

Jus Politicum

Revue de droit politique

*La jurisprudence du Conseil constitutionnel
et les différentes branches du droit*



INSTITUT
VILLEY

Institut Villey

pour la culture juridique et la philosophie du droit

Directeurs

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas)

Directeur de la publication

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)

Fondateurs

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),
Armel Le Divellec (Université Panthéon-Assas),
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines)

Conseil de rédaction

Manon Altwegg-Boussac (Université du Littoral),
Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),
Cécile Guérin-Bargues (Université Paris Nanterre),
Renaud Baumert (Université de Cergy-Pontoise),
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas),
Bruno Daugeron (Université Paris-Descartes),
Quentin Epron (Université Panthéon-Assas),
Thibault Guilluy (Université Panthéon-Assas),
Jacky Hummel (Université de Rennes 1),
Philippe Lauvaux (Université Panthéon-Assas),
Elina Lemaire (Université de Bourgogne),
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines),
Céline Roynier (Université de Cergy-Pontoise),
Christoph Schönberger (Universität Konstanz),
Adam Tomkins (University of Glasgow)

Conseil scientifique

Klaus von Beyme (Universität Heidelberg), Dominique Chagnollaud (Université Panthéon-Assas), Jean-Claude Colliard † (Université Panthéon-Sorbonne), Vlad Constantinesco (Université Robert-Schuman, Strasbourg), Jean-Marie Denquin (Université Paris Nanterre), Christoph Gusy (Universität Bielefeld), Ran Halévi (CNRS), Josef Isensee (Universität Bonn), Lucien Jaume (CNRS), Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas), Claude Klein (University of Jerusalem), Franck Lessay (Université Sorbonne Nouvelle), Corinne Leveaux-Teixeira (Université d'Orléans), Martin Loughlin (London School of Economics), Ulrich K. Preuß (Freie Universität Berlin), Philippe Raynaud (Université Panthéon-Assas), Pierre Rosanvallon (Collège de France), François Saint-Bonnet (Université Panthéon-Assas), Cheryl Saunders (University of Melbourne), Michel Troper (Université Paris Nanterre), Neil Walker (University of Edinburgh).

Secrétaire de rédaction

Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas)

Assistant d'édition

Martin Hullebroeck (Université Panthéon-Sorbonne et Université Libre de Bruxelles)

Jus Politicum – Revue de droit politique

n° 20-21 (juillet 2018)

La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit 3

Olivier Beaud, Philippe Conte, Patrick Wachsmann : <i>Préface</i>	5
Dominique Fenouillet : <i>La jurisprudence du Conseil constitutionnel en droit civil des personnes</i>	7
François Chénéde : <i>Quelle « constitutionnalisation » pour le droit civil des contrats ?</i>	55
Bénédicte Girard : <i>La responsabilité civile dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel</i> ..	63
François-Xavier Lucas : <i>Le droit des affaires à l'épreuve de la jurisprudence du Conseil constitutionnel</i>	71
Philippe Conte : <i>La matière pénale revue par le Conseil constitutionnel</i>	93
Denis Baranger : <i>Comprendre le « bloc de constitutionnalité »</i>	103
Agnès Roblot-Troizier : <i>Le Conseil constitutionnel et les sources du droit constitutionnel</i>	129
Olivier Beaud : <i>Le Conseil constitutionnel sur la souveraineté et ses approximations</i>	143
Andrea Hamann : <i>Sur un « sentiment » de souveraineté</i>	187
Bruno Daugeron : <i>Le Conseil constitutionnel a-t-il une théorie de la représentation ?</i> ...215	
Patrick Wachsmann : <i>Le Conseil constitutionnel et le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire</i>	237
Emmanuel de Crouy-Chanel : <i>La portée conférée par le Conseil aux décisions qu'il rend en matière fiscale</i>	261
Véronique Champeil-Desplats : <i>L'autonomisation relative des références à la sécurité dans les décisions du Conseil constitutionnel</i>	271

Le constitutionnalisme global (suite) 285

Denis Baranger : <i>Brexit as a Constitutional Decision: An Interpretation</i>	287
Évelyne Lagrange : <i>Constitution, constitutionnalisation, constitutionnalisme globaux – et la compétence dans tout cela ?</i>	305
Pierre Auriel : <i>Caroline Briceux et Benoît Frydman (dir.), Les défis du droit global, Bruxelles, Bruylant, 2018</i>	333

Autour de Droit administratif général de Benoît Plessix..... 339

Olivier Beaud et Denis Baranger : <i>Avant-propos</i>	341
Patrick Wachsmann : <i>Pour saluer le Droit administratif général de Benoît Plessix</i>	343
Pierre Moor : <i>Après une lecture de Benoît Plessix, Droit administratif général</i>	357
Jacques Caillosse : <i>Un « manuel » hors les codes À propos du Droit administratif général de Benoît Plessix</i>	365
Benoît Plessix : <i>En guise de réponse</i>	381

Archives : Journal de Casimir-Perier.....	387
Elina Lemaire : <i>Présentation du « Journal de la présidence » de Jean Casimir-Perier.....</i>	389
Jean Casimir-Perier : « <i>Journal de la présidence</i> ».....	395
Varia.....	413
Nicolas Gabayet : <i>Une page de l'histoire de la pensée du droit administratif : le « moment Dicey »</i>	415
Lionel Zevounou : <i>Le concept de « constitution économique » Une analyse critique</i>	445
Paper.....	483
Samy Benzina : <i>Les executive orders du président des États-Unis comme outil alternatif de législation</i>	485
Notes de lecture	517
Christian Bidégaray : <i>Cécile Guérin-Bargues, Juger les politiques ? La Cour de justice de la République, Paris, Dalloz, 2017, 286 p.</i>	519
Armel Le Divillec : <i>Benjamin Constant, Œuvres complètes, t. XV : Brochures politiques (1819-1821), Berlin, De Gruyter, 2017, 899 p.</i>	529
Nicolas Rousselier : <i>Philippe Raynaud, L'esprit de la V^e République. L'histoire, le régime, le système, Paris, Perrin, 2017</i>	539
Aurélien de Travy : <i>La théorie constitutionnelle américaine et la difficulté contre-majoritaire À propos de la thèse d'Idris Fassassi</i>	545
Mémoires	559
Pierre Georget : <i>Carl Joachim Friedrich et la liberté politique</i>	561

La jurisprudence du Conseil constitutionnel
et les différentes branches du droit

Regards critiques

Préface

L'expression popularisée par Louis Favoreu, « la constitutionnalisation des branches du droit », désigne le fait que l'utilisation, par le Conseil constitutionnel, d'un bloc de constitutionnalité composite a imprimé aux différentes branches du droit français des transformations souvent considérables, assujettissant un corps de règles d'origine législative ou prétorienne à des principes dont le Conseil constitutionnel s'institue le gardien à partir de sa décision fondatrice du 16 juillet 1971. L'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité ne pouvait qu'amplifier encore le phénomène, dès lors qu'étaient désormais concernées des dispositions en vigueur, parfois anciennes tels divers articles du code civil.

De ces transformations, le droit pénal ou le droit des sociétés ne sont pas davantage exempts que le droit administratif ou le droit fiscal. Il a paru utile aux organisateurs de ce colloque d'envisager aujourd'hui, sous un angle critique, *l'impact de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les différentes branches du droit*. L'examen tentera d'évaluer l'importance des changements provoqués par la jurisprudence du Conseil, que soient affectées les notions elles-mêmes ou seulement les solutions qui prévalaient auparavant. Il existe en effet *a priori* un contraste entre les capacités d'une institution essentiellement composée de non-juristes et le caractère très technique des questions à résoudre, du point de vue constitutionnel, dans un grand nombre de domaines connaissant des traditions et des équilibres établis en dehors d'un tel point de vue.

On a convié des spécialistes de différentes matières à dresser un bilan de l'intervention du Conseil constitutionnel dans leur champ d'études. Prophète inspiré des grands principes juridiques pour les uns, éléphant dans un magasin de porcelaines pour les autres, le Conseil voit ainsi son œuvre même étudiée par des universitaires qui s'interrogent en toute liberté sur le sens, le contenu et la portée de sa jurisprudence, dans l'ensemble du champ disciplinaire qui est le leur ou sur une question particulière.

L'ambition du colloque organisé à Paris les 11 et 12 mai 2017 par l'Institut de criminologie et de droit pénal de Paris, l'Institut Michel Villey de l'Université Panthéon-Assas et l'Institut de recherches Carré de Malberg de l'Université de Strasbourg, et dont les actes sont ici publiés a donc été d'aller au-delà de la seule étude des techniques utilisées pour contrôler le législateur ou de la seule question, qui reste évidemment essentielle, des libertés publiques. Bref, il s'agit de proposer un bilan critique et savant de l'œuvre du Conseil constitutionnel.

La révolution annoncée par l'idée de constitutionnalisation des branches du droit a-t-elle eu lieu ? Le lecteur verra que la réponse n'est en rien uniforme. Tantôt, le Conseil fait remonter au niveau constitutionnel des solutions, voire des principes acquis de longtemps, tantôt au contraire il les remet en cause au nom des

exigences de la hiérarchie des normes. Tantôt sa jurisprudence conforte des jurisprudences constantes, tantôt elle les ébranle.

Privatistes et publicistes ne réagissent pas nécessairement de manière identique à son intervention, en quelque sens qu'elle opère. Les premiers acceptent parfois difficilement l'intrusion d'une instance qui impose au législateur procédant de l'expression démocratique du peuple des solutions qui ne découlent des règles constitutionnelles qu'au terme d'une interprétation dont ils contestent la légitimité. Les seconds, plus familiers de la théorie et de la pratique de la justice constitutionnelle, font plutôt porter leurs critiques sur la faible qualité de la motivation des décisions, les variations de la jurisprudence et la pauvreté des fondements théoriques qui caractérise regrettablement le Conseil constitutionnel. Mais on laisse au lecteur le soin de découvrir que les rôles peuvent s'échanger aisément dans cette évaluation disciplinaire.

Alors que la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne ou le Conseil d'État français ont su, chacun avec son style propre, imposer l'autorité d'une jurisprudence dont on peut contester certaines manifestations, mais en aucun cas le sérieux et la qualité juridique, le Conseil constitutionnel n'est tout simplement pas au niveau que les citoyens – et les juristes – d'un État qui se proclame de droit sont fondés à attendre d'une juridiction investie d'une telle mission. Les faiblesses insignes de sa composition, l'absence d'un véritable greffe dont l'omnipotent secrétaire général ne peut tenir lieu, la brièveté des délais qui lui sont impartis pour statuer handicapent gravement l'institution : les preuves en sont ici apportées par les contributeurs de ce colloque. Il faut ajouter que la lecture des comptes-rendus des délibérations, désormais disponibles sur le site du Conseil constitutionnel, confirme encore les insuffisances de l'institution, qu'il s'agisse de poser exactement les problèmes à résoudre ou d'en explorer les enjeux proprement juridiques.

Olivier Beaud, Philippe Conte, Patrick Wachsmann

Dominique Fenouillet

La jurisprudence du Conseil constitutionnel en droit civil des personnes Promotion ou déformation ?

1. – Dès 1997, Nicolas Molfessis, dans la thèse qu'il soutenait sur « Le Conseil constitutionnel et le droit privé¹ », soulignait que la constitutionnalisation du droit privé chère aux constitutionnalistes allait de pair avec une privatisation du droit constitutionnel, le Conseil empruntant souvent au droit privé, par exemple en droit des sociétés. Les décisions rendues depuis cette date confirment-elles l'analyse en droit civil des personnes ?

2. – Le droit civil des personnes sera entendu comme incluant toutes les questions qui relèvent du Livre I^{er} du Code civil, c'est-à-dire les droits civils, les actes de l'état civil, le domicile, l'absence, le sexe, les noms et prénoms, l'âge, la capacité, les institutions familiales. Bref, on traitera du statut du sujet dans la société civile, et non du citoyen, ce qui renvoie à de multiples questions concrètes, telles la personnalité juridique, le statut du corps, les libertés civiles (liberté de conscience, liberté de disposer de son corps², etc.), la vie privée, la présomption d'innocence, mais aussi l'état civil, individuel (nom, prénom, domicile, âge, sexe, etc.) et familial de la personne, ce qui renverra au droit de la famille, dans ses aspects extra-patrimoniaux du moins³. Les questions de nationalité⁴ et celles de statut civil local seront laissées de côté, parce qu'elles relèvent, les premières du droit des étrangers, les secondes de l'unité de législation sur le territoire national.

¹ N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. GOBERT, Paris, LGDJ, 1997.

² Voir en ce sens CC, 27 juin 2001, cons. 20 : « la possibilité pour la femme enceinte que son état place en situation de détresse de demander l'interruption de sa grossesse » et « les conditions d'exercice de l'autorité parentale lorsque la femme est mineure non émancipée » « se rattachent [...] au droit des personnes et donc au droit civil ». Cf. *ibid.*, « la liberté, pour le médecin, de refuser de pratiquer une interruption volontaire de grossesse » relève, selon le Conseil, des garanties des libertés publiques. Liberté, certainement en ce que ce refus procède de l'exercice de la liberté de conscience, publique, sans doute, en ce qu'il est opposable à l'État dans le service public hospitalier, mais civile aussi, en ce sens qu'un tel refus jouera dans la relation médicale interpersonnelle nouée entre le médecin et la patiente.

³ Voir en ce sens CC, 13 mai 2013, cons. 20 : « les règles relatives au mariage relèvent de l'état des personnes ».

⁴ On les envisagera toutefois lorsqu'elles sont en lien avec des questions de filiation, ou de mariage, etc. Sur la nationalité, voir R. SCHWARTZ, « Constitution et nationalité », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, *La Constitution et le droit des personnes et de la famille*, avril 2013 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-39/constitution-et-nationalite.136897.html>].

3. – Il y a encore une dizaine d’années, on pouvait penser que l’impact de la jurisprudence constitutionnelle resterait finalement assez limité. Certes, la Décision du 16 juillet 1971, qu’on présente souvent comme fondatrice du Conseil constitutionnel gardien des libertés publiques, concernait une question de droit privé, et même de droit civil des personnes, puisqu’elle avait trait aux conditions auxquelles la loi peut subordonner l’acquisition, par une association, de la personnalité juridique. Mais elle n’était généralement pas considérée sous cet angle, les auteurs l’appréhendant généralement sous l’angle d’une liberté publique, la liberté d’association. Certes encore, il y avait bien eu quelques grandes décisions : la décision du 15 janvier 1975 sur l’interruption de grossesse⁵, celle du 12 janvier 1977 sur l’inviolabilité du domicile, celle des 12 et 13 août 1993 sur la liberté du mariage, celle du 27 juillet 1994 sur le corps humain, celle du 15 novembre 1999 sur le pacs, celle du 27 juin 2001 sur l’interruption volontaire de grossesse. Mais le droit civil des personnes n’avait pas été ébranlé, et les règles avaient même pour l’essentiel échappé à la saisine du Conseil constitutionnel.

4. – Le phénomène puisait à diverses sources. L’optimiste y voyait le reflet de la parfaite constitutionnalité d’un droit civil des personnes rajeuni et désormais respectueux des droits fondamentaux. Le pessimiste y lisait la marque de l’indifférence de nos députés et sénateurs pour les questions de droit civil des personnes : mais qui donc peut s’intéresser à l’état civil, cette matière réputée aride et vieillotte, suffisamment pour être largement oubliée de nos enseignements universitaires, quand elle n’est pas massacrée en quelques heures en première année de droit ? En toutes hypothèses, on pouvait partager le regret des spécialistes de la matière⁶, qui faisaient valoir combien ce droit suscitait beaucoup de questions délicates qui auraient mérité plus d’attention.

