

**STANDARDS ET CONTROLE
DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS**

**THE STANDARDS AND THE CONTROL OF
THE CONSTITUTIONALITY OF THE LAWS**

Par

Monsieur le Professeur Alessandro PIZZORUSSO
Institut de Droit Comparé - Faculté de Droit de Florence (Italie)
(Traduit de l'italien par Melle Edmée MOREAU)

1. On a pendant longtemps abordé la question des "standards" (1) sous l'angle de l'activité que les juges ordinaires ou administratifs développent afin d'appliquer le droit aux faits soumis à leur examen. Dans cette optique, on s'est interrogé sur le point de savoir si l'emploi de "notions à contenu variable" par le législateur (en plus de leur utilisation par les juges eux-mêmes) donne lieu à une activité juridictionnelle considérée comme "discrétionnaire" ou s'il conduit au contraire seulement à l'exercice, même de façon plus diffuse et engagée, des pouvoirs interprétatifs normaux du juge (2).

Des débats approfondis ont été destinés, en particulier, à évaluer si l'usage de telles formules conduit à une violation du principe de la légalité (spécialement lorsqu'elles sont contenues dans des normes pénales ou dans d'autres règles auxquelles cependant les normes pénales font renvoi (3)), et de même l'on s'est demandé si cette utilisation paraissait compatible avec les règles constitutionnelles qui président à la répartition des compétences entre le législateur et le juge, à savoir entre celui qui crée et celui qui applique le droit (4).

La reconstruction du système des sources du droit déclenchée dans de nombreux pays par la mise en place d'un régime de constitution rigide et surtout par l'introduction d'un système de contrôle de la constitutionnalité des lois garantissant la

(1) Voir, également pour des références ultérieures, S. Rials, Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), Paris, L.G.D.J., 1980. En Italie et dans les pays de langue allemande, on parle plutôt, pour désigner la même réalité, de "clauses générales" : voir surtout S. Rodotà, Le fonti di integrazione del contratto, Milan, Giuffrè, 1969 ; U. Natoli, Clausole generali e principi fondamentali davanti alla corte di cassazione, dans Scritti in memoria di D. Barillaro, Milan, Giuffrè, 1982, p. 343 s. ; F. Roselli, Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali, Naples, Jovene, 1983, spec. pp. 7, 152 s. ; S. Rodotà, Il tempo delle clausole generali, dans Riv. crit. dir. priv., 1987, p. 709 s. Dans une certaine mesure ce problème est lié aussi à celui de la détermination des "principes" et de leur distinction des "règles" : sur ce point, voir R. Dworkin, Taking Rights Seriously, Cambridge Mass., Harvard Univ. Press., 1977, traduction italienne réalisée par G. Rebuffa, Bologne. Il Mulino, 1982, p. 79 s. ; S. Bartole, Principi generali del diritto (dir. cost.), dans Enc. del diritto, XXXV, Milan, 1986, p. 494 s. ; A. Cerri, Il "principio" come fattore di orientamento interpretativo e come valore "privilegiato" : spunti ed ipotesi per una distinzione, dans Giur. cost., 1987, I, p. 1806 s. Une analyse complète des problèmes soulevés par l'usage de ce type de formules par le législateur se trouve dans Ch. Perelman et R. Vander Elst, Les notions à contenu variables en droit, Bruxelles, Bruylant, 1984.

(2) Ainsi que le note S. Rials, Les standards, notions critiques du droit, dans Les notions à contenu variable en droit, cit., p. 39 s., les "règles jurisprudentielles formulées à l'aide d'un standard, (...) ne sont pas l'expression d'un quelconque pouvoir discrétionnaire, mais d'un pouvoir normatif" (p. 48). A ce sujet, pour approfondissement, voir plus en avant dans le texte.

(3) Voir, aussi pour des références ultérieures, F. Palazzo, Il principio di determinatezza nel diritto penale, Padoue, Cedam, 1979.

(4) Voir, également pour des références ultérieures, A. Pizzorusso, The Law-Making Process as a Juridical and Political Activity, dans A. Pizzorusso (ed.), Law in the Making. A Comparative Survey, Heidelberg, Springer, 1988, p. 5 s.

suprématie des normes constitutionnelles sur les normes législatives ordinaires, a soumis ce problème à de nouveaux développements.

