue de tout effet juridique » la loi de réforme de la planification dans sa décision du 27 juillet 1982³³. Certaines dispositions de la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité ont été jugées inopérantes par le Conseil dans sa décision du 18 janvier 1995³⁴. Aux termes de la lecture de l'acte du Conseil constitutionnel, ce qui est exposé dans les motifs n'est pas réellement le processus intellectuel qui a conduit à la décision. Une fois la décision prise, son auteur recherche une proposition plus générale d'où il déduit la décision et c'est cette déduction qu'il expose dans la motivation.

En réalité, la motivation cherche à faire illusion. Elle tente de persuader que la décision est rigoureusement déduite des normes juridiques supérieures.

Dans les deux décisions précitées, le juge constitutionnel semble appliquer la Constitution. Il prétend tirer sa décision des principes qu'elle cherche à justifier. Or la validité d'un acte ne dépend pas de cette justification, mais de la compétence conférée à son auteur par l'ordre juridique. Dans cette logique, les propositions énoncées dans ces décisions ont la signification de normes, quelle que soit la pertinence ou l'absurdité du raisonnement qui les accompagne³⁵.

Mais à quoi sert la motivation si la validité de la décision n'en dépend pas ? Les décisions d'inopérance qui donnent lieu à des « neutrons législatifs » ne seraient-ils que de faux-semblants ?

En réalité, ce qui est exposé dans la motivation n'est pas le processus intellectuel qui a conduit à la décision. Une fois la décision établie, son auteur recherche une proposition plus générale qui l'englobe. Il présente alors cette proposition comme un « donné » d'où il déduit la décision et c'est cette déduction qu'il expose dans la motivation. De la

³² Michel Troper, précité, p. 295.

³³ Voir *D.C.* 27 juil. 1982, CCF, 23, p. 278.

³⁴ Décision n° 94-352, *D. C.* 18 janv. 1995.

³⁵ Voir L. Husson, « L'infrastructure du raisonnement juridique », in *Études et logique juridique*, Vol. V, 1973, p. 14.

sorte, la motivation cherche à prouver que la décision est une déduction des normes juridiques supérieures. Dans le cas spécifique des décisions constitutionnelles, l'acte juridictionnel du Haut Conseil ne peut être annulé pour défaut de motivation, dans la mesure où les textes ne le prévoient pas.

Pourtant ses décisions sont abondamment et soigneusement motivées, alors qu'elles satisferaient pleinement aux dispositions constitutionnelles en se bornant à énoncer le dispositif sans justification aucune.

La stratégie de la motivation consiste à remplir une fonction : la fonction de nier les pouvoirs du juge. Car s'il ne s'agissait que de la validité de la décision, le juge pourrait se contenter de citer les visas pour affirmer sa volonté ou fonder son refus. Or, la motivation cherche à prouver que le juge ne peut faire que ce qu'il fait. Il ne peut décider que dans ce sens et pas autrement.

Juridiquement, faute de pouvoir affirmer un pouvoir propre de vouloir, on cherche à le dissimuler et à faire passer son pouvoir discrétionnaire pour une compétence liée ³⁶.

Comme l'absence de force obligatoire qui sert d'argumentation aux auteurs des « neutrons législatifs », la motivation est l'instrument privilégié du juge constitutionnel pour la construction de ses décisions d'inopérance et bien d'autres.

Support absolu des actes du Conseil constitutionnel depuis quelques années, la motivation masque trois niveaux de pouvoirs : celui de prendre une décision et de la prendre librement ³⁷, celui de recréer, par l'interprétation, la norme supérieure qu'on prétend appliquer, car en posant et en publiant ces propositions par le moyen de la motivation, le juge constitutionnel fait savoir que désormais, c'est le texte ainsi interprété qui servira de fondement aux décisions ultérieures. Et parmi les dispositions à interpréter, il y a aussi celles qui régissent la propre compétence de l'interprète ³⁸. Ce pouvoir s'insère dans l'idéologie politique dominante. Il doit être légitime ou bien nié. Mais faute de pouvoir en confirmer la légitimité, il faut le masquer. La motivation est l'instrument qui sert de masque.

Elle tend dans cette logique à accroître ce qu'elle est censée nier, car c'est pour présenter une décision particulière comme l'application rigoureuse d'une norme existante qu'on enclenche, par la motivation, le processus d'interprétation qui aboutit à la détermination par l'organe, l'application de ses propres compétences.

Une motivation abondante et complexe permet alors au Conseil constitutionnel d'acquérir une autorité plus grande, soit sur les autres juridictions (Conseil d'État, Cour de cassation), soit sur les pouvoirs publics (Parlement, Gouvernement, Administration). Il affirme de cette manière des principes qui lieront non seulement ces organes, mais le Conseil lui-même. Car sa jurisprudence future lui sera dictée par les principes qu'il aura posés ³⁹.

* *
*

³⁶ Michel Troper, « La motivation des décisions constitutionnelles », *CNRL*, 1975, p. 296.

³⁷ L. Husson, précité, p. 6.

³⁸ Voir Cour Suprême des USA, *Marbury v Madison*.

³⁹ Voir *D. C.* 27 juil. 1982, CCF, p. 278 ; *D. C.* n° 85-196 du 8 août 1985 et décision n° 94-352, *D. C.* 18 janv. 1995.

Ainsi apparaît l'étrange production des « neutrons législatifs ». De prime abord, ils semblent provenir du fait que les actes auxquels ils sont référés sont très généraux et manquent de force obligatoire. Puis l'analyse révèle que le législateur, la doctrine traditionnelle et le juge constitutionnel se fondent sur une interprétation erronée de la théorie kelsénienne de la norme. Dans une logique contraire à celle que présente la doctrine traditionnelle, l'obligation dont il s'agit chez Kelsen est juridique. Elle est imposée par la conformité d'une norme inférieure à la norme supérieure.

Dans l'ordre statique comme dans l'ordre dynamique, l'analyse a montré que les lois d'orientation, les lois de programme et les lois-cadres remplissent ces conditions de fondement et de conformité, donc de validité. Elles sont par conséquent des normes juridiques situées à un niveau hiérarchique supérieur par rapport aux lois ordinaires qui en sont des instruments d'application.

On s'aperçoit que la doctrine traditionnelle et le législateur tentent de priver ces normes de leur validité au moyen de la substitution du fait du pouvoir en valeur de droit.

Quant au juge constitutionnel, il est juridiquement libre de conférer ou de nier la validité de ces normes, mais cela n'empêche que ses décisions soient déterminées par des causes politiques ou socio-économiques. Pour masquer cette liberté, il utilise la motivation.

Celle-ci s'inscrit dans la pratique d'un pouvoir centralisé et fonctionne comme une idéologie : faire passer son pouvoir discrétionnaire pour une compétence liée. Fort de cette introspection, les inopérances et les « neutrons législatifs » semblent bien des éphémérides.

2, Walker Avenue
Gaithersburg, MD 20877
e-mail : mnembot@hotmail.com