5. – Mais les temps ont changé, sous l’influence de deux facteurs, intimement liés, la prégnance des droits fondamentaux d’abord, l’introduction d’une question prioritaire de constitutionnalité ensuite. En 2012, un auteur recensait une vingtaine de décisions QPC rendues en droit de la famille, soulignant que la Cour de cassation jouait le jeu de la transmission au Conseil des questions pertinentes, mais que la jurisprudence constitutionnelle restait moins importante dans ce domaine que dans d’autres, tels le droit pénal, le droit fiscal, etc.⁷. L’analyse conserve sa pertinence aujourd’hui même si l’on ajoute à cette recension, d’une part, toutes les décisions déjà rendues sur des questions non familiales mais en lien avec le droit civil des personnes (personnalité juridique, capacité, corps humain, vie privée, etc.) et, d’autre part, toutes les décisions postérieures, dont certaines étaient très attendues et ont été très commentées. On songe naturellement à la décision intervenue le 17 mai 2013 relative à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de

⁵ Certes, les règles se trouvent dans le Code de la santé publique. Mais au fond, les textes encadrent la liberté qu’a la femme en son corps, et le statut qu’a l’embryon, deux questions qui relèvent certainement du droit civil défini dans le texte.

⁶ J. HAUSER, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, *Le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit*, juin 2004 [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-16/le-conseil-constitutionnel-et-le-droit-de-la-famille.51973.html].

⁷ J.-F. DE MONTGOLFIER, « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », *L’actualité juridique. Famille*, 2012, p. 578.

même sexe⁸, ou encore à celle rendue sur QPC le 18 octobre 2013 et déniait aux officiers d'état civil toute clause de conscience en la matière⁹.

6. – De cette matière jurisprudentielle, le droit civil des personnes ressort-il indemne ou bouleversé, défiguré ou amélioré ? Certains trouvent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel de nombreux signes d'un non-interventionnisme¹⁰ respectueux de la démocratie et qui signerait le retour à la philosophie originelle des droits de l'homme¹¹, quand d'autres dénoncent une « autocratie juridique », à mille lieues de la « démocratie constitutionnelle » escomptée. Certains concluent à l'existence d'une jurisprudence « plutôt conservatrice », mais craignent la naissance de conflits avec la multiplication des procédures juridictionnelles de protection des droits fondamentaux¹². D'autres applaudissent « l'ère d'un véritable contrôle juridictionnel, solidement argumenté sur la base des droits et libertés fondamentaux¹³ », ou soulignent la réalité d'un dialogue des juges et la « cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille¹⁴ ».

7. – Une analyse précise nous porte à une conclusion en demi-teinte, car elle livre une sorte de tableau impressionniste. Le civiliste constate d'abord que certains principes et prérogatives constitutionnalisés existent d'ores et déjà dans sa matière, et dans sa bible, le Code civil : la vie privée¹⁵, la dignité, etc. Il relève aussi que de

⁸ Déc. n° 2013-669 DC, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

⁹ Déc. n° 2013-353 QPC, M. Franck M. et autres (Célébration du mariage, Absence de « clause de conscience » de l'officier d'état civil).

¹⁰ F. MONÉGER, « Le Conseil constitutionnel et l'état des personnes », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, *La Constitution et le droit des personnes et de la famille*, avril 2013 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahier-n-39/le-conseil-constitutionnel-et-l-Etat-des-personnes.136898.html>].

¹¹ F. CHÉNÉDÉ et P. DEUMIER, « L'œuvre du législateur, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, *La Constitution et le droit des personnes et de la famille*, avril 2013 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahier-n-39/l-oeuvre-du-parlement-la-part-du-conseil-constitutionnel-en-droit-des-personnes-et-de-la-famille.136895.html>].

¹² V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La question prioritaire de constitutionnalité en droit civil, quels risques ? », in *Mélanges J. Hauser*, Paris, LexisNexis/Dalloz, 2012, p. 273 *sqq.*

¹³ P. MURAT, « La Constitution et le mariage : regard d'un privatiste », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, *La Constitution et le droit des personnes et de la famille*, avril 2013 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahier-n-39/la-constitution-et-le-mariage-regard-d-un-privatiste.136896.html>].

¹⁴ A. GOUTTENOIRE, « La cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, *La Constitution et le droit des personnes et de la famille*, avril 2013 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahier-n-39/coherence-des-contrôles-de-conventionnalite-et-de-constitutionnalite-en-matiere-de-droit-des-personnes-et-de-la-famille.136899.html>].

¹⁵ V. MAZEAUD, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 48, *Vie privée*, juin 2015, p. 7 *sqq.* ; S. CANAS, « L'influence de la fondamentalisation du droit au respect de la vie privée sur la mise en œuvre de l'article 9 du Code civil », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 48, *Vie privée*, juin 2015, p. 47-58.

nombreuses questions sont absentes, ou peu présentes, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, alors pourtant qu'elles sont essentielles pour les droits fondamentaux : ainsi de l'attribution de la personnalité juridique, ainsi du statut civil spécifique des majeurs protégés et des mineurs, ainsi des questions relatives à l'état civil individuel (hormis la question de la nationalité). Il lui semble également que les questions abordées le sont dans des termes qui lui paraissent parfois un peu étranges : ainsi donc, la liberté de conscience serait une liberté publique, quand la liberté qu'a une femme de recourir à une interruption de grossesse serait une liberté personnelle ? Mais il se rassure en constatant que cela ne conduit pas à des bouleversements de sa matière. En somme, le droit civil des personnes n'aurait pas grand-chose à attendre de cette jurisprudence constitutionnelle, ni en bien, ni en mal.

8. – Une recherche un peu méthodique confirmera cette impression mitigée. La jurisprudence constitutionnelle nous semble conduire à un enrichissement limité du droit civil (I) en assurant sa promotion hiérarchique, ce qui permet à l'esprit civil de se propager hors le droit civil, sans vraiment modifier les solutions qu'il retient. Mais elle procède aussi à une déformation du droit civil des personnes. La doctrine l'a très tôt souligné en matière familiale : la jurisprudence constitutionnelle se développe en marge du cadre civil de pensée qui préside notamment au droit de la famille (II)¹⁶. Et au-delà de cette question institutionnelle, n'est-ce pas à une reconfiguration formelle du droit civil des personnes que l'on assiste (III) ? Chacun connaît l'article 4 de la Constitution de 1958 : comment se peut-il que cette matière, que notre Texte constitutionnel attribue en propre au législateur, soit aujourd'hui à ce point entre les mains du pouvoir réglementaire et, surtout, du juge ?

I. UN ENRICHISSEMENT LIMITÉ DU DROIT CIVIL DES PERSONNES

9. – La jurisprudence constitutionnelle enrichit les normes du droit civil des personnes (A) mais elle ne modifie guère les solutions pratiques que ce droit consacre (B), ce qui semble assez paradoxal.

A. Un double enrichissement normatif

10. – Il est quantitatif (1) et surtout qualitatif (2).

1. Un enrichissement quantitatif

11. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel enrichit le droit civil des personnes en comblant ses éventuelles lacunes, soit que le Conseil explicite des principes, droits et libertés sous-jacents, soit qu'il crée purement et simplement de nouveaux principes et nouvelles prérogatives.

a) L'explicitation

12. – Au titre des principes explicités, on évoquera d'abord le principe d'égalité, que le Code civil exprimait, dès 1804, sous une formule elliptique : « tout français

¹⁶ J. BOULOUIS, « Famille et droit constitutionnel », in *Mélanges P. Kayser*, t. 1, Aix-en-Provence, PUAM, 1979, p. 147 *sqq.* ; E. MILLARD, « Le droit constitutionnel de la famille », M. VERPEAUX (dir.), *Code civil et Constitution(s)*, Paris, Economica, 2005, p. 65 *sqq.*

jouira des droits civils » (art. 11), et auquel le Conseil constitutionnel¹⁷ confère une tout autre portée¹⁸, symboliquement en se référant au texte constitutionnel, qui prohibe explicitement certaines discriminations (l'origine, la race, la religion¹⁹, les croyances et le sexe²⁰) et, pratiquement, en étendant le champ de l'égalité, qu'il s'agisse de ses destinataires (puisque le principe d'égalité bénéficie à tous les Français, mais déploie aussi potentiellement ses effets, au-delà, au profit des étrangers, et s'impose à l'État, qui doit non seulement assurer une égale jouissance des droits civils, mais aussi veiller au respect de l'égalité dans l'exercice des droits dans les relations privées, par exemple en droit de la famille, du travail), ou de son objet (au-delà du statut civil, l'égalité des personnes s'exprime en matière commerciale, pénale, sociale, etc.).

13. – Au titre des prérogatives explicitées, on pourra citer de multiples exemples, tant il est vrai que le Code civil de 1804 restait peu disert sur les droits extra-patrimoniaux et libertés civiles. Sans doute les réformes successives ont-elles intégré divers droits dans le Livre I^{er} du Code civil : droit à la vie privée en 1970 (art. 9), droit à la présomption d'innocence en 1993 (art. 9-1), droit au respect de son corps en 1994 (art. 16-1). La Constitution civile de la France n'en reste pas moins silencieuse sur le versant « libertés civiles ». Rien sur les libertés de l'esprit, qu'il s'agisse de la liberté d'opinion²¹, de la liberté d'expression, de la liberté de communication des pensées et opinions²², de la liberté de conscience²³ ; rien sur la liberté

¹⁷ Déc. n° 73-51 DC, 27 décembre 1973.

¹⁸ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle*, préf. G. Vedel, Paris, Economica, 1996 ; F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*, octobre 2010 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-29/le-principe-d-egalite-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-quelles-perspectives-pour-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite.52731.html>].

¹⁹ Const. 1958, Art. 1^{er} : « Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

²⁰ Préambule de la Constitution de 1946, al. 1^{er} (« le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ») et al. 3 (« La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme. »).

²¹ Déc. n° 77-87 DC, 23 novembre 1977, cons. 5 et 6.

²² Affirmation de sa valeur constitutionnelle sur le fondement de l'article 11 DDHC, dès 1984 (Déc. n° 84-181 DC, 11 octobre 1984, cons. 36 et 37), solution constante depuis (ex. récemment au sujet du délit d'entrave à l'interruption de grossesse : Déc. n° 2017-747 DC du 16 mars 2017).

²³ Après y avoir vu un PFRLR en 1977 (Déc. n° 1977-87 DC, préc., cons. 5), le Conseil constitutionnel la rattache directement à ces textes, sans passer par la qualification de PFRLR : Déc. n° 2013-353 QPC, 18 octobre 2013, M. Franck M. et autres, cons. 7.

d'aller et venir²⁴ ou sur la liberté d'association²⁵ ; rien non plus sur la liberté de la vie personnelle²⁶, qu'il s'agisse de la liberté sexuelle, de la liberté de se marier (ou pas)²⁷, de la liberté de divorcer²⁸, de la liberté de refuser des soins²⁹, de la liberté d'interrompre une grossesse, etc. Ce silence est regrettable, car ces libertés n'engagent pas seulement le rapport de l'État au citoyen mais s'ancrent aussi dans les relations civiles, qu'il s'agisse des relations familiales, de travail, contractuelles, électroniques, etc. Cela ne signifie pas que le droit civil ne les protège pas, ce qu'il illustre parfaitement la matière familiale, loi et jurisprudence conciliant tant bien que mal les libertés antagonistes éventuelles des uns et des autres : liberté d'aller et venir de l'enfant et liberté éducative des parents, libertés de conscience réciproques de l'enfant et de ses parents, liberté sexuelle de chaque conjoint. Mais le Code civil lui-même ne dit rien, explicitement, de ces libertés. D'où la possibilité de voir dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel un enrichissement du droit civil des personnes.

b) La création

14. – De surcroît, le juge constitutionnel n'hésite pas à créer de nouveaux principes, droits et libertés, et cet enrichissement régulier de la liste des droits fondamentaux ne reste généralement pas sans écho en droit civil, notamment des personnes.

15. – Quelques exemples l'illustreront : le droit à la vie familiale créé par la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, au sujet de la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, dans les pas de la Cour de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales ; le droit à la présomption d'innocence, apparu dès 1981 dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel³⁰, explicitement rattaché à l'article 9 de la Déclaration

²⁴ Affirmation de sa valeur constitutionnelle sur le fondement des articles 2 et 4 DDHC : Déc. n° 79-107 DC, 12 juillet 1979, cons. 3. Rattachement à la liberté individuelle en 1992 et 1993 : Déc. n° 92-307 DC, 25 février 1992, cons. 13 ; Déc. n° 93-325 DC, 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, cons. 3 ; rattachement explicite aux articles 2 et 4 DDHC : Déc. n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure, cons. 8.

²⁵ Érigée en PFRLR par la célèbre décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association, cons. 2.

²⁶ Créée par le Conseil pour protéger la vie privée en échappant à la liberté individuelle (Déc. n° 88-244 DC, 20 juillet 1988, Loi portant amnistie), sur le fondement des art. 2 et 4 DDHC. G. ARMAND, « Que reste-t-il de la liberté individuelle ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/1, n° 65, p. 37-72 ; H. ROUSSILLON et X. BIOY (dir.), *La liberté personnelle, Une autre conception de la liberté*, préf. de B. Genevois, Toulouse, PUSS, 2006.

²⁷ Rattachée à la liberté individuelle en 1993 (Déc. n° 93-325 DC, préc., cons. 107), la liberté du mariage procède désormais de la liberté personnelle qui découle des articles 2 et 4 DDHC (Déc. n° 2003-484 DC, 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration..., cons. 94).

²⁸ Déc. n° 2016-557 QPC, 29 juillet 2016, M. Bruno B., cons. 5 : « Il résulte (des articles 2 et 4 DDHC) une liberté pour chacun de se marier ainsi qu'une liberté de mettre fin aux liens du mariage, composantes de la liberté personnelle ».

²⁹ Déc. n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, Melle Danielle S., cons. 32.

³⁰ Déc. n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, cons. 33.

de 1789 en 1989³¹, et introduit dans le Code civil par la loi du 4 janvier 1993 ; le droit à bénéficier d'un logement décent, érigé en objectif constitutionnel en 1995 sur le fondement associé du principe de dignité et des alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946³² ; le droit à la protection des données personnelles, consacré à titre autonome sur le fondement de l'article 2 de la DDHC depuis 2012³³ ; le droit à un environnement sain explicité à l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement, et dont le Conseil constitutionnel a jugé qu'il s'imposait à tous³⁴ ; ou encore la liberté d'accéder à internet fondée sur la liberté de communication des pensées et opinions³⁵.

16. – On soulignera que cet enrichissement reste limité, à deux titres. D'une part, demeurent, en droit civil, des droits et libertés qui n'ont pas encore d'équivalent constitutionnel : ainsi du droit à l'honneur, ainsi du droit au nom, etc. D'autre part, l'enrichissement constitutionnel reste en retrait au regard du droit européen, comme l'illustre notamment le droit reconnu à chacun de décider du moment et des modalités de sa mort que la Cour européenne a tiré progressivement du droit à la vie privée³⁶, retrait qui puise sans doute à de multiples raisons, parmi lesquelles notamment les différences de modalités de saisine des deux juridictions, l'âge des textes constitutionnels et la modernité des textes européens, la proximité du Conseil constitutionnel et du législateur français et la plus grande distance de la Cour européenne, etc.