Tandis qu'auparavant la question concernait en fait seulement la détermination ou l'élaboration par le juge (mais aussi dans une certaine mesure également par le fonctionnaire ou le citoyen) de la norme à appliquer à une espèce, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois il ne s'agit pas tant de définir ou d'élaborer une telle norme que de confronter des dispositions ou des normes (5) de niveau différent au sein de la hiérarchie des sources, afin de distinguer les règles compatibles avec les normes constitutionnelles de celles éventuellement en contradiction avec elles.

Ainsi, alors que, pendant des années, le débat autour des standards s'est attaché à leur emploi en vue de la détermination de la norme à appliquer à un certain fait, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois (comme, du reste, déjà auparavant dans le cadre du contrôle de légalité des règlements), il s'agit de savoir dans quelle mesure les notions à contenu variable peuvent constituer des paramètres utilisables dans l'établissement de la constitutionnalité ou de l'inconstitutionnalité d'une disposition ou d'une norme législative. Cela revient donc à envisager une opération qui, même lorsqu'elle est appliquée conformément à la norme constitutionnelle (ou à celle qui reste en vigueur après l'élimination de la norme inconstitutionnelle) à un fait déterminé (6), mène à une confrontation entre deux normes plutôt qu'à la subsumption d'un fait à l'espèce abstraite prévue par une norme.

(5) Selon la distinction opérée par V. Crisafulli, Disposizione (e norma), dans Enc. del diritto, XIII, Milan, Giuffrè, 1984, p. 195 s., et par G. Tarello, Diritto, enunciati, usi, Bologne, Il Mulino, 1974, p. 135 s., par "disposizione" (ou "enunciato"), on entend une proposition employée par une autorité qui exerce un pouvoir normatif, tandis que par "norma" on désigne une règle juridique appliquée concrètement par un juge ou un autre acteur du droit. Evidemment, une norme peut correspondre à une disposition, mais elle représente assez souvent le fruit d'une activité interprétative qui utilise plus d'une disposition, éventuellement en même temps que d'autres matériaux normatifs (qui peuvent par exemple résulter de certains comportements susceptibles de donner vie à une coutume, de précédents judiciaires, d'opinions doctrinales, etc...).

(6) A propos de la classification des systèmes de contrôle des lois en deux genres, "abstrait" et "concret", selon que le contrôle est ou non effectué en vue de l'application de la norme soupçonnée d'inconstitutionnalité à un fait déterminé, voir A. Pizzorusso, I sistemi di giustizia costituzionale : dai modelli alla prassi, in Quaderni costituzionali, 1982, p. 521 s. Sur les systèmes européens de justice constitutionnelle, voir dernièrement, Ch. Starck, A. Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit dans Westeuropa, Baden-Baden, Nomos, 1986, ainsi que les essais publiés dans l'Annuaire international de justice constitutionnelle, Paris-Aix-en-Provence, Economica-P.U.A.M., 1985 s.

2. Ceci étant posé, lorsque l'on analyse le problème des notions à contenu variable en se référant à un système des sources du droit articulé selon une pluralité de degrés, tel que nous le trouvons mis en oeuvre dans les ordres juridiques prévoyant des formes de contrôle de constitutionnalité des lois (mais pas exclusivement dans ceux-ci), nous pouvons remarquer qu'un tel problème tend à s'identifier à celui de la formation progressive de normes obtenue par l'intégration d'éléments tirés d'une pluralité de sources.

En réalité, alors que dans les ordres juridiques fondés sur un système des sources qui assure la prééminence absolue de la loi du parlement celle-ci, tout en pouvant bien sûr renvoyer à d'autres sources (règlement, coutume, droit international, etc...), constituait inévitablement le facteur légitimant toute utilisation de celles-ci (7); dans les ordres juridiques dont le système des sources s'inspire de la conception hiérarchique élaborée par l'école de Vienne, selon laquelle chaque source produit des matériaux normatifs destinés à la fois à intégrer ceux dérivant des sources de niveau supérieur et à être intégrés par ceux qui proviennent des sources de niveau inférieur; tout cela est régi par des normes sur les sources elles-mêmes (8), lesquelles, égales à toutes les autres, peuvent dériver d'une ou plusieurs sources selon les critères normaux et pas seulement de la loi du parlement (9).

Par conséquent, si dans le premier cas il n'existe pas d'espaces propres à une intégration des dispositions législatives (ou à d'autres auxquelles elles pourraient éventuellement renvoyer), en dehors des cas où elles-mêmes font appel à d'autres sources, dans le second, par contre, il apparaît logique que la réglementation adoptée par une loi (ou par une autre source primaire qui lui est assimilée), inclut celle directement fixée par la constitution (ou par une autre source de niveau égal), de même que celle établie par un règlement (ou par d'autres sources secondaires de même niveau) englobe celle établie par une loi, etc.

Une conséquence particulièrement importante de cette innovation correspond au dépassement du critère de sélection des

(7) Cet ordonnancement du système des sources, analysé par R. Carre de Malberg dans *La loi, expression de la volonté générale*, (1931), Paris, Economica, 1984, était caractéristique de la troisième république française. Actuellement l'ordonnancement britannique s'inspire largement de principes analogues, sauf en ce qui concerne l'insertion du précédent dans le système des sources: voir M. Zander, *The Law-Making Process*, Londres, Weidenfeld et Nicolson, 1980.

(8) Sur la nature juridique des normes sur les sources, voir A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, Bologne-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1977, p. 6 s.

(9) Sur l'opposition entre les systèmes de sources identifiés comme "système à rayons", pour autant que la loi est au centre de toutes les autres sources, et ceux considérés comme "système en cascade", selon le modèle de Kelsen, voir A. Pizzorusso, *Le contrôle exercé par la Cour constitutionnelle sur le pouvoir d'appréciation discrétionnaire du législateur*, dans *Cahiers du Centre de droit et de politique comparés*, III, 1988, p. 29 s., spéc. p. 35-39.

différentes techniques d'interprétation de la loi, telle qu'elle s'effectue généralement en régime de constitution flexible, et en vertu de laquelle on peut recourir à l'analogie (*analogia legis*) ou aux principes généraux (*analogia iuris*) seulement afin de combler une lacune de la loi écrite (10); dans un régime de constitution rigide, la possibilité d'utiliser les principes constitutionnels comme critères d'interprétation des lois ordinaires, selon la technique de l'interprétation conforme (*Verfassungskonforme Gesetzesauslegung*) apparaît en fait d'autant moins discutable.

Du reste, cette répartition de la compétence législative entre les diverses sources n'est pas la seule à pouvoir être déduite des règles générales qui leur assignent un rang différent au sein de la hiérarchie; en effet, on note aussi des exemples de normes intéressant la production juridique qui décident de façon spéciale qu'une source déterminée doit régir une certaine matière de façon relativement abstraite (par exemple, en se limitant à fixer les "principes généraux" (11) ou les "directives" (12) relatifs à la réglementation en projet), alors qu'une autre doit produire les règles plus spécifiques de mise en oeuvre de tels principes ou directives. Au regard de ces situations, on obtient une répartition des compétences législatives qui se distingue de toutes celles fondées sur des critères tenant à la matière, au territoire, au degré, etc..., du fait qu'elle émane d'un "mode de régulation" ("*tipo di disciplina*") que la source en question doit produire (13).

Lorsque ceci survient, les solutions fournies par la source supérieure ne visent pas à régler, de manière parfaite et complète, la matière à laquelle elles se rapportent, mais elles constituent néanmoins un paramètre de la constitutionnalité ou de la légitimité des dispositions de mise en oeuvre ou intégratives. Cela procède, soit directement du principe de la hiérarchie des sources, soit du fait qu'une norme de rang supérieur impose à la source

(10) ...en vertu du texte de l'art. 12 des dispositions préliminaires du code civil italien de 1942, officiellement encore en vigueur. Mais il faut noter son aspect désuet à cause de l'introduction du principe de rigidité de la constitution: voir A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, cit., pp. 123-125. A propos de la valeur des normes sur l'interprétation, voir G. Tarello, *Interpretazione della legge*, Milan, Giuffrè, 1980, p. 287 s.

(11) Ainsi que cela arrive par exemple lorsqu'on prévoit que des "lois-cadre" ("*leggi-cornice*") de l'Etat doivent fixer les principes fondamentaux auxquels la législation régionale devra se conformer: ceci se produit en Italie sur la base de l'art. 117 de la constitution, et de l'article 17 de la loi du 16 mai 1970, n. 281. Ce dernier prévoit qu'en l'absence de "*leggi-cornice*" spécifiques, les régions exercent leurs compétences "dans les limites des principes fondamentaux (...) qui se déduisent des lois en vigueur".