2. Un enrichissement qualitatif

17. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel conduit ensuite à l'enrichissement qualitatif du droit des personnes car la constitutionnalisation renforce les principes et prérogatives du droit civil (a) et leur permet ensuite de rayonner et de surplomber les autres droits (b).

³¹ Rattachement jamais démenti depuis : Déc. n° 89-258 DC, 8 juillet 1989, cons. 10.

³² Déc. n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, loi relative à la diversité de l'habitat ; Déc. n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions ; Déc. n° 2015-517 QPC, 22 janvier 2016, Fédération des promoteurs immobiliers. En associant la dignité aux alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946 pour fonder cet objectif de valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel manie habilement les textes pour faire œuvre créatrice. Sur le lien avec la dignité, voir O. DUPÉRÉ, *Dignité de la personne humaine et logement décent*, commentaire de la décision n° 2015-517.

³³ Déc. n° 2012-652 DC, 22 mars 2012, Loi relative à la protection de l'identité, cons. 8. Adde Déc. n° 2014-690 DC, 13 mars 2014.

³⁴ Voir ainsi affirmant que les droits et obligations consacrés aux articles 1^{er} et 2 de la Charte s'imposent non seulement aux pouvoirs publics et aux autorités administratives mais également à l'ensemble des personnes : Déc. n° 2011-116 QPC, 8 avril 2011, Michel Z. et Catherine J., cons. 5.

³⁵ Déc. n° 2009-580 DC, du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, cons. 12.

³⁶ Voir, dans une longue série qui illustre la politique européenne des petits pas, CEDH, *Pretty c/ RU*, 29 avril 2002, n° 2346/02 ; CEDH, *Haas c/ Suisse*, 20 janvier 2011, n° 31322/07 ; CEDH, *Koch c/ Allemagne*, 19 juillet 2012, n° 497/09 ; CEDH, *Gross c/ Suisse*, 30 septembre 2014, n° 67810/10 ; CEDH, *Lambert et autres c/ France*, 5 juin 2015, n° 46043/14.

a) Le renforcement normatif de principes et prérogatives civils

18. – Le Conseil a constitutionnalisé des principes de droit civil des personnes. On songe aussitôt au principe de dignité, auquel il a conféré valeur constitutionnelle sur le fondement de l'alinéa 1^{er} du Préambule de la Constitution de 1946, dans la célèbre décision du 27 juillet 1994³⁷. Dans la même lignée, on rappellera le renforcement des principes du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie³⁸, de l'intégrité du patrimoine génétique, de la non patrimonialité du corps et de l'inviolabilité du corps³⁹, que cette même décision de 1994 a réalisé en considérant qu'ils concouraient au principe de dignité, qui a lui-même valeur constitutionnelle⁴⁰. Mais on pourra aussi citer l'intérêt de l'enfant, dont le droit civil fait explicitement grand cas en matière d'autorité parentale, de gestion des biens du mineur ou d'adoption, et que le Conseil a érigé en « exigence à valeur constitutionnelle » s'agissant du prononcé de l'adoption, dans la célèbre décision rendue le 17 mai 2013 au sujet de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, sur le fondement de l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946⁴¹.

19. – Cette constitutionnalisation a également trouvé à s'appliquer à des droits et libertés explicitement consacrés par le droit civil : ainsi du droit à la vie privée⁴², introduit en 1970 dans le Code civil avant d'être constitutionnalisé par le Conseil constitutionnel, sur le fondement de la « liberté individuelle » d'abord⁴³, de la liberté personnelle ensuite⁴⁴ ; ainsi du droit à l'inviolabilité du domicile, protégé dans un premier temps sur le fondement de la liberté individuelle avant de l'être sur le fondement des articles 2 et 4 DDHC⁴⁵, etc.

20. – Une telle constitutionnalisation peut apparaître comme un enrichissement qualitatif, à un double titre. À titre symbolique, d'abord, en ce sens que la constitutionnalisation en plaçant tel droit ou liberté dans le corpus constitutionnel, lui donne une importance renforcée dans le monde idéal des juristes, mais aussi dans

³⁷ Déc. n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, cons. 2 : « Le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. La sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits et constitue un principe à valeur constitutionnelle ».

³⁸ Sur les limites duquel voir *infra*, n°s 26 et 29.

³⁹ Déc. n° 2003-467 DC, préc.

⁴⁰ Voir cons. 18. Adde Déc. n° 2004-498 DC, 29 juillet 2004, Loi relative à la bioéthique ; Déc. n° 2013-674 DC, 1^{er} août 2013, Loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

⁴¹ Déc. 2013-669 DC, 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, cons. 53 et 54.

⁴² V. MAZEAUD, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », art. cité.

⁴³ Déc. n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, cons. 3.

⁴⁴ Déc. n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle, cons. 45. Fondement constant depuis lors.

⁴⁵ Déc. n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, cons. 4 ; Déc. n° 2013-679 DC, 4 décembre 2013, cons. 38.

les représentations collectives. À titre pratique ensuite, dans la mesure où en conférant à tel principe et telle prérogative civils une valeur constitutionnelle, le Conseil lui confère une prééminence hiérarchique par rapport aux principes et prérogatives dépourvus de cette valeur constitutionnelle, le résultat étant, concrètement, que ces principes et prérogatives s'imposent ensuite à la loi « simple », au règlement et, de façon générale, aux sources infra-législatives.

b) La jurisprudence constitutionnelle, source d'un « super droit » des personnes

21. – Ce renforcement normatif conduit à une métamorphose du droit civil des personnes : alors qu'il était, hier, le socle sur lequel étaient bâtis les autres droits, il tend à se transformer pour partie aujourd'hui en un « super droit », qui surplombe toutes les matières et leur dicte sa loi.

22. – Ainsi, la dignité domine-t-elle désormais le droit de la santé publique (les textes relatifs à l'interruption de grossesse⁴⁶ et aux recherches sur l'embryon⁴⁷ lui ont été confrontés), le droit pénal et pénitentiaire (conditions de vie carcérales⁴⁸, conditions et modalités des enquêtes et informations judiciaires⁴⁹), le droit des étrangers (conditions d'entrée et de séjour des étrangers⁵⁰), les dispositions relatives au logement (qu'il s'agisse des relations bailleurs/locataires⁵¹, entreprises donneuses d'ordre/sous-traitants/travailleurs⁵², etc.⁵³), etc. Plus frappant encore peut-être, le principe d'égalité entre sujets de droit dirige désormais les réformes normatives et s'exprime partout, en droit civil patrimonial (par exemple en droit de la responsabilité ou en droit des régimes matrimoniaux), mais aussi ailleurs, en droit de la consommation, en droit des affaires, en droit pénal, en droit fiscal, en droit social, etc. Et le même rayonnement caractérise les prérogatives civiles du sujet. Ainsi, la liberté du mariage et le droit à la vie privée et familiale (associés le

⁴⁶ Déc. n° 2001-446 DC, 27 juin 2001, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, cons. 5 ; Déc. n° 2014-700 DC, 31 juillet 2014, Loi pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes, cons. 4 ; Déc. n° 2015-727 DC, 21 janvier 2016, Loi de modernisation de notre système de santé.

⁴⁷ Déc. n° 2013-674 DC, préc., cons. 16 et 17 ; Déc. n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, préc., cons. 85.

⁴⁸ Déc. n° 2009-593 DC, 19 novembre 2009, Loi pénitentiaire, « il appartient au législateur de déterminer les conditions et les modalités d'exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne » ; Déc. n° 2013-320/321 QPC, 14 juin 2013, M. Yacine T. et autres ; Déc. n° 2014-393 QPC, 25 avril 2014, M. Angelo R ; Déc. n° 2015-485 QPC, 25 septembre 2015, M. Johnny M.

⁴⁹ Déc. n° 2010-25 QPC, 15 septembre 2010, M. Jean-Victor C. ; Déc. n° 2013-320/321 QPC, préc. ; Déc. n° 2014-393 QPC, 25 avril 2014, M. Angelo R.

⁵⁰ Voir par ex. Déc. n° 96-377 DC, 16 juillet 1996, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme.

⁵¹ Ex. Déc. n° 2012-660 DC, 17 janvier 2013, Loi relative à la mobilisation du foncier public... ; Déc. n° 2014-691 DC, 20 mars 2014, Loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

⁵² Déc. n° 2015-517 QPC, préc.

⁵³ Déc. n° 94-359 DC, préc. ; Déc. n° 98-903 DC, du 29 juillet 1998, Loi relative à la lutte contre les exclusions ; Déc. n° 2000-436 DC, 7 décembre 2000, Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains ; Déc. n° 2015-470 QPC, du 29 mai 2015, Société SAUR SAS.

cas échéant au principe d'égalité) s'imposent-ils au droit des étrangers : regroupement familial⁵⁴, attribution et renouvellement de carte de séjour⁵⁵, conditions d'octroi et de retrait de la nationalité française⁵⁶.

23. – De même, la protection due au mineur à raison de sa faiblesse supposée trouve-t-elle à s'exprimer en matière pénale, le droit pénal des mineurs étant passé au crible du principe fondamental des lois de la République de « l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge » et de « la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées⁵⁷ ».

24. – De même, le principe d'égalité est-il très fréquemment invoqué⁵⁸, et de plus en plus⁵⁹, et dans tous les domaines : droit des étrangers, droit fiscal, droit de la famille, droit pénal, droit social, droit des affaires, etc.

25. – Encore faut-il observer que cet enrichissement normatif ne s'est guère traduit sur le terrain pratique.

B. Une relative neutralité pratique

26. – Le principe de dignité illustre remarquablement cette distance entre l'enrichissement normatif, réel, auquel conduit la jurisprudence constitutionnelle, et son impact pratique, souvent limité, sur les solutions positives. On ne peut manquer en effet d'être frappé du contraste existant entre, d'une part, le nombre assez considérable de décisions ayant eu à traiter de l'impact potentiel du principe de dignité depuis la célèbre décision du 27 juillet 1994⁶⁰ (une cinquantaine) et la grande diversité des dispositions attaquées sur son fondement (voir *supra*, n° 22 : textes relatifs à l'interruption de grossesse, à l'assistance médicale à la procréation, aux recherches sur l'embryon, au logement, aux conditions de vie carcérales, aux conditions et modalités des enquêtes et informations judiciaires, aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers, etc.) et, d'autre part, l'incidence pratique quasi

⁵⁴ Ex. Déc. n° 93-325 DC, préc.

⁵⁵ Ex. Déc. n° 2013-358 QPC, 29 novembre 2013, M. Azdine A. ; Déc. n° 2013-312 QPC, 22 mai 2013, M. Jory Orlando T.

⁵⁶ Ex. Déc. n° 2003-484 DC, préc.

⁵⁷ Ex. Déc. n° 2002-461 DC, 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice.

⁵⁸ Près de six cents décisions sont recensées sur le site internet du Conseil sous cet item, ce qui inclut aussi bien les décisions dans lesquelles le grief était formulé par le requérant que celles où il a été examiné par le Conseil constitutionnel.

⁵⁹ Le principe, qui était invoqué dans une moyenne variant entre une et dix décisions par an entre 1975 et 1997, l'a été entre six et quatorze décisions par an entre 1998 et 2009, mais entre trente-cinq et cinquante-huit décisions par an depuis cette date...

⁶⁰ Déc. n° 94-343/344 DC, préc., cons. 2 : « Le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. La sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits et constitue un principe à valeur constitutionnelle ».

nulle de ce principe, puisqu'aucun texte ne semble avoir été censuré sur ce fondement⁶¹, la prudence du Conseil constitutionnel s'expliquant peut-être pour partie par les mises en garde de ceux qui dénoncent le risque d'un ordre moral, à rebours de la fonction du Conseil, qui consisterait à protéger les libertés individuelles.

27. – Le bilan est, il est vrai, un peu plus conséquent s'agissant du principe d'égalité, qui conduit à des censures un peu plus fréquentes⁶². Il n'en demeure pas moins que les censures n'ont rien de systématique, comme le droit de la famille l'illustre parfaitement, le principe d'égalité étant souvent invoqué, mais ne conduisant guère à des déclarations d'inconstitutionnalité, et ce qu'il s'agisse du droit civil⁶³ ou des droits non civils de la famille⁶⁴. La raison étant, soit que le Conseil ne voit pas dans la disposition considérée une atteinte à l'égalité, soit qu'il estime qu'une telle atteinte existe, mais qu'elle est justifiée : pour reprendre la célèbre formule, il se borne à faire ici application de sa jurisprudence, selon laquelle le principe d'égalité

ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit⁶⁵.

28. – Par où apparaît la nécessité d'essayer de vérifier, un peu plus méthodiquement⁶⁶, l'impact pratique de la jurisprudence constitutionnelle en droit civil des

⁶¹ « Commentaire de la décision 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, M. Jean-Victor C. », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30 [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/201025QPCccc_25qpc.pdf]

⁶² Ex. Déc. n° 2013-360 QPC, 9 janvier 2014, Mme Jalila K., Perte de la nationalité française par acquisition d'une nationalité étrangère, égalité entre les sexes.

⁶³ Il n'est pas contraire à l'égalité de fixer deux dates différentes au changement de régime matrimonial, selon qu'il procède de la seule volonté des époux ou d'une convention homologuée en justice : Déc. n° 2016-560 QPC, M. Pierre D., Date d'effet du changement de régime matrimonial en cas d'homologation judiciaire.

⁶⁴ Il n'est pas contraire à l'égalité d'admettre des distinctions entre les enfants, par exemple selon qu'ils sont majeurs ou mineurs pour faire produire un effet de nationalité à l'établissement de la maternité naturelle par le seul acte de naissance (Déc. no 2011-186/187/188/189 QPC, Mlle Fazia C. et autres, Effets sur la nationalité de la réforme de la filiation), ou selon qu'ils sont issus de tels ou tels lits pour répartir la pension de réversion (Déc. no 2013-348 QPC, 11 octobre 2003, Mme Henriette B., Répartition de la pension de réversion entre ayants cause de lits différentes), ou selon qu'ils ont bénéficié d'une adoption simple ou plénière pour fixer les droits de mutation (Déc. no 2013-361 QPC, 28 janvier 2014, Consorts P. de B., Droits de mutation pour les transmissions à titre gratuit entre adoptants et adoptés), d'attacher des conséquences différentes au lien de couple, selon qu'il s'agit d'un concubinage, d'un pacs, d'un mariage, tant en droit social, que fiscal (Déc. no 99-419 DC, 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité, cons. 43, 45), des étrangers, etc., (refus de la pension de réversion au couple non marié (Déc. no 2011-155 QPC, Mme Laurence L., Pension de réversion et couples non mariés), ou de distinguer entre couple marié et couple divorcé (refus de la pension militaire d'invalidité au conjoint divorcé : Déc. no 2013-324 QPC, Mme Micheline L., Droits du conjoint survivant pour l'attribution de la pension militaire d'invalidité), ou d'admettre des décharges fiscales différentes selon les causes de dissolution du mariage (Déc. no 2013-330 QPC, Mme Nicole B., Décharge de plein droit de l'obligation de paiement solidaire de certains impôts).

⁶⁵ Déc. n° 98-497 DC, 6 mars 1998, Loi relative au fonctionnement des conseils régionaux.