(12) On pense aux directives communautaires qui lient les états "en ce qui concerne le résultat à atteindre, mais laissent aux états la compétence quant à la forme et aux moyens" (art. 14, Traité CECA; art. 161, Traité Euratom; art. 189, Traité CEE). Sur la notion de directive, voir M. Clarich, *La nozione di direttiva: problemi ricostruttivi e tendenze recenti*, dans *Foro amm.*, 1984, II, 551.

(13) Voir A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, cit., p. 79.

productrice de la réglementation d'application ou intégrative de se conformer aux principes ou aux directives, bien que ceux-ci soient établis par une source de même niveau (14).

3. Dans ce cas, se pose le problème de fixer la force normative attribuée aux principes ou aux directives nés de l'application de normes sur les sources tant qu'ils n'ont pas été mis en oeuvre et englobés par les dispositions produites par la source subordonnée ; de même se pose le problème de savoir si les deux compétences (celle relative aux directives générales et celle concernant la réglementation d'application) doivent être appréhendées comme des compétences réservées ou bien si, en vertu de la source supérieure, il est possible de déterminer les dispositions de détail et, au regard de la source inférieure, il est permis d'adopter une réglementation de la matière en question avant même que soient déterminés des principes ou des directives.

A propos de la première question, il s'agit de saisir qu'hormis le cas où une source habilitée prévoit de façon explicite une dérogation aux principes et aux directives de l'espèce, les règles établies à titre de principes généraux régissant une certaine matière sont susceptibles de toute application, pourvu qu'elle paraisse possible rationnellement, c'est-à-dire en utilisant les instruments normaux de l'interprétation, même avant que ne soit adoptée la réglementation d'application ou intégrative. Il convient d'observer que la détermination des principes ou directives, tout en étant insusceptible d'applications directes, sachant qu'elle fixe exclusivement des objectifs à atteindre, agit cependant de façon indirecte au moment d'analyser sa compatibilité avec la réglementation de niveau inférieur qui peut éventuellement exister (15). Ceci repose sur le principe de la hiérarchie des sources, selon lequel les normes de rang supérieur doivent malgré tout prévaloir sur celles de rang inférieur, à moins que ne soient prévues des dérogations expresses au terme de dispositions ayant un niveau au moins égal à celui des normes auxquelles elles apportent une dérogation.

(14) Ainsi que cela se produit dans le cas des lois régionales italiennes, tenues au respect des principes fondamentaux fixés par les lois-cadres (lois d'Etat ordinaires) en vertu de ce qu'établit l'art. 117 de la constitution, et dans le cas des décrets législatifs délégués, tenus au respect des principes et des critères directifs contenus dans les lois (ordinaires) d'habilitation au terme de ce que prévoit l'art. 76 de la constitution. Par rapport aux textes normatifs de rang égal, qui dans ces cas sont utilisés comme paramètre dans le contrôle de constitutionnalité, la doctrine italienne a élaboré la notion de "normes intermédiaires" ("norme interposte").

(15) Ce critère a été utilisé par la cour constitutionnelle italienne au regard des normes de portée générale inscrites dans la constitution, selon les fondements du problème qu'avait posé V. Crisafulli, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milan, Giuffrè, 1952.

En ce qui concerne le second problème, il faut noter que l'existence d'une compétence réservée ne peut être présumée, car l'interpénétration de règles, même incomplètes, provenant de sources de différents niveaux ressort au contraire implicitement de l'organisation générale du système des sources basée sur le principe hiérarchique. Hormis le cas des dérogations (qui peuvent résulter seulement de l'exercice de pouvoirs normatifs appropriés), la source qui peut édicter les principes et les directives peut aussi normalement se substituer à la source inférieure dans la fixation des dispositions de détail, et la source qui peut mettre en oeuvre les principes ou les directives peut suppléer à l'absence d'exercice des pouvoirs normatifs adéquats. Toutefois, dans le cas où ces pouvoirs viennent à être exercés (même ultérieurement), les règles ainsi produites prévaudront sur les dispositions adoptées (16), ou les rendront inconstitutionnelles ou illégitimes.

4. Un problème tout à fait différent et de nature plus générale s'est ajouté à celui qui vient d'être examiné. Il concerne l'éventualité où les standards sont déduits de dispositions d'un rang inférieur à celui d'une réglementation à l'encontre de laquelle ils pourraient exercer les fonctions interprétatives qui sont normalement les leurs.