⁶⁶ Une analyse méthodique rigoureuse requiert un temps qui dépasse le cadre de cette contribution.

personnes. L'analyse confirmera l'hypothèse : cet impact est quasi nul s'agissant de la personnalité juridique et de l'état civil individuel (1) et reste limité en matière de capacité et d'état familial (2).

1. Personnalité juridique et état civil individuel

29. – La jurisprudence constitutionnelle relative à l'embryon donne à voir, d'un côté, le renforcement par le Conseil des principes fondamentaux de dignité et de respect de l'être humain dès le commencement de sa vie et, de l'autre, l'absence de conséquences pratiques de ce renforcement, le Conseil ayant systématiquement admis les dispositions qui ont conduit à une dégradation progressive de ce statut. Dès 1975, il lui refusait la personnalité juridique en jugeant que les dispositions autorisant sous conditions l'interruption de grossesse ne méconnaissaient pas le principe du Préambule de la Constitution de 1946 en vertu duquel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé (cons. 10) ; et s'il soulignait que l'article 1^{er} de la loi Veil rappelait le principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, il rejetait le grief d'inconstitutionnalité au motif que l'article 61 ne lui conférait pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement (cons. 1) et que la loi n'admettait qu'il soit porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elle définissait (cons. 9)⁶⁷. On pouvait attendre du renforcement du principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie opéré par la célèbre décision du 27 juillet 1994⁶⁸, qui a conféré à la dignité la force d'un principe à valeur constitutionnelle en se fondant sur le Préambule de la Constitution de 1946 (cons. 2) en même temps qu'elle faisait du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie un principe tendant à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine (cons. 18), une amélioration du statut de l'embryon. Mais rien de tel n'est survenu : le Conseil a validé, en 1994, la destruction de l'embryon congelé⁶⁹ ; en 2001, l'extension du délai pendant lequel une interruption volontaire de grossesse est autorisée de 10 à 12 semaines⁷⁰ ; en 2013, l'admission sous conditions de la recherche sur l'embryon⁷¹ ; en 2014, la suppression de la condition de détresse⁷² ; en 2016, la suppression du délai d'une semaine entre la demande de la femme et la confirmation de cette demande⁷³.

30. – Au-delà de cette question particulière du statut de l'embryon⁷⁴, on constate ce faible impact pratique de la constitutionnalisation du droit civil des personnes de façon générale. Ni la dignité, ni la primauté de la personne humaine, ni le respect

⁶⁷ Déc. n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse.

⁶⁸ Déc. n° 94-343/344 DC, préc.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Déc. 2001-446 DC, préc., cons. 5.

⁷¹ Déc. n° 2013-674 DC, préc., cons. 16 et 17.

⁷² Déc. n° 2014-700 DC, préc., cons. 4.

⁷³ Déc. 2015-727 DC, préc., cons. 43.

⁷⁴ Il est vrai que le droit civil est embarrassé lui aussi sur ce statut. Voir X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2003 ; A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La personne humaine. Étude visant à clarifier la situation en droit de l'enfant à naître*, Aix-en-Provence, PUAM, 2015.

de l'être humain dès le commencement de sa vie, ni l'égalité, n'ont conduit à remettre en cause une disposition législative civile s'agissant de la personnalité juridique ou de l'état civil : statut de la fin de vie⁷⁵, changement de sexe⁷⁶, acte d'enfant sans vie⁷⁷, pacte civil de solidarité⁷⁸, statut civil de droit local⁷⁹, nationalité⁸⁰, etc.

40. – Comment expliquer cette relative indigence pratique de la jurisprudence constitutionnelle ?

Elle s'explique sans doute pour partie par la teneur du droit civil des personnes, soucieux de droits et libertés fondamentaux. Mais l'explication n'est que partielle, car certaines dispositions à la constitutionnalité incertaine ont réussi à échapper à toute sanction, comme l'illustre la question du nom, qui posait de nombreux problèmes en termes d'égalité (des sexes, des couples, des parents, des enfants), de liberté (des majeurs, des mineurs⁸¹), etc.

Elle s'explique sans doute surtout par les conditions étroites de la saisine du Conseil constitutionnel avant l'instauration de la QPC, puisque le grief d'inconstitutionnalité était réservé aux députés et sénateurs, et que ceux-ci avaient malheureusement tendance à instrumentaliser cette saisine à des fins politiciennes et manifestaient une grande indifférence aux pures questions de droit civil⁸².

On impute parfois aussi la faiblesse de l'apport pratique de la jurisprudence du Conseil en droit des personnes à la prudence avec laquelle il bornerait son pouvoir, en rappelant qu'il ne bénéficie pas d'un pouvoir équivalent à celui du législateur, manifestant ainsi son souci de la démocratie. L'analyse de la jurisprudence ne confirme pas nécessairement cette interprétation (voir *infra*, n° 61).

⁷⁵ Déc. 2017-632 QPC, 2 juin 2017, Union nationale des associations des familles de traumatisés crâniens.

⁷⁶ Refus d'exiger une attestation médicale pour autoriser le changement de sexe : Déc. n° 2016-739 DC, 17 novembre 2016, Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

⁷⁷ Hier destiné à permettre l'identification du sujet grâce à des caractéristiques stables et objectives, l'état civil tend désormais aussi à permettre à chacun d'affirmer sa propre personnalité. D'où diverses revendications, certaines d'ores et déjà satisfaites, d'autres non : pouvoir de mentionner dans les registres l'existence d'un enfant né sans vie (Art. 79-1) ; pouvoir de modifier la mention du sexe qui y figure, en démontrant par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue (Art. 61-5) ; pouvoir d'y mentionner la religion, aujourd'hui exclue d'un état précisément qualifié de « civil » ; etc.

⁷⁸ Déc. n° 99-419 DC, préc. ; Déc. n° 2015-9 LOM, 21 octobre 2015 ; Déc. n° 2016-739 DC, 17 novembre 2016, Loi de modernisation de la Justice du XXI^e siècle. Adde Déc. n° 2013-358 QPC, préc. ; Déc. n° 2015-503 QPC, 4 décembre 2015, M. Gabor C.

⁷⁹ Déc. no 2003-474, 17 juillet 2003, Loi de programme pour l'Outre-Mer ; Déc. no 2013-669 DC, préc., cons. 89.

⁸⁰ La doctrine a souligné les limites de la jurisprudence constitutionnelle en matière de nationalité : en ce sens, voir R. SCHWARTZ, « Constitution et nationalité », art. cité.

⁸¹ Sur cet exemple, voir J. HAUSER, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », art. cité. La loi du 4 mars 2002 a instauré un choix des parents, procédant du lien de filiation, sans lien avec l'exercice de l'autorité parentale, ce qui révèle que le choix du nom est destiné à satisfaire l'intérêt des adultes, solution discutable à l'heure des droits de l'enfant et alors que le Conseil a dit en 2013 que son intérêt était un PFRLR ! Quant à la loi du 23 décembre 1985, c'est aux parents exerçant l'autorité qu'elle a conféré le droit de choisir un nom d'usage pour l'enfant.

⁸² En ce sens, voir J. HAUSER, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », art. cité.

2. Capacité et état familial

41. – La jurisprudence constitutionnelle n'est pas dépourvue de toute conséquence en matière de capacité. Le Conseil a ainsi déclaré contraire à l'égalité le droit de prélèvement que la loi du 14 juillet 1819 ouvrait à l'héritier français en cas de partage d'une même succession avec un cohéritier étranger, pour compenser la loi étrangère qui le priverait de droits sur les biens situés à l'étranger⁸³. Il a en outre émis quelques réserves d'interprétation, s'agissant de la capacité de recevoir à titre gratuit d'une association⁸⁴ ou de la capacité nuptiale du majeur sous curatelle⁸⁵.

42. – Mais, hormis ces décisions, l'analyse révèle que le droit civil des incapables n'a guère été modifié, dans son contenu pratique, par la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁸⁶.

Cela tient sans doute d'abord, là encore, à la relative rareté de saisines sur les dispositions purement civiles⁸⁷, rareté qui contraste avec le caractère quasi systématique des recours formés contre les textes du droit de la santé publique, du moins s'ils ont trait à l'hospitalisation sans consentement⁸⁸. On peut s'étonner, d'ailleurs,

⁸³ Déc. n° 2011-159 QPC, 5 août 2011, Mme Elke B. et autres (droit de prélèvement dans la succession d'un héritier français).

⁸⁴ Déc. n° 2014-424 QPC, 7 novembre 2014, Association Mouvement raélien international, dans le droit fil de CEDH, 15 janv. 2009, Ligue du monde islamique et Organisation mondiale du secours islamique c/ France, req. n° 36497/05.

⁸⁵ Déc. n° 2012-260 QPC du 29 juin 2012, M. Roger D. (mariage d'une personne en curatelle) : les dispositions civiles qui subordonnent le mariage du majeur sous curatelle à l'autorisation du curateur et permettent au majeur de saisir le juge en cas de refus, constituent des limites à la liberté du mariage, mais ces atteintes sont justifiées au motif « qu'eu égard aux obligations personnelles et patrimoniales qui en résultent », le mariage est « un acte important de la vie civile » : « en subordonnant le mariage d'une personne en curatelle à l'autorisation du curateur ou à défaut à celle du juge, le législateur n'a pas privé la liberté du mariage de garanties légales ; que les restrictions dont il a accompagné son exercice, afin de protéger les intérêts de la personne, n'ont pas porté à cette liberté une atteinte disproportionnée ».

⁸⁶ Sur le rejet du grief d'atteinte au principe d'égalité, voir Déc. n° 2011-136 QPC, Financement des diligences exceptionnelles accomplies par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Sur le rejet de l'atteinte au droit à la santé au motif que les mineurs et majeurs protégés sont exclus du jeu en ligne, et que les interdits n'y ont pas accès non plus, voir Déc. n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, cons. 34.

⁸⁷ Le seul grief d'inconstitutionnalité formulé à l'encontre de la loi du 5 mars 2007 avant promulgation avait trait à la procédure suivie (cavalier législatif) : Déc. n° 2007-552 DC, 1^{er} mars 2007, Loi portant réforme de la protection juridique des majeurs. Depuis sa promulgation, le droit civil des majeurs protégés a donné lieu à deux QPC, une qui reprochait l'encadrement étroit de l'action en nullité pour trouble mental après décès du contractant (art. 414-2), à laquelle le Conseil a répondu en jugeant que cette disposition limitait le droit à un recours effectif des héritiers pour une raison d'intérêt général (assurer la sécurité des actes et des transactions conclus par le défunt et éviter la difficulté de la preuve de son état mental), que cette limite était précisément fixée et ne faisait pas obstacle à l'exercice des actions en nullité de droit commun, si bien qu'elle était justifiée par l'intérêt général et proportionnée (Déc. n° 2012-288 QPC, 17 janvier 2013), l'autre qui reprochait au système de financement retenu de méconnaître l'égalité en laissant le cas échéant à la charge du majeur une partie de la somme due au mandataire judiciaire (Déc. n° 2011-136 QPC, préc.).

⁸⁸ Déc. n° 2008-562 DC, 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ; Déc. n° 2010-71, préc. ; Déc. n° 2011-135/140 QPC, 9 juin 2011, M. Abdellatif B. et autre (hospitalisation d'office) ; Déc. n° 2011-174

qu'aucun recours n'ait été formé contre la loi du 4 juillet 2001 qui a légalisé la stérilisation des handicapés mentaux (art. L. 2123-2 CSP). Cela tient peut-être aussi à la relative jeunesse du droit civil des personnes protégées et à la considération dont les droits fondamentaux ont joui à l'occasion des réformes entreprises en la matière. Sous cet angle, on comprend que le Conseil ait jugé le plus souvent les dispositions civiles conformes à la Constitution⁸⁹.

43. – La jurisprudence relative à l'état civil familial conduit à une conclusion un peu différente.

Les décisions y sont plus nombreuses. S'agissant du couple, l'essentiel du contentieux est relatif au mariage (une petite cinquantaine de décisions, en incluant le divorce⁹⁰) ; une petite dizaine de décisions a trait au concubinage⁹¹ ; trois décisions portent sur le pacs⁹². Bien souvent, sont en cause des dispositions non civiles, de droit social ou fiscal, de droit des étrangers ou de droit pénitentiaire, etc. Sur la petite dizaine de décisions relatives à la parenté, et plus exactement à la filiation car l'autorité parentale est assez peu concernée⁹³, cinq seulement portaient plus ou moins directement sur des questions de droit civil (impact de l'assistance médicale à la procréation⁹⁴, recours à l'identification génétique sur une personne décédée en matière de filiation⁹⁵, adoption réservée aux couples mariés⁹⁶, neutralité du pacte

QPC, 6 octobre 2011, Mme Oriette P. (hospitalisation d'office en cas de péril imminent) ; Déc. n° 2011-185 QPC, 21 octobre 2011, M. Jean-Louis C. (levée de l'hospitalisation d'office des personnes pénalement irresponsables) ; Déc. n° 2011-202 QPC, 2 décembre 2011, Mme Lucienne Q. (hospitalisation sans consentement antérieure à la loi n° 90-527 du 27 juin 1990) ; Déc. n° 2012-235 QPC, 8 février 2012, Association Cercle de réflexion et de propositions d'actions sur la psychiatrie (dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement) ; Déc. n° 2013-367 QPC, 14 février 2014, Consorts L. (prise en charge en unité pour malades difficiles des personnes hospitalisées sans leur consentement).

⁸⁹ Voir ainsi Déc. n° 2012-260 QPC, préc., cons. 8, affirmant que « les restrictions dont [le législateur] a accompagné [l']exercice [de la liberté matrimoniale], afin de protéger les intérêts de la personne, n'ont pas porté à cette liberté une atteinte disproportionnée ».

⁹⁰ Voir notamment Déc. n° 2011-151 QPC, 13 juillet 2011, M. Jean-Jacques C. ; Déc. n° 2014-398 QPC, 2 juin 2014, M. Alain D. ; Déc. n° 2015-488 QPC, 7 octobre 2015, M. Jean-Pierre E. ; Déc. n° 2016-557 QPC, préc. ; Déc. n° 2016-739 DC, 17 novembre 2016, Loi de modernisation de la justice au XXI^e siècle.

⁹¹ Voir notamment Déc. n° 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, Corinne C. et autres, cons. 8 ; Déc. 99-419 DC, préc. ; Déc. n° 2013-358 QPC, préc. ; Déc. n° 81-133 DC, 30 décembre 1981, Loi de finances pour 1982, cons. 4 à 9 ; Déc. n° 2010-44 QPC, 29 septembre 2010, Époux M ; Déc. n° 2011-155 QPC, 29 juillet 2011, Mme Laurence L.

⁹² Déc. n° 99-419 DC, préc. ; Déc. n° 2015-9 LOM du 21 octobre 2015, Pacte civil de solidarité en Polynésie française ; Déc. n° 2016-739 DC, préc.

⁹³ Nombre de questions ne semblent pas avoir été soumises au Conseil : ainsi de la question de savoir si le droit à une vie familiale normale et la liberté personnelle ne fondent pas le libre exercice de l'autorité parentale, l'appréhension de l'obligation de vaccination n'ayant ainsi été envisagée que sous l'angle du droit à la santé de l'enfant (Déc. n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015, Époux L., Obligation des vaccinations, cons. 8).

⁹⁴ Déc. 94-343/344 DC, préc., cons. 17 : « aucune disposition ni aucun principe à valeur constitutionnelle ne prohibe les interdictions prescrites par le législateur d'établir un lien de filiation entre l'enfant issu de la procréation et l'auteur du don ».

⁹⁵ Déc. n° 2011-173 QPC, 30 septembre 2011, Lois C. et autres.

⁹⁶ Déc. 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B.

civil de solidarité en termes de filiation⁹⁷, ouverture de l'adoption aux couples de même sexe⁹⁸), la plupart ayant trait à nouveau à des dispositions non civiles, de droit de la nationalité et des étrangers⁹⁹, de droit social¹⁰⁰, de droit fiscal¹⁰¹, de droit de l'action publique¹⁰² ou encore de statut civil¹⁰³.

Pour autant, le bilan reste modeste¹⁰⁴, car le Conseil constitutionnel a bien souvent validé les limites apportées à telle liberté ou tel droit fondamentaux, ou à l'égalité : ainsi des limites à la liberté du mariage résultant des dispositifs de lutte contre la fraude au droit des étrangers¹⁰⁵ ou des textes relatifs aux majeurs protégés ; ainsi des limites à l'égalité entre les couples mariés et les couples pacsés ou vivant en concubinage¹⁰⁶ ; ainsi des limites à la liberté de divorcer résultant de la condition de fourniture d'une garantie¹⁰⁷ ou des formes de la prestation compensatoire¹⁰⁸ ; ainsi des limites au droit à une vie familiale, qui, selon le Conseil constitutionnel, « n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple

⁹⁷ Déc. 99-419 DC, préc.

⁹⁸ Déc. 2013-669 DC, préc.

⁹⁹ Déc. n° 2007-557 DC, 15 novembre 2007, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile ; Déc. 2011-186/187/188/189 QPC, préc.

¹⁰⁰ Déc. n° 2010-108 QPC, 25 mars 2011, Mme Marie-Christine D. (pension de réversion des enfants).

¹⁰¹ Déc. n° 2013-361 QPC, préc. (droits de mutation pour les transmissions à titre gratuit entre adoptants et adoptés).

¹⁰² Impact de l'accouchement sur l'accès aux origines personnelles (Déc. n° 2012-248 QPC, 16 mai 2012, M. Mathieu E) ; recours contre la décision d'immatriculation comme pupille de l'État (Déc. n° 2012-268 QPC, 27 juillet 2012, Mme Annie M.).

¹⁰³ Déc. 99-410 DC, 15 mars 1999, Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie.

¹⁰⁴ La doctrine souligne que diverses dispositions posent problème : le pouvoir discrétionnaire du président de la République d'autoriser un mariage posthume, le droit discrétionnaire d'opposition à mariage des père et mère, etc. Sur quoi voir P. MURAT, « La Constitution et le mariage : regard d'un privatiste », art. cité.

¹⁰⁵ Quelques censures célèbres : voir par ex. Déc. n° 93-325 DC, préc., ou encore Déc. n° 2003-484 DC, préc.

¹⁰⁶ Déc. n° 2011-155 QPC, préc., cons. 8. Comp. CE (CE, 6 avril 1979, n° 06182, confirmé dans CE 20 décembre 1991, n° 100997, CE, 6 décembre 2006, n° 262096) et la CJUE (CJCE, 1^{er} avril 2008, Maruko aff. C-276/06 ; CJUE, 10 mai 2011, aff. C-147/08, Römer).

¹⁰⁷ Déc. n° 2016-557 QPC, préc.

¹⁰⁸ Déc. n° 2011-152 QPC, 13 juillet 2011, M. Jean-Jacques C. Le rejet de la requête n'a été opéré qu'avec une réserve d'interprétation. Le Conseil a admis que l'attribution forcée de propriété visait des motifs légitimes : « faciliter la constitution d'un capital, afin de régler les effets pécuniaires du divorce au moment de son prononcé », et « assurer le versement de la prestation compensatoire » (cons. 6). Mais il a également jugé que l'atteinte au droit de propriété en résultant ne pourrait « être regardée comme une mesure proportionnée au but d'intérêt général poursuivi que si elle constitu[ait] une modalité subsidiaire d'exécution de la prestation compensatoire en capital », d'où il a déduit qu'« elle ne saurait être ordonnée par le juge que dans le cas où, au regard des circonstances de l'espèce, les modalités prévues au 1^o n'apparaissent pas suffisantes pour garantir le versement de cette prestation ; que, sous cette réserve, l'attribution forcée d'un bien à titre de prestation compensatoire ne méconnaît pas l'article 2 de la Déclaration de 1789 » (cons. 8).

avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive¹⁰⁹ » ni que soit ouvert « le droit de se marier pour les couples de même sexe¹¹⁰ », ne porte en outre que sur une vie familiale « normale », et doit enfin être concilié avec divers objectifs à valeur constitutionnelle, tels la sauvegarde de l'ordre public¹¹¹, la protection de la santé, etc.

44. – Il est vrai que, dans l'absolu, les censures¹¹² et réserves d'interprétation y sont un peu plus nombreuses. Mais cela tient sans doute en partie à une plus fréquente saisine du Conseil, à raison de divers éléments : le caractère idéologique des questions familiales, qui suscitent donc un plus grand intérêt des politiques et bénéficient d'un écho important dans la société civile ; les conséquences concrètes des solutions familiales, qui appellent donc plus facilement des questions prioritaires de constitutionnalité ; peut-être aussi la persistance, en droit civil de la famille, de normes procédant de considérations d'intérêt général, d'où résulte une confrontation plus directe avec la protection des droits fondamentaux et libertés individuelles.

La question du divorce illustre assez bien ce dernier point : le droit civil encadre la dissolution du mariage par des conditions et des effets étroitement dépendants de l'appréhension familiale de l'institution matrimoniale (il s'agit d'assurer la stabilité du mariage, de protéger le conjoint, de concentrer les effets du divorce pour pacifier les rapports post-divorce, etc.). Au contraire, le droit constitutionnel rogne ces conditions et effets pour les rendre compatibles avec les droits fondamentaux : liberté de divorcer, droit au respect des biens, etc. C'est la raison pour laquelle sa jurisprudence est favorable à l'ex-époux débiteur de prestation financière, qu'il s'agisse de la révision de l'indemnité exceptionnelle attribuée autrefois sur le fondement de l'article 280-1¹¹³, du choix d'un abandon de bien en propriété à titre de prestation compensatoire, qui doit être subsidiaire et « ne saurait être ordonné par le juge que dans le cas où, au regard des circonstances de l'espèce, les (autres) modalités [...] n'apparaissent pas suffisantes pour garantir le versement de cette prestation¹¹⁴ », ou encore de la possibilité pour le juge de subordonner le prononcé du divorce à la constitution de garanties de paiement de la prestation compensatoire, qui ne peut « avoir d'autre effet que de retarder le prononcé du divorce¹¹⁵ ».

45. – L'enrichissement du droit civil des personnes que réalise la jurisprudence constitutionnelle s'avère ainsi limité. Cela mérite d'autant plus d'être souligné que cette jurisprudence semble en revanche éprouver assez directement l'ordonnance théorique et formel du droit civil des personnes.

¹⁰⁹ Déc. n° 2010-39 QPC, préc., cons. 8.

¹¹⁰ Déc. n° 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, Mme Corinne C. et autre, cons. 8.

¹¹¹ Déc. n° 93-325 DC, préc., cons. 3, 19, 70 ; Déc. n° 2003-484 DC, préc., cons. 38.

¹¹² Voir par ex. Déc. n° 93-325 DC, préc., cons. 3, 107.

¹¹³ Déc. n° 2015-488 QPC, 7 octobre 2015, M. Jean-Pierre E., à propos de l'impossible révision de l'indemnité exceptionnelle que la loi de 1975 permettait d'attribuer au conjoint exclusivement fautif à titre exceptionnel.

¹¹⁴ Déc. n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011, cons. 8. *Contra* Civ 1, 31 mars 2010, 09-13811, Bull., n° 78, jugeant que cette disposition n'est pas contraire au droit au respect des biens.

¹¹⁵ Déc. n° 2016-557 QPC, préc., cons. 7.

II. UNE DÉFORMATION DOGMATIQUE DU DROIT CIVIL DES PERSONNES

46. – Il n'est pas exclu que l'impact le plus important de la jurisprudence constitutionnelle porte sur l'épreuve qu'elle inflige à l'ordonnement dogmatique du droit civil des personnes dont elle perturbe les catégories (A) et les fonctions (B).

A. Les catégories du droit civil des personnes

1. *Le brouillage des outils conceptuels*

47. – La jurisprudence constitutionnelle du Conseil constitutionnel conduit en premier lieu à un brouillage des outils conceptuels.

48. – Le Conseil entretient d'abord la confusion entre principe objectif et droit subjectif. La meilleure illustration du phénomène réside dans la dignité, que le droit civil appréhende comme un principe (art. 16 C. civ.) et que le Conseil constitutionnel conçoit désormais à la fois comme un principe et comme un droit¹¹⁶. Or, la qualification est lourde de sens, car le droit subjectif renvoie naturellement au libre exercice du sujet de droit quand le principe objectif peut fort bien s'imposer même au sujet de droit s'il est analysé comme étant d'intérêt général. Ramasser les deux logiques dans une même formule permet au Conseil constitutionnel de ne pas prendre parti sur une question délicate, mais conduit à une conciliation illusoire, tant les deux qualifications sont antinomiques s'agissant de déterminer la liberté reconnue au sujet.

49. – Sa jurisprudence participe également du brouillage des catégories de « liberté civile », « liberté publique », « droit fondamental », ou encore « droit de la personnalité ».

Brouillage entre liberté civile et liberté publique d'abord : le Conseil constitutionnel a ainsi jugé que « la possibilité pour la femme enceinte que son état place en situation de détresse de demander l'interruption de sa grossesse » se rattachait « au droit des personnes et donc au droit civil », mais que « la liberté, pour le médecin, de refuser de pratiquer une interruption volontaire de grossesse » relevait des « garanties des libertés publiques¹¹⁷ ». On objecte parfois à cela que la différence de qualification n'emporte guère de conséquence pratique¹¹⁸.

Brouillage entre droit fondamental et droit de personnalité ensuite : l'exemple du droit à la vie privée illustre remarquablement un tel cumul de qualifications, puisque là où le droit civil voit un droit de la personnalité, le droit constitutionnel consacre une liberté fondamentale. Cela ne semble pas dépourvu de conséquence

¹¹⁶ Exprimée sous la forme d'un principe à valeur constitutionnelle par la décision du Conseil constitutionnel du 29 juillet 1994, elle l'est désormais aussi au titre des « droits inaliénables et sacrés de l'être humain » (Déc. n° 2009-593 DC, préc., cons. 3 ; Déc. n° 2017-632 QPC, préc., cons. 6). V. GIMENO-CABRERA, *Le traitement jurisprudentiel de principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et tribunal constitutionnel espagnol*, Paris, LGDJ, 2005.

¹¹⁷ Déc. n° 2001-446 DC, préc., cons. 20.

¹¹⁸ La différence de qualificatif procéderait seulement de la nature des rapports en cause (la même liberté serait civile quand elle s'exerce entre particuliers, publique lorsque la relation engage l'État), mais ne fonderait aucune différence de régime : N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, op. cit., n° 309.

pratique, puisque le droit de la personnalité est traditionnellement présenté comme étant extra-patrimonial¹¹⁹, intransmissible, imprescriptible et indisponible, quand les libertés fondamentales rencontrent diverses limites, permettant notamment de protéger les droits et libertés d'autrui, ce qui pourra conduire à valider des limites conventionnelles.

2. Le brouillage des notions civiles

50. – Le Conseil constitutionnel ne semble guère, en second lieu, se soucier des notions civiles.

51. – Outre la notion de personnalité morale, avec laquelle le Conseil n'hésite pas à prendre des libertés comme on le verra plus loin (voir *infra*, n° 56), trois exemples illustrent bien cette indifférence, voire ce contresens notionnel.

Celui du domicile, d'abord : loin de s'en tenir au lieu dans lequel la personne a fixé son « principal établissement », à l'instar du droit civil (C. civ. Art. 102), le Conseil constitutionnel appréhende largement le domicile, comme le juge pénal¹²⁰, en le définissant comme le lieu où la personne mène sa vie privée, ce qui inclut toute habitation qu'elle occupe, que ce soit de manière temporaire ou permanente, habituelle ou occasionnelle, dès lors qu'elle s'y sent chez elle¹²¹.

Celui de la vie privée, ensuite : le Conseil constitutionnel définit la vie privée comme renvoyant seulement à l'intimité du sujet, alors que le droit civil lui rattache désormais, dans le sillage de la jurisprudence européenne¹²², deux prérogatives, un droit à l'intimité d'une part, et un droit à la liberté d'autre part¹²³.

Celui du mariage frauduleux ensuite, qu'il eût sans doute mieux valu sanctionner pour fausse cause ou détournement de l'institution matrimoniale, que pour défaut de consentement¹²⁴.

52. – La gravité de ce genre de décalage ne doit pas être exagérée.

On soulignera d'abord qu'il n'en résulte pas nécessairement de différence s'agissant des solutions de fond : ainsi, le Conseil constitutionnel protège lui aussi la

¹¹⁹ Encore soulignera-t-on que l'indisponibilité recule en droit civil, si l'on en juge la validité de conventions permettant, moyennant rémunération, des atteintes à la vie privée du sujet.

¹²⁰ Crim., 22 janvier 1997, Bull., n° 31.

¹²¹ Déc. n° 97-389 DC, 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration. Cf. Déc. n° 2015-713 DC, 23 juillet 2015, Loi relative au renseignement.

¹²² Voir par ex. CEDH, Rotaru c/ Roumanie, 4 mai 2000, n° 28341/95, rattachant à la vie privée le « droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables » (& 43). Adde la question du droit de choisir le moment et les modalités de sa mort, envisagé *supra*, n° 16.

¹²³ Par exemple en sanctionnant la rupture contractuelle fondée sur tel ou tel comportement relevant de la vie privée, qu'il s'agisse de l'orientation sexuelle (Soc., 24 avril 2013, n° 11-15204), des croyances religieuses (sur le port du voile, Soc., 22 novembre 2017, n° 13-19855), etc. Le lien avec la vie privée n'est pas apparent, car la sanction du licenciement procède désormais de textes spécifiques du droit du travail. Mais tel était, hier, le fondement de la jurisprudence. Voir par ex. pour la sanction d'un licenciement fondé sur les liaisons féminines du salarié : Soc., 20 octobre 1976, n° 74-13139.

¹²⁴ Déc. n° 2003-484 DC, préc. Sur cette critique, voir J. HAUSER, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », art. cité, qui faisait observer que le Conseil ne faisait ici que reproduire l'erreur autrefois commise par la Cour dans sa célèbre décision Appietto, 20 novembre 1963.

liberté de la vie privée, même s'il le fait sur un autre fondement, à savoir la liberté personnelle.