A ce propos, il existe deux règles, apparemment contradictoires, et entre lesquelles il convient pourtant de trouver une issue. La première de celles-ci découle directement du principe de la hiérarchie des sources et impose l'inapplication ou l'annulation (selon les procédures prévues à cet effet) des dispositions ou des normes de rang inférieur et incompatibles avec les autres ; la seconde permet, voire impose, à chaque autorité chargée de prendre une réglementation d'application de certains principes ou directives, de spécifier leur portée exacte, ou éventuellement de les interpréter (17).

Il s'ensuit que si la source inférieure peut et, à l'occasion, doit interpréter les textes normatifs produits par la source supérieure, celle-ci peut également faire valoir le résultat de son activité d'interprétation et donc expliciter les dispositions qui ont la nature de principes ou directives.

Toutefois, il ressort du principe de la hiérarchie des sources que cette activité d'interprétation, quand bien même elle

(16) Ainsi que cela est explicitement prévu, en application des lois d'Etat qui modifient les principes fondamentaux auxquels les lois régionales italiennes doivent se conformer, l'art. 10, loi 10 février 1953, n° 62, parle "d'abrogation" des lois régionales antérieures.

(17) Le principe selon lequel une source subordonnée peut interpréter les règles décrivant d'une source supérieure trouve application, par exemple, dans le can. 27 du *Codex iuris canonici* de 1983, selon lequel *Consuetudo est optima legum interpretas*.

se concrétise dans un texte normatif, n'a pas force obligatoire (sinon dans les limites correspondant à celles du degré de la source dont il s'agit). Par conséquent, les dispositions qui en constituent les fruits ne seront pas soustraites au contrôle de conformité qui s'exerce par rapport aux normes de rang supérieur et, vis-à-vis de ces dernières, elles ne pourront pas non plus justifier l'éventuelle incompatibilité de certaines autres dispositions de rang égal à celui des dispositions interprétatives (18).

5. Les nouveaux problèmes relatifs à la fonction des standards qui se posent dans le cadre des ordres juridiques inspirés du principe de la hiérarchie des sources, n'empêchent pas en eux-mêmes que l'on puisse en relever qui concernent des ordres juridiques fondés sur le principe de l'absolue suprématie de la loi et qui se résolvent aussi principalement en précisant quels pouvoirs reviennent au juge dans la détermination du droit à appliquer à l'espèce soumise à son examen.

En réalité, il existe au contraire d'importantes interférences entre les deux catégories de problèmes. Cela résulte du fait que leur solution se trouve de toute façon sollicitée de juges, même si, de ce côté-ci de l'Atlantique, le juge de la constitutionnalité des lois et celui de la légitimité des actes administratifs est presque toujours différent du juge qui applique le droit à des faits concrets.

Une approche commune du phénomène est pourtant possible à travers le fait que le standard s'identifie de toute façon à un fragment de disposition normative, à savoir une disposition incomplète. Et même s'il existe des cas prévoyant la possibilité de la compléter dans l'exercice ultérieur d'un pouvoir normatif, prévu par les normes sur les sources et inclus dans la hiérarchie relative, il n'existe pas un principe général qui impose cette forme d'intégration ou énonce qu'en son absence le standard ne constitue pas un outil propre à déduire tous les contenus normatifs qu'il est possible de saisir en recourant aux instruments communs de l'interprétation.

Le caractère incomplet des normes qui emploient les notions à contenu variable a pour effet de laisser, autant au juge

(18) Dans le même sens, la cour constitutionnelle italienne a exclu que des limites aux libertés garanties constitutionnellement puissent être déduites de lois ordinaires (par exemple, des normes du code pénal), en précisant au contraire que de telles limites peuvent être obtenues seulement de normes constitutionnelles qui les expriment ou les rappellent explicitement ou implicitement : voir Corte cost., 19 février 1985, n. 9, dans *Foro it.*, 1985, I, 397, sur le point des limites à la liberté d'expression. Plus récemment, sur les rapports entre clauses générales de la constitution et clauses générales du code civil, voir G. Ponzanelli, *Corte costituzionale e responsabilità civile : rilievi di un privatista*, dans *Foro it.*, 1988, I, 1959-1960.

de la constitutionnalité des lois qu'au juge ordinaire ou administratif, une marge d'appréciation plus large que d'habitude et il en profite souvent pour définir des règles intégratives ou de mise en oeuvre de la clause générale inscrite dans la disposition constitutionnelle ou législative. Dans le cadre du jugement, la règle intégrative ne fait généralement pas partie du "*décisum*", mais plutôt de la "*ratio decidendi*", et ne dispose donc pas de l'autorité de la chose jugée, mais de la force du précédent (19). En fait, les règles et les pratiques observées dans les différents pays conditionnent largement l'intensité de cette force ; cependant, dans les pays d'Europe continentale, comme on le sait, une telle force n'obligera jamais totalement le juge d'un procès différent : elle détient seulement une autorité "persuasive".