On remarquera ensuite que les divergences notionnelles ne sont parfois que temporaires, une unification progressive s'opérant entre les diverses branches du droit. L'exemple de la protection des informations patrimoniales par le droit à la vie privée est assez remarquable à cet égard. Admise d'abord par la Cour de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales¹²⁵, elle a ensuite été consacrée par la Cour de cassation¹²⁶, puis par le Conseil constitutionnel¹²⁷. Mais l'unification n'est pas systématique, comme l'illustre remarquablement le chassé-croisé constaté s'agissant des rapports entre vie privée, inviolabilité du domicile, secret des correspondances et liberté personnelle. Le Conseil constitutionnel rattachait initialement l'inviolabilité du domicile à l'article 66 de la Constitution de 1958¹²⁸ et la vie privée à l'article 2 DDHC¹²⁹, alors que la Cour de cassation rattachait traditionnellement l'inviolabilité du domicile à la vie privée¹³⁰. La Cour de cassation a ensuite distingué ces prérogatives, en affirmant que les personnes morales avaient droit à la protection de l'inviolabilité du domicile et au secret des correspondances mais ne bénéficiaient pas du droit à la vie privée¹³¹. Ironie du sort, le Conseil constitutionnel a dans le même temps choisi d'appréhender la liberté personnelle, qu'il

¹²⁵ CEDH, 21 janv. 1999, *Fressoz et Roire c/ France*, req. n° 29183/95, l'exclut en jugeant qu'il s'agit d'un sujet d'intérêt général pour une personne menant une vie publique.

¹²⁶ Ainsi de la révélation du domicile, Civ. 3, 5 juin 2003, Bull., n° 175, ou des dettes, Civ. 1, 29 mai 1984, Bull., n° 176. En revanche, les informations exclusivement patrimoniales ne relèvent pas de la vie privée : Civ. 1, 4 oct. 1989, n° 87-19658, Bull., n° 307 ; Civ. 1, 20 nov. 1989, n° 89-13049, Bull., n° 257 ; Civ. 1, 20 oct. 1993, n° 91-20580, Bull., n° 295. En revanche, « constitue une atteinte à l'intimité de la vie privée, que ne légitime pas l'information du public, la captation, l'enregistrement ou la transmission sans le consentement de leur auteur des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel » : Civ. 1, 6 oct. 2011, n° 10-23607, 10-23606, n° 10-21823, Bull., n° 162, cassant les décisions d'appel ayant écarté le grief d'atteinte à la vie privée au motif que « les entretiens publiés concernent la gestion du patrimoine de Liliane Y... et sont de nature professionnelle pour M. Z... et patrimoniale pour Mme Y... et que les informations ainsi révélées mettant en cause la principale actionnaire de l'un des premiers groupes industriels français, et dont l'activité et les libéralités font l'objet de très nombreux commentaires publics, relèvent de la légitime information du public » ; Civ. 1, 2 juill. 2014, n° 13-21929, Bull., n° 122. Cf. Com., 15 déc. 2015, n° 14-11500, Bull., n° 841.

¹²⁷ Refus : Déc. n° 83-164 DC, 29 décembre 1983, Loi de finances pour 1984. Admission dès 2013, confirmée à diverses reprises depuis : Déc. n° 2013-684 DC, 29 décembre 2013, Loi de finances rectificative pour 2013 ; Déc. n° 2014-690 DC, 13 mars 2014, Loi relative à la consommation ; Déc. n° 2015-727 DC, préc. ; Déc. n° 2016-591 QPC, 21 octobre 2016, Theresa B, Deuxième alinéa de l'article 1649 AB du code général des impôts, Registre public des trusts.

¹²⁸ Déc. n° 83-164 DC, 29 déc. 1983, Loi de finances pour 1984, cons. 28.

¹²⁹ Déc. n° 99-416 DC, préc., cons. 45.

¹³⁰ Civ. 1, 6 fév. 1979, n° 77-13463, Bull., n° 47, p. 41. Adde Civ. 1, 18 nov. 1992, n° 90-19368, Bull., n° 285, p. 186, rejetant l'existence d'une atteinte à la vie privée à propos des constats d'adultère, quand le pourvoi reprochait une violation de la vie privée et du domicile. Adde Crim., le 21 juin 2016, n° 16-82176, au sujet d'une QPC, qui invoque « le droit au respect de la vie privée et, en particulier, l'inviolabilité du domicile ». Cf. Com., 9 juin 2015, n° 14-17039, invoquant « l'atteinte au droit au respect de la vie privée et du domicile qui en résulte ».

¹³¹ Civ. 1, 17 mars 2016, n° 15-14072. Adde Civ. 3, 7 avril 2016, n° 15-15011, admettant implicitement qu'une SCI a droit au respect du domicile, quand le titrage invoque l'art. 8 CEDH.

fonde sur l'article 2 de la DDHC, comme une sorte de droit souche, auquel il rattache, d'une part, la protection de la vie privée versus intimité du sujet, en y incluant le secret des correspondances¹³² ainsi que l'inviolabilité du domicile¹³³ et, d'autre part, l'autonomie du sujet dans ses choix de vie personnelle¹³⁴.

On avancera encore que les différences notionnelles s'expliquent parfois – souvent ? – par les différences de régime juridique que les deux ordres – civil et constitutionnel – attachent aux notions considérées : on comprend aisément, ainsi, que la définition constitutionnelle d'un domicile appréhendé sous l'angle de l'inviolabilité versus intimité du sujet, soit différente de celle du droit civil, qui vise à identifier le rattachement territorial du sujet. D'autres raisons, plus contingentes, et moins avouables, peuvent aussi expliquer certaines divergences : contingence historique (genèse des solutions jurisprudentielles), raisons sociologiques (notamment rapports de pouvoirs entre juridictions, qu'il s'agisse pour le Conseil constitutionnel de marquer sa différence avec l'ordre judiciaire, ou avec la CEDH), opportunisme pratique (sur la question de la personnalité morale, voir *infra*, n° 56), etc.

53. – En tout état de cause, on observera que de telles divergences compliquent la connaissance et la compréhension du droit, ce qui est particulièrement étrange venant d'une juridiction qui a fait – à juste titre – de l'accessibilité et de l'intelligibilité du droit un objectif constitutionnel... Partant, mieux vaudrait autant que possible assurer l'homogénéité des notions, et user le cas échéant de nouvelles terminologies pour accueillir un concept différent de celui qui prévaut dans une autre branche du droit.

B. Les fonctions du droit civil des personnes

54. – Le droit civil des personnes poursuit deux finalités d'importance : d'une part il institue le sujet, d'autre part il définit son statut personnel. La jurisprudence du Conseil constitutionnel se révèle peu soucieuse de l'institution du sujet (1), entièrement tournée qu'elle l'est vers la protection des droits et libertés (2). D'où un risque de déformation des institutions du droit civil des personnes.

1. L'institution du sujet

55. – L'institution du sujet s'opère en droit civil par l'attribution à la personne d'une personnalité juridique et d'un état civil (nationalité, âge, lieu de naissance, sexe, domicile, intégration familiale). Le Conseil constitutionnel est peu soucieux de cette double institution dans l'ordre théorique, et semble surtout obéir à des arguments d'opportunité dont il est seul juge : éviter de régler l'embarrassante question de la nature de l'embryon, ne pas s'immiscer dans les délicates questions de fin de vie, poursuivre efficacement les atteintes à la concurrence, étendre aux personnes morales les droits et libertés fondamentaux lorsque cette voie semble utile, etc.

¹³² Le droit au secret des correspondances est fondé sur les articles 2 et 4 DDHC : Déc. n° 2004-492 DC, préc., cons. 4.

¹³³ L'art. 2 DDHC implique le droit au respect de la vie privée et, en particulier, de l'inviolabilité du domicile : Déc. n° 2013-679 DC, préc., cons. 38.

¹³⁴ La liberté personnelle est alors invoquée directement sur le fondement de l'art. 2 DDHC : Déc. n° 2003-484 DC, préc., cons. 94. Voir déjà Déc. n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, cons. 8.

56. – Tel semble être le cas, en premier lieu, de la notion de personnalité juridique, dont le Conseil constitutionnel ne s’embarrasse guère¹³⁵, soit qu’il s’abstienne volontairement de la définir, soit qu’il procède volontairement à la déformation du concept civil.

La question de la personnalité juridique des personnes physiques, d’abord, a été très largement désertée par le Conseil constitutionnel : saisi à diverses reprises de questions renvoyant au point de savoir si l’embryon est sujet de droit ou être humain méritant le respect, le Conseil constitutionnel s’est toujours abstenu de censurer le pouvoir législatif : assistance médicale à la procréation, interruption de grossesse, recherches (sur ces questions, voir *supra*, n° 29). Non sans rapport, il a laissé le pouvoir réglementaire occuper le terrain de la fin de vie en lui abandonnant la détermination de la procédure collégiale encadrant la décision d’arrêt des soins¹³⁶.

Quant à la personnalité morale, ensuite, le Conseil constitutionnel n’hésite pas à adopter une approche pragmatique – opportuniste ? Le plus souvent, il appréhende la personne morale comme un groupement de personnes physiques¹³⁷, et accepte de lui étendre divers droits et principes constitutionnels protecteurs de la personne physique, tels l’égalité de traitement¹³⁸, le secret de la correspondance, l’inviolabilité du domicile¹³⁹, la liberté contractuelle, le droit de propriété, la liberté d’entreprendre, le droit à un environnement sain, etc.¹⁴⁰. On comprend aisément, dans cette logique, que ni l’animal¹⁴¹, ni l’humanité (ni les générations futures)¹⁴²

¹³⁵ À sa décharge, on invoquera le flou que le droit civil entretient lui aussi sur la notion de personnalité juridique, aucun texte ne précisant explicitement les conditions de l’octroi de la personnalité à la personne humaine, et la personnalité morale restant incertaine, la doctrine rappelant, d’une part, que la jurisprudence a consacré la théorie de la réalité et, d’autre part, que la loi civile se rallie souvent la théorie de la fiction, en attribuant la personnalité juridique à des ensembles de biens, etc.

¹³⁶ Déc. n° 2017-632 QPC, préc., cons.

¹³⁷ Déc. n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, Loi de nationalisation.

¹³⁸ Déc. n° 80-117 DC, 22 juillet 1980, Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires, cons. 8.

¹³⁹ Voir par ex. Déc. n° 98-403 DC, préc., *Idd. CEDH, Société Colas Est c/ France, req. 37971/97*.

¹⁴⁰ Adde Déc. n° 90-283 DC, 8 janvier 1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l’alcoolisme, cons. 16, qui semble ne considérer que le nom des personnes physiques, alors que le nom commercial fait l’objet d’une propriété commerciale qui pourrait sans doute être préservée au titre du droit au respect des biens ou de la liberté d’entreprendre.

¹⁴¹ L’animal ne bénéficie ainsi d’aucune protection constitutionnelle : Déc. n° 2012-271 QPC, 21 septembre 2012, Association Comité radicalement anti-corrída Europe et autre (Immunité pénale en matière de courses de taureaux), cons. 6 (« la première phrase du septième alinéa de l’article 521-1 du code pénal, qui ne méconnaît aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doit être déclarée conforme à la Constitution ») ; Adde Déc. n° 2015-477 QPC, 31 juillet 2015, M. Jismy R. (Incrimination de la création de nouveaux gallodromes), cons. 5 (« les dispositions contestées ne méconnaissent aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit ; qu’elles doivent être déclarées conformes à la Constitution »).

¹⁴² Voir Déc. n° 94-343/344 DC, préc., cons. 11, répondant aux requérants, qui jugeaient inconstitutionnelle la sélection génétique des embryons qu’« il n’existe, contrairement à ce que soutiennent les saisissants, aucune disposition ni aucun principe à valeur constitutionnelle consacrant la protection du patrimoine génétique de l’humanité ». Cf. Déc. n° 2014-394 QPC, 7 mai 2014, Société Casuca (Plantations en limite de propriétés privées), jugeant que les sept alinéas précédant les dix articles de la charte de l’environnement ont valeur constitutionnelle,

ne puissent *a priori* bénéficier des droits et libertés constitutionnels. Mais, à d'autres occasions, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à s'échapper de la logique civiliste, selon laquelle la personne juridique est le support nécessaire des droits, libertés, obligations, sanctions : ainsi, lorsqu'il étend le bénéfice des droits et libertés à l'entreprise, et plus généralement à des entités dépourvues de la personnalité juridique¹⁴³, ou lorsqu'il accepte qu'une sanction prononcée contre une personne morale dissoute puisse être appliquée à une personne morale nouvellement créée en cas de fusion, alors même que la personnalité juridique de la première a disparu et que la personnalité de la seconde est autonome¹⁴⁴.

57. – Tel semble également être le cas de l'état civil, auquel le juge constitutionnel paraît assez indifférent si l'on en juge d'après les décisions rendues en matière de pacte civil de solidarité, de divorce, ou encore de changement de sexe.

Les décisions relatives au pacte civil de solidarité révèlent ainsi que le Conseil, après avoir hésité entre un critère formel (établissement d'un acte d'état civil) et un critère matériel de l'état civil (effets produits dans l'ordre civil)¹⁴⁵, s'en tient désormais au second¹⁴⁶, et que ce critère est mis à mal par sa propre jurisprudence,

même si aucun d'eux n'institue un droit ou une liberté que la Constitution garantit, et qu'ils ne peuvent donc être invoqués à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution.

¹⁴³ Cf. CE, 1^{er} juin 2011, Groupement de fait Brigade Sud de Nice, n° 340849.

¹⁴⁴ Déc. n° 2016-542 QPC, 18 mai 2016, Société ITM Alimentaire International SAS, cons. 6. La solution, admise par la CJUE (CJUE, 5 mars 2015, aff. C-343/13, Modelo Continente Hypermercados SA, au sujet de l'obligation de payer une amende infligée par décision définitive après cette fusion pour des infractions au droit du travail commises par la société absorbée avant la fusion), la Cour de cassation (Com., 21 janv. 2014, selon lequel les dispositions « s'appliquent à toute entreprise, indépendamment du statut juridique de celle-ci, et sans considération de la personne qui l'exploite ; que le principe de la personnalité des peines, résultant des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789, ne fait pas obstacle au prononcé d'une amende civile à l'encontre de la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise », l'idée étant celle de la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise en cas de fusion-absorption) et le Conseil d'État (CE, 4 déc. 2009, n° 329173, Sté Rueil Sports), l'est par le Conseil s'agissant des pratiques commerciales abusives visées à l'article L 442-6 du Code de commerce.

¹⁴⁵ Déc. n° 99-419 DC, préc., cons. 29 : critère matériel lorsqu'il souligne son « objet limité », car il est « sans incidence sur les autres titres du Livre I^{er} du Code civil, notamment ceux relatifs aux actes d'état civil, à la filiation, à la filiation adoptive, et à l'autorité parentale » ; critère formel lorsqu'il souligne « qu'en particulier, la conclusion d'un pacte civil de solidarité ne donne lieu à l'établissement d'aucun acte d'état civil, l'état civil des personnes qui le concluent ne subissant aucune modification ».

¹⁴⁶ Déc. n° 2015-9, préc., cons. 8 : « il ressort des travaux préparatoires qu'en adoptant ces dispositions le législateur a seulement entendu assurer la publicité du pacte civil de solidarité à l'égard des tiers ; que, par suite, ces dispositions n'ont eu ni pour objet ni pour effet de faire perdre au pacte civil de solidarité sa nature contractuelle » ; en conséquence, le Conseil a constaté à la demande du président de la Polynésie française que, par les dispositions de la loi du 23 juin 2006 qui ont modifié les règles de publicité du pacs en rendant les textes applicables en Polynésie française, « le législateur est intervenu dans une matière ressortissant à la compétence de la Polynésie française ». Cf. Déc. n° 2013-669 DC, préc., cons. 89. Dans cette logique matérielle « aveugle » (d'autant avec le phénomène de matrimonialisation du pacs !), le transfert à l'officier d'état civil de la réception des pacs par la loi du 17 novembre 2016 ne devrait pas avoir d'incidence ; la question n'a d'ailleurs été soumise au Conseil constitutionnalité que sous l'angle de la libre administration des collectivités territoriales : Déc. n° 2016-739 DC, préc., cons. 27.

puisque, tout en analysant le pacte civil de solidarité comme un contrat spécifique¹⁴⁷ et non comme un élément de l'état civil, il a comblé les lacunes légales par référence plus ou moins explicite au droit du mariage¹⁴⁸, mariage dont il constate lui-même qu'il constitue un élément de l'état civil¹⁴⁹...