6. Les notions à contenu variable examinées ici ont la particularité d'offrir la possibilité, dans les cas où plus d'une directive de ce genre se trouve applicable (et elles sont toutes dotées de force égale du point de vue de la hiérarchie des sources), de résoudre les éventuels contrastes entre elles, non pas en utilisant les types d'appréciation traditionnels employés pour éliminer les antinomies (20), mais en recherchant un équilibre entre les exigences contradictoires qu'elles présupposent (21).

La bivalence est tout autant caractéristique des notions de ce type : c'est par exemple le cas du principe d'égalité qui, ainsi que le remarquait déjà Aristote (22), énonce dans le même temps qu'à situations égales doit s'appliquer un traitement égal et qu'à situations différentes convient un traitement différent mais adéquat : en conséquence, la portée normative du principe finit presque par se consumer, tout étant lié à l'appréciation des faits, c'est-à-dire à l'égalité ou à l'inégalité des situations en confrontation (23).

Une approche rigoureuse de la notion "d'intérêt public" conduit également à de semblables considérations. En effet, elle se conclut par un renvoi au résultat de la confrontation entre les différents intérêts qualifiés de publics (24).

(19) Voir ci-dessus note 2.

(20) Voir Ch. Perelman (ed.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965.

(21) Comme on le sait, cette technique est fréquemment employée par la cour suprême des Etats Unis.

(22) *Etica Nicomachea*, livre V, 1131, a.

(23) A ce propos, voir Ch. Starck, *L'égalité en tant que mesure du droit (problèmes d'application du principe d'égalité)*, dans *Les notions à contenu variable en droit*, cit., p. 181 s. ; Ch. Perelman, *Les notions à contenu variable en droit. Essai de synthèse*, ibid., pp. 370-372. Sur la jurisprudence de la cour constitutionnelle italienne en matière d'égalité, voir A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della corte costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1976 ; L. Paladini, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza : aprile 1979-dicembre 1983*, dans *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, Padoue, Cedam, 1986, p. 605 s.

(24) Voir A. Pizzorusso, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, dans *Riv. trim. dir.*

Ainsi que cela fut remarquablement observé (25), souvent le principe de la séparation des pouvoirs détient de même la portée d'une notion à contenu variable, vu l'impossibilité à l'appliquer rigoureusement et les nombreuses adaptations qui s'en suivent dans la pratique constitutionnelle des différents pays (26) ; en ce sens, la notion d'ordre public (27) a été utilisée entre autres pour fonder une limite générale aux droits fondamentaux (28).

Dès lors, la conclusion selon laquelle le recours aux clauses générales dans l'activité normative signifie un renoncement partiel à légiférer paraît exacte. Elle illustrerait même plus précisément un refus d'édicter des règles exhaustives et rigoureuses et un choix en faveur de la fixation d'une table de valeurs (29) à l'usage de ceux qui devront appliquer les normes ainsi posées. Cela instaure indiscutablement un élargissement des pouvoirs de ces derniers, et en premier lieu du juge, mais ce constat ne constitue pas un jugement *a priori* positif ou négatif quant à cette manière de procéder et même s'il apparaît en fait susceptible d'être utilisé au profit d'une appréciation plus politique que technico-juridique (30).

En définitive, la multiplicité des situations historiques et des formes d'organisation juridique peuvent justifier le fait de laisser au cours de la phase de mise en oeuvre, une sphère plus large à la recherche de la solution la plus adaptée à chaque cas particulier ou bien, au contraire, de réduire un tel espace à la faveur des décisions prises au niveau de l'activité normative.

Dans cet ordre d'idées, il n'apparaît pas injustifié de recourir parfois à des notions à contenu variable -ou si l'on

proc. civ., 1972, p. 57 s.

(25) A. Van Welkenhuyzen, La séparation des pouvoirs, notion à contenu variable en droit, dans Les notions à contenu variable en droit, cit., p. 113 s.