Dans une perspective comparable, on rappellera qu'il a accueilli sans réserve le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire en jugeant que la protection d'ordre public de la famille ne lui fait pas obstacle et qu'il a également admis que la mention du sexe puisse être modifiée à la demande de la personne qui démontre que cette mention ne correspond pas au sexe dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue, ce sans exiger ni qu'une expertise médicale atteste du transsexualisme, ni que ce changement soit définitif¹⁵⁰, ce qui révèle une conception très floue des fonctions de l'état civil, entre identification du sujet et épanouissement de la personnalité¹⁵¹, et, par voie de conséquence, une relative indifférence à ses

¹⁴⁷ Déc. n° 99-419 DC, préc., cons. 28 et 29.

¹⁴⁸ En ce sens, voir not. cons. 26 et 27, sur la notion de vie commune, sur la sanction des empêchements à mariage ; adde cons. 31 sur le caractère impératif du devoir d'aide mutuelle et matérielle, sur ses modalités.

¹⁴⁹ Déc. n° 2013-667 DC, 16 mai 2013, préc., n° 20.

¹⁵⁰ Déc. n° 2016-739 DC, préc.

¹⁵¹ Hier destiné à permettre l'identification du sujet grâce à des caractéristiques stables et objectives, l'état civil tend désormais aussi à permettre à chacun d'affirmer sa propre personnalité. Sur quoi, voir A.-M. LEROYER, « La notion d'état des personnes », in *Ruptures, Mouvements et Continuité du droit, Mélanges M. Gobert*, Paris, Economica, p. 247. D'où diverses revendications, certaines d'ores et déjà satisfaites, d'autres non : pouvoir de mentionner dans les registres l'existence d'un enfant né sans vie (C. civ., art. 79-1) ; pouvoir de modifier la mention du sexe qui y figure, en démontrant par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue (C. civ., Art. 61-5 *sqq.*) ; pouvoir de mentionner la religion, aujourd'hui exclue d'un état précisément qualifié de « civil » ; etc.

composantes¹⁵², à leurs caractéristiques¹⁵³, et aux autorités compétentes en la matière¹⁵⁴.

La mollesse de ces solutions étonne d'autant plus, comparée à la fermeté avec laquelle le Conseil a écarté toute clause de conscience au profit des officiers d'état civil, aux motifs que « en ne permettant pas aux officiers de l'état civil de se prévaloir de leur désaccord avec les dispositions de la loi du 17 mai 2013 pour se soustraire à l'accomplissement des attributions qui leur sont confiées par la loi pour la célébration du mariage, le législateur a entendu assurer l'application de la loi relative au mariage et garantir ainsi le bon fonctionnement et la neutralité du service public de l'état civil ; qu'eu égard aux fonctions de l'officier de l'état civil dans la célébration du mariage, il n'a pas porté atteinte à la liberté de conscience¹⁵⁵ ».

2. La subjectivisation des institutions

58. – Que le Conseil soit chargé de la protection des droits et libertés fondamentaux n'implique pas nécessairement qu'il reformule toutes les institutions civiles en droits et libertés fondamentaux. Tel semble pourtant être le plus souvent le cas. Souligné hier en matière familiale¹⁵⁶, le phénomène touche désormais toutes les

¹⁵² L'exclusion du pacte civil de solidarité le prouve. Cf. la censure du baptême républicain institué par l'article 42 de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, mais seulement pour des griefs de procédure : Déc. n° 2016-745 DC, 26 janvier 2017, Loi relative à l'égalité et la citoyenneté, cons. 190.

¹⁵³ Le Conseil semble indifférent à la question de l'indisponibilité et de l'immutabilité de l'état. Il a refusé de s'appuyer sur la dignité pour limiter le pouvoir, octroyé par la loi aux volontés individuelles, de procéder à un changement d'un élément relatif à l'état civil (refus d'exiger une attestation médicale pour autoriser le changement de sexe : Déc. n° 2016-739 DC, préc.), ou de constitutionnaliser le « caractère d'ordre public du droit de la famille » en se fondant sur l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946 pour rejeter le divorce par consentement mutuel privé (même décision, cons. 46, 49, 52). - Rapp. Déc. n° 99-419 DC, préc., refusant de rattacher à la dignité une interdiction de la répudiation ; mais il faut souligner que le Conseil refuse d'analyser le pacs comme un élément de l'état civil. - Adde Déc. n° 2012-152 PDR, où le Conseil refuse de sanctionner l'usage d'un prénom autre que le prénom fixé par l'état civil dans le cadre d'élections nationales, ce qui a été justement critiqué : X. LABBEE, « Prénom et identité du Français », *Aj famille*, 2012, p. 467. Encore faut-il souligner que la notion d'indisponibilité de l'état civil est discutée, que le droit positif fait une place grandissante aux volontés individuelles, et qu'il n'existe aucun texte constitutionnel susceptible de fonder directement cette indisponibilité, le principe de dignité pouvant éventuellement être avancé pour l'état civil individuel (voir *supra*), quand l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946 semble plus adapté pour l'état civil familial (voir *supra*), enfin que le grief est rarement invoqué tel quel par les requérants. Voir ainsi Déc. relative à la loi du 18 novembre 2016, le seul grief opposé au changement de prénom par simple déclaration individuelle, étant que le transfert de compétence à l'officier d'état civil portait atteinte à la libre administration des collectivités locales vu la charge financière en résultant. Cf. l'absence d'un quelconque recours contre l'instauration du mandat de protection future par la loi du 5 mars 2007.

¹⁵⁴ Le Conseil constitutionnel ne se formalise guère des transferts de compétences de l'autorité judiciaire à l'officier d'état civil, alors même que le pouvoir judiciaire ne présente pas les mêmes garanties que le pouvoir exécutif municipal.

¹⁵⁵ Déc. n° 2013-353 QPC, préc., cons. 10.

¹⁵⁶ J. BOULOUIS, « Famille et droit constitutionnel », art. cité.

règles et institutions du droit civil des personnes¹⁵⁷. Certes le droit civil des personnes se donne aussi pour objet de protéger les droits et libertés, ce qui se traduit notamment par le statut civil qu'il reconnaît au sujet : droits de la personnalité, principe de capacité, etc. Mais le Conseil constitutionnel va très au-delà, en ce sens qu'il appréhende toutes les questions de droit des personnes par le prisme du principe d'égalité ou des droits et libertés fondamentaux¹⁵⁸. La démonstration peut être faite à de multiples points de vue : la personnalité juridique, que le Conseil protège s'agissant de la personnalité morale par le biais des droits et libertés collectifs, tels la liberté syndicale ou la liberté d'association¹⁵⁹ ; la capacité, que le Conseil analyse sous l'angle de l'inégalité qu'elle institue entre les personnes¹⁶⁰, ou sous l'angle de la liberté ou du droit dont elle restreint l'existence ou l'exercice, liberté matrimoniale¹⁶¹, liberté contractuelle¹⁶² ; l'état civil individuel (le nom¹⁶³, la nationalité¹⁶⁴, le domicile, le sexe¹⁶⁵), qu'il appréhende sous l'angle de l'égalité, de l'inviolabilité

¹⁵⁷ Sur ce thème, voir J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 2008, 276 p.

¹⁵⁸ Ou sous l'angle de la finalité justifiant la restriction de capacité. Voir ainsi Déc. n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, cons. 34, appréciant les limites au jeu en ligne au regard du droit à la santé des majeurs et des mineurs.

¹⁵⁹ Déc. n° 71-44 DC, préc., sur laquelle voir les actes du colloque *La liberté d'association et le droit*, 29 et 30 juin 2001, Conseil constitutionnelle [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/publications/dossiers-thematiques/2001-anniv.-loi-de-1901-relative-au-contrat-d-association/centenaire-de-la-loi-de-1901.16456.html>] ; Déc. n° 2014-424 QPC, préc., cons. 6 : « aucune exigence constitutionnelle ne fait obstacle à ce que la reconnaissance en France de la personnalité morale des associations ayant leur siège social à l'étranger et disposant d'un établissement en France soit subordonnée, comme pour les associations ayant leur siège social en France, à une déclaration préalable de leur part à la préfecture du département où est situé le siège de leur principal établissement ».

¹⁶⁰ Déc. n° 2011-159 QPC, préc., cons. 6. Adde *infra*, Déc. n° 2014-444 QPC, 29 janvier 2015, Association pour la recherche sur le diabète (acceptation des libéralités par les associations déclarées), cons. 8 et 9.

¹⁶¹ Déc. n° 2012-260 QPC, préc.

¹⁶² Déc. n° 2015-493 QPC, 16 octobre 2015, Peine complémentaire obligatoire de fermeture de débit de boissons, cons. n°s 11 à 13. Adde Déc. n° 2014-444 QPC, préc., cons. 5 et 9, vérifiant la constitutionnalité de l'incapacité de recevoir à titre gratuit frappant les associations simplement déclarées au regard de la liberté contractuelle et du principe d'égalité : « il est loisible au législateur d'apporter à la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ».

¹⁶³ Déc. n° 2013-669 DC, préc. La requête reprochait aux articles 357 et 363 du Code civil d'être contraires à l'égalité : alors qu'en l'absence de déclaration conjointe mentionnant le nom de l'enfant, celui-ci prendra le nom de l'adoptant et de son conjoint ou de chacun des deux adoptants, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, présentés dans l'ordre alphabétique, l'article 311-21 du Code civil ne prévoit une règle similaire pour les enfants dont la filiation est établie selon les modalités prévues par le titre VII du livre I^{er} de ce code qu'en cas de désaccord entre les parents signalé par l'un d'eux à l'officier de l'état civil au plus tard au jour de la déclaration de naissance.

¹⁶⁴ Voir R. SCHWARZ, « Constitution et nationalité », art. cité, qui dit qu'il existe une dizaine de décisions, surtout sur le fondement de l'art. 34 et de l'égalité. Ex : Déc. n° 2011-186/187/188/189 QPC, préc.

¹⁶⁵ Principe de l'égalité des sexes : Déc. n° 2013-360 QPC, 9 janvier 2014, préc.

du domicile, de la vie privée, etc. Et la même logique préside à l'analyse des institutions familiales, que le prisme de l'égalité¹⁶⁶, ou du droit à une vie familiale normale, ou de la liberté du mariage, ou de la liberté personnelle, etc. conduit à redéfinir dans une perspective très individuelle, assez éloignée de l'approche civile classique. On en donnera un exemple récent, puisé dans une décision rendue par le Conseil constitutionnel le 29 juillet 2016, décision qui consacre, sur le fondement des articles 2 et 4 de la DDHC, « une liberté pour chacun de se marier ainsi qu'une liberté de mettre fin aux liens du mariage, composantes de la liberté personnelle¹⁶⁷ ».

59. – Or il faut bien mesurer que cette perspective est susceptible de peser sur les institutions civiles. On en prendra deux exemples.

Celui de la capacité d'abord. La doctrine civiliste souligne depuis longtemps le lien étroit qu'entretiennent capacité et liberté individuelle¹⁶⁸, et l'article 11 du Code civil donne clairement à voir la relation qu'entretiennent capacité et égalité en affirmant le principe selon lequel « tout français jouit des droits civils ». Mais le prisme de la liberté et de l'égalité ne saurait escamoter les règles de base du droit civil, et notamment les diverses distinctions et catégories civiles : principe de capacité/incapacité d'exception, capacité de jouissance/capacité d'exercice, incapacité de protection/incapacité de défiance, mineur/majeur protégé, acte strictement personnel/acte personnel, acte patrimonial/acte personnel. Or, il n'est pas sûr que le Conseil maîtrise bien ces qualifications. On en trouve une illustration en matière de mariage du majeur sous curatelle : le Conseil constitutionnel a jugé que le dispositif légal prévu à l'article 460 du Code civil différait à juste titre du statut des actes strictement personnels (qui échappent à toute assistance ou représentation), au motif que le mariage produisait des effets importants personnels mais aussi patrimoniaux¹⁶⁹. Pourtant, le mariage ne fait-il pas partie de ces actes qui engagent la personne au plus profond d'elle-même ?

Celui du divorce ensuite. Appréhendé par le droit de la famille comme un mode de dissolution du mariage, le divorce peut assez naturellement être encadré pour assurer la stabilité de l'union matrimoniale, son « sérieux » ; d'où l'existence de cas limitatifs de divorce. Appréhendé sous l'angle de la liberté personnelle, en revanche, le divorce tend à se transformer en un droit, ce qui est susceptible de remettre en question tout l'encadrement civil du divorce, et de transformer en principe ce qui n'est actuellement qu'une exception.

¹⁶⁶ Voir Déc. n° 2007-557 DC, préc., cons. 7 et 9, considérant que l'égalité interdit de rejeter une demande de visa au motif que la filiation est établie par un mode de preuve qui n'est pas la possession d'état si la loi nationale admet cette preuve et inversement d'accéder à la demande de visa en se fondant sur la filiation établie par possession d'état si la loi nationale n'admet pas ce mode de preuve.

¹⁶⁷ Déc. n° 2016-557 QPC, préc., cons. 5 : « Il résulte de ces dispositions une liberté pour chacun de se marier ainsi qu'une liberté de mettre fin aux liens du mariage, composantes de la liberté personnelle ».

¹⁶⁸ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1979 ; J. MASSIP, *La réforme du droit des incapables majeurs*, 3^e éd., préf. de J. Carbonnier, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1977, p. 55 *sqq.*, en part. p. 61 : « Restreindre la capacité, c'est toujours diminuer la personnalité, dont la plénitude est en soi une liberté civile ».

¹⁶⁹ Déc. n° 2012-260, préc.

60. – Là encore, il convient de ne pas exagérer la portée de cette lecture déformante des institutions civiles. Il importe notamment de souligner que des considérations d'intérêt général sont susceptibles de légitimer des atteintes aux prérogatives individuelles, et que ni l'égalité ni la liberté du sujet ne règnent sans limites. Les deux exemples cités ci-dessus, de l'encadrement à la liberté du mariage du majeur sous curatelle, ou de l'atteinte à la liberté de divorcer résultant de telle ou telle obligation, le montrent bien. Et la position adoptée en matière de fraude aux institutions familiales l'illustre sans doute plus remarquablement encore. En affirmant solennellement que « la protection constitutionnelle de la liberté du mariage ne confère pas le droit de contracter mariage à des fins étrangères à l'union matrimoniale¹⁷⁰ », le Conseil se fait le relais implicite de l'approche institutionnelle du droit civil. Et cette position a été réaffirmée, notamment à l'occasion de la décision relative à l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe, décision dans laquelle le Conseil a rappelé qu'il appartiendrait aux autorités compétentes de sanctionner les éventuelles fraudes à la loi dont des couples de personnes de même sexe se rendraient le cas échéant coupables en cherchant à contourner le cadre de l'assistance médicale à la procréation. Il est vrai que les conditions dans lesquelles ce rappel a été opéré ont permis aux juridictions civiles et administratives de décliner l'invitation (voir *infra*, n° 93)¹⁷¹... Mais ce sont alors des sources du droit civil des personnes dont il est question.