(26) Voir F. Modugno, Poteri (divisione del), dans le Noviss. dig. it., XXIII, Turin, Utet, 1966, p. 472 s.

(27) Voir J. Ghestin, Ordre public, notion à contenu variable en droit privé français, dans Les notions à contenu variable en droit, cit., p. 77 s.

(28) Voir G. Zagrebalsky, Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, dans L. Favoreu (ed.), Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1982, p. 303 s., spéc. pp. 313-314.

(29) J. Verhaegen, Notions floues et droit pénal, dans Les notions à contenu variable en droit, cit., p. 12 s. Quant à la fonction des valeurs dans le droit, voir L. Calani, I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica, Padoue, Cedam, 1954 ; L. Mengoni, Diritto e valori, Bologne, Il Mulino, 1985.

(30) Ainsi, par exemple, le débat qui se développait en Italie, voici quelques temps, autour de "l'usage alternatif du droit" (voir P. Barcellona (ed.), L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista, Bari, Laterza, 1973) fut mal posé à cause de la conviction que l'élargissement des pouvoirs du juge et, en général, l'emploi préférentiel d'une telle technique juridique, plutôt que d'une autre, puisse être considérée comme conforme à une politique de tendance progressiste plutôt qu'à une politique de type conservateur, tandis que l'expérience a clairement confirmé la polyvalence qui est normalement propre aux techniques juridiques.

préfère, à des notions rendues confuses à dessein (31)- afin de réaliser des compromis politiques permettant de débloquer des situations autrement sans issue. Le fait que ce type de solutions charge le juge d'une responsabilité qui lui est inhabituelle (32) présente certes des inconvénients, mais il n'est pas évident que cela ne représente pas un moindre mal face aux risques encourus en cas de paralysie de l'activité des organes constitutionnels.

Du reste, à bien y regarder, l'existence d'une marge d'appréciation plus ou moins large au bénéfice du sujet qui applique le droit ne dépend pas seulement de la technique législative (33) adoptée par celui qui rédige les textes normatifs (c'est-à-dire selon que ceux-ci préfèrent employer des clauses générales ou des règles plus limitatives), mais aussi d'autres facteurs, parmi lesquels peuvent être rappelées, par exemple, la façon dont sont réglementées la publication et l'entrée en vigueur des textes mêmes (34), la tolérance accordée à l'ignorance en toute bonne foi de la loi (35), etc.

Et on peut affirmer de manière encore plus sûre que l'équilibre qui doit subsister, afin de préserver le fonctionnement correct d'un système juridique considéré dans son ensemble, entre les activités d'appréciation des faits et les activités d'énonciation des règles (36), entre les exigences de certitude et le besoin de justice (37), ne dépend pas seulement de la technique de rédaction des textes législatifs, tout en ne pouvant nier qu'elle représente une composante importante de ce cadre complexe.

(31) Voir J. Verhaegen, Notions floues en droit pénal, cit., p. 8.

(32) Face à ce type de situations on a souvent parlé en Italie de "suppléance" du juge (et de la cour constitutionnelle) par rapport aux organes constitutionnels politiques.

(33) Voir, récemment, A. Viandier, Recherche de légistique comparée. Le processus législatif, Heidelberg, Springer, 1988, auquel on fait renvoi à propos de références ultérieures.

(34) Voir J.B. Herzog, G. Vlachos, La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé, Paris, Les éditions de l'épargne, 1961.

(35) Voir Cour d'appel de Bruxelles, 30 juin 1983 (cit. par Ch. Perelman, Les notions à contenu variable en droit. Essai de synthèse, qui a justifié, par rapport à la légalité de leur conduite, "l'erreur invincible" qui aurait été commise par un groupe de médecins et d'infirmières ayant exécuté des interruptions de grossesse au-delà de ce que la loi leur permettait, et corte cost. 24 mars 1988, n. 364, dans Foro it., 1988, I, 1385, qui a considéré inconstitutionnel l'art. 5 du Code pénal, lequel codifiait le principe ignorantia juris non excusat, "nella parte in cui non esclude(va) dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile".

(36) De "prédominance que l'on souhaiterait transitoire, du fait sur le droit", en parle Perelman, op. cit., p. 374.

(37) Voir A. Pizzorusso, Certezza del diritto (profili applicativi), dans Enc. Giur. Treccani, en cours de publication.