III. LA RECONFIGURATION FORMELLE DU DROIT CIVIL DES PERSONNES

61. – Chacun connaît les pouvoirs théoriquement importants du Conseil constitutionnel : dans la détermination des principes ou prérogatives constitutionnelles, d'abord, qu'il s'agisse de leur admission ou de la définition de leur contenu¹⁷² ; dans la détermination de leurs limites, ensuite, qu'il s'agisse de leur définition, de l'appréciation de leur légitimité ou de la vérification de leur proportionnalité¹⁷³ ; dans les sanctions de l'inconstitutionnalité enfin, et ce dans l'ordre matériel, *via* les réserves d'interprétation¹⁷⁴, ou temporel, grâce au pouvoir qui lui est éventuellement reconnu de déterminer la date d'abrogation de la norme inconstitutionnelle. Quel usage le Conseil constitutionnel en fait-il, en pratique, en matière personnelle ?

¹⁷⁰ Déc. n° 2012-261 QPC, 22 juin 2012, M. Thierry B, cons. 7. Voir déjà, plus ou moins explicite, Déc. n° 2006-542 DC, 9 novembre 2006, Loi relative au contrôle de la validité des mariages, cons. 4 ; Déc. 2012-227 QPC, 30 mars 2012, M. Omar S ; Adde Civ. 1, 1er juin 2017, n° 16-13441.

¹⁷¹ Rien de tel dans le dispositif de la décision, et il ne s'agissait pas d'un motif venant au soutien du dispositif.

¹⁷² À raison d'abord de la teneur des textes fondateurs, très peu soucieux des questions civiles, ensuite de l'existence d'antinomies entre les droits et libertés d'un même texte, enfin des logiques différentes à l'œuvre entre les droits de génération différente. Ce qui pourrait être motif à abstention et prudence confère en réalité au Conseil une liberté de mouvement qu'il n'hésite pas à utiliser.

¹⁷³ Puisque ces limites reposent sur des standards, conférant par essence un large pouvoir d'appréciation au juge (admission de finalité légitime) et supposent la mise en œuvre de méthodes techniques conférant un pouvoir d'appréciation considérable au Conseil (et notamment le contrôle de proportionnalité).

¹⁷⁴ Qui permettent de « réparer » une inconstitutionnalité potentielle en fixant la teneur du texte.

62. – Certains auteurs considèrent que le Conseil constitutionnel évite de glisser vers un gouvernement des juges, invoquant divers indices en ce sens : l'existence fréquente, en droit civil des personnes, d'un « non droit constitutionnel¹⁷⁵ » ; la modestie souvent affichée par le Conseil, qui souligne qu'il n'a pas un pouvoir d'appréciation comparable à celui du législateur ; la relative facilité avec laquelle il admet que des limites soient apportées aux principes et prérogatives constitutionnelles lorsqu'un intérêt général est en jeu.

63. – Applaudissant une « leçon de démocratie¹⁷⁶ », ils soulignent que le Conseil refuserait, non pas tant de prendre position sur les « questions de société » (ce que sont souvent les questions de droit civil des personnes), comme on le dit souvent¹⁷⁷, mais bien d'assumer une fonction créatrice, qu'il s'agisse de la création d'une nouvelle liberté ou d'un nouveau droit, ou de l'assignation de limites à une nouvelle disposition¹⁷⁸ : le Conseil s'abstiendrait de créer des normes constitutionnelles (que ce soit pour répondre favorablement à une revendication progressiste ou constitutionnaliser une interdiction conservatrice), limitant sa mission à la protection du citoyen contre l'arbitraire.

64. – Cette présentation optimiste rend-elle compte du droit positif ? Pour le vérifier, on recherchera comment le Conseil exerce effectivement ses pouvoirs (A), avant de replacer la question dans le contexte général du déclin du pouvoir législatif en droit de la famille (B).

A. L'exercice effectif de son pouvoir par le Conseil

65. – L'analyse de la jurisprudence nous semble révéler un Conseil moins réservé qu'on le dit (1), et plus pragmatique qu'on le croit (2).

1. La réserve relative du Conseil

66. – Le Conseil n'est pas toujours aussi réservé qu'on le dit. À preuve l'effectivité de son pouvoir créateur (a), et sa pratique variable de l'autolimitation (b).

a) L'effectivité du pouvoir créateur

67. – Certes, le Conseil refuse souvent de créer telle norme nouvelle ou de tirer tel droit nouveau d'une norme ancienne¹⁷⁹. Quelques exemples célèbres en con-

¹⁷⁵ N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, *op. cit.*

¹⁷⁶ F. CHÉNEDÉ, « La nouvelle leçon de démocratie du Conseil constitutionnel », *Actualité juridique. Familles*, n° 6, juin 2013, p. 332-335.

¹⁷⁷ Sur la critique de ce critère, voir P. DELVOLVÉ, « Constitution et société », *RFDA*, 2013, qui souligne que toutes les questions soumises au Conseil concernent par essence la société. Mais ne pourrait-on adopter une analyse plus sociologique de la notion de « faits de société », renvoyant aux questions qui s'inscrivent dans une évolution sociale et engendrent dans la société des débats sans fin, à mille lieux de tout consensus ? ; adde F. CHÉNEDÉ et P. DEUMIER, « L'œuvre du législateur, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », art. cité.

¹⁷⁸ F. CHÉNEDÉ et P. DEUMIER, « L'œuvre du législateur, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », art. cité.

¹⁷⁹ Ainsi du droit à la vie privée et à la vie familiale : J.-F. DE MONTGOLFIER, « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », art. cité.

vaincraient : refus de fonder sur le principe de dignité l'interdiction de la répudiation¹⁸⁰ ou la nécessité d'une attestation médicale pour bénéficier d'un changement de sexe à l'état civil¹⁸¹ ; refus de créer « un principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel le mariage serait l'union d'un homme et d'une femme », ou un « principe de valeur constitutionnelle de la filiation bilinéaire fondée sur l'altérité sexuelle », ou encore un « principe constitutionnel garantissant le droit de tout enfant de voir sa filiation concurremment établie à l'égard d'un père et d'une mère¹⁸² » ; refus de juger que le droit à la vie privée fonde le droit à faire établir la filiation biologique¹⁸³ » ; refus de prohiber les interdictions prescrites par le législateur d'établir un lien de filiation entre l'enfant issu de la procréation et l'auteur du don et d'exercer une action en responsabilité à l'encontre de celui-ci¹⁸⁴ ; exclusion du principe constitutionnel de protection du patrimoine génétique de l'humanité¹⁸⁵ ; refus de consacrer « le principe suivant lequel tout acte chirurgical doit être précédé d'un délai de réflexion¹⁸⁶ » ; refus de juger que le droit à la vie privée impose de dissimuler le caractère adoptif de la filiation ou que les liens de parenté établis par la filiation adoptive imitent ceux de la filiation biologique¹⁸⁷ ; refus de considérer que le droit à la vie familiale interdit l'anonymat du donneur de gamètes¹⁸⁸ ou implique le droit de se marier pour les couples de même sexe¹⁸⁹ ou suppose que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive¹⁹⁰, ou condamne l'adoption par deux personnes de même sexe¹⁹¹ ; refus de réserver au pouvoir constituant la définition du mariage au motif de « son caractère fondamental » alors que les conditions et l'ouverture du mariage relèvent de l'état des personnes et donc de l'article 34 de la Constitution¹⁹² ; refus de censurer l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe au motif qu'elle serait contraire à un « enracinement naturel du droit civil » selon lequel l'altérité sexuelle est le fondement du mariage, alors que « en tout état de cause », il convient de rejeter toute idée selon laquelle le mariage serait « naturellement » l'union d'un homme et d'une femme¹⁹³ ; etc.

68. – Mais le Conseil est parfois plus audacieux, n'hésitant pas à rattacher à tel droit ou telle liberté une nouvelle prérogative, comme l'illustre bien l'exemple de

¹⁸⁰ Déc. n° 99-419 DC, préc.

¹⁸¹ Déc. n° 2016-739 DC, préc.

¹⁸² Déc. n° 2013-669 DC, préc., cons. 18 et 21, cons. 46 et 56. Voir déjà Déc. n° 94-343/344 DC, préc., cons. 16 et 17.

¹⁸³ Déc. n° 2011-173 QPC, préc., cons. 6.

¹⁸⁴ Déc. n° 94-343/344 DC, préc., cons. 17.

¹⁸⁵ Déc. n° 94-343/344 DC, préc., cons. 8 et 11.

¹⁸⁶ Déc. n° 2015-727 DC, préc., cons. 42 et 44.

¹⁸⁷ Déc. n° 2013-669 DC, préc., cons. 51.

¹⁸⁸ Déc. n° 94-343/344 DC, préc., cons. 11.

¹⁸⁹ Déc. n° 2010-92 QPC, préc., cons. 8.

¹⁹⁰ Déc. n° 2010-39 QPC, préc., cons. 8.

¹⁹¹ Déc. n° 2013-669 DC, préc., cons. 46 et cons. 56.

¹⁹² Sur le grief et la réponse, voir *ibid.*, cons. 19 et 20.

¹⁹³ *Ibid.*

la liberté personnelle, procédant aujourd’hui de l’article 2 de la DDHC, et qui fonde désormais, outre la liberté du mariage et l’intimité de la vie privée, la liberté d’avorter¹⁹⁴, ou la protection des données personnelles¹⁹⁵, ou encore la liberté du divorce¹⁹⁶. Le Conseil n’hésite pas non plus, le cas échéant, à modifier le rattachement textuel des principes et droits constitutionnels pour échapper à telle règle embarrassante, comme le montrent l’exemple de l’intimité de la vie privée et de la liberté du mariage, passées de la liberté individuelle à la liberté personnelle pour éviter le jeu de l’article 66 de la Constitution et échapper à la compétence judiciaire, ou encore celui de la liberté de conscience, hier analysée comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République¹⁹⁷, et qu’il rattache désormais directement à l’article 10 de la DDHC et à l’alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946 pour lui permettre de rayonner au-delà de la question religieuse¹⁹⁸.

69. – La doctrine souligne aussi que le Conseil choisit parfois la prudence, au fond, en refusant de sanctionner la disposition substantielle, tout en jugeant qu’il y a atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif, comme l’illustrent là encore deux exemples puisés en droit civil des personnes. Le 30 mars 2012, après avoir refusé d’attacher au droit à la vie privée un droit d’acquérir la nationalité par mariage avec un français (cons. 8), le Conseil estimait que la loi, en présumant qu’il y avait eu fraude lorsque la communauté de vie conjugale cessait dans les 12 mois de la déclaration d’acquisition de nationalité faite par le conjoint étranger, imposait à l’étranger ayant acquis la nationalité française d’être en mesure de prouver, sa vie durant, qu’à la date de la déclaration aux fins d’acquisition de la nationalité, la communauté de vie entre les époux, tant matérielle qu’affective, n’avait pas cessé, ce qui portait une atteinte excessive aux droits de la défense, sauf à ne l’appliquer dans les instances engagées dans les deux années de la date de l’enregistrement de la déclaration¹⁹⁹. Le Conseil procédait de même le 27 juillet 2012 en jugeant que le législateur pouvait refuser de publier l’arrêté d’admission d’un enfant comme pupille de l’État et réserver la qualité pour agir contre lui aux personnes justifiant d’un lien avec l’enfant mais que le droit d’exercer un recours juridictionnel effectif imposait que soient définis les cas et conditions dans lesquelles ces personnes étaient effectivement mises à même d’exercer ce recours²⁰⁰.

70. – Enfin, l’analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel révèle qu’il n’hésite pas, le cas échéant, à moduler la sanction de l’inconstitutionnalité, qu’il s’agisse de fixer les effets temporels de l’abrogation²⁰¹ ou d’assurer la conformité à la Constitution par des réserves d’interprétation, le droit des personnes donnant

¹⁹⁴ Déc. n° 2001-446 DC, préc., cons. 10.

¹⁹⁵ Voir par ex. Déc. n° 2016-591 QPC, 21 octobre 2016, Registre public des trusts, cons. 3.

¹⁹⁶ Déc. n° 2016-557 QPC, préc., cons. 5.

¹⁹⁷ Déc. n° 77-87 DC, préc., cons. 5, invoquant l’art. 10 DDHC et le Préambule de la Constitution de 1946, qui rappelle que « Nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ». Adde Déc. n° 2001-446 DC, préc., cons. 13.

¹⁹⁸ Déc. n° 2013-353 QPC, préc., cons. 7 : « la liberté de conscience, qui résulte de ces dispositions, est au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit ».

¹⁹⁹ Déc. n° 2012-227 QPC, préc. ; Déc. n° 2012-264 QPC, 13 juillet 2012, M. Saïd K.

²⁰⁰ Déc. n° 2012-268 QPC, préc., cons. 8 et 9.

²⁰¹ Déc. n° 2012-268 QPC, préc., cons. 11.

des exemples de divers types de réserves identifiés en doctrine, à savoir les réserves constructives²⁰², neutralisantes²⁰³, ou aussi directives²⁰⁴.

b) Une pratique variable de l'autolimitation

71. – La doctrine souligne que le Conseil pratique souvent l'autolimitation, pour respecter le pouvoir législatif. À cet égard, elle se prévaut de divers éléments, de fond comme de forme, que l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle révèle souvent, mais pas toujours.

72. – Les auteurs invoquent d'abord la légèreté du contrôle de proportionnalité bien souvent opéré avant de conclure à la constitutionnalité d'une disposition. Ainsi lorsque le Conseil admet que le droit à la vie familiale ne saurait ouvrir un droit illimité au regroupement familial, et autorise le législateur par exemple à exiger que la vie familiale se déroule dans des conditions normales et à interdire à ce titre la polygamie²⁰⁵ ; ainsi lorsqu'il juge que la liberté individuelle ne fait pas obstacle à ce que la dissimulation du visage dans l'espace soit interdite à des fins d'ordre public²⁰⁶ ; ou encore que les dispositions transitoires de l'ordonnance du 4 juillet 2005 peuvent dénier aux enfants majeurs la possibilité de se prévaloir de l'effet acquisitif de nationalité française en principe attaché à la filiation maternelle²⁰⁷.

73. – La doctrine souligne aussi que le Conseil s'abstient souvent de vérifier réellement que la différence de situation invoquée au soutien d'un traitement juridique différencié est effectivement de nature à justifier la différence de traitement.

²⁰² Pour un exemple caractérisé, voir Déc. n° 99-419 DC, préc.

²⁰³ Pour un exemple de réserve d'interprétation qui retranche au texte, voir Déc. n° 2012-227 QPC, préc., le Conseil ayant décidé que la présomption prévue par la seconde phrase du troisième alinéa de l'article 26-4 ne pouvait s'appliquer que dans les instances engagées dans les deux années de la date de l'enregistrement de la déclaration, et que, dans les instances engagées postérieurement, il appartenait au ministère public de rapporter la preuve du mensonge ou de la fraude invoqué (cons. 14).

²⁰⁴ Pour un exemple de réserves d'interprétation directive, dans laquelle le Conseil impose une grille de lecture aux autorités d'application, voir Déc. n° 2013-669 DC, 17 mai 2013, préc., cons. 53 : « les dispositions relatives à l'agrément du ou des adoptants, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe, ne sauraient conduire à ce que cet agrément soit délivré sans que l'autorité administrative ait vérifié, dans chaque cas, le respect de l'exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant qu'implique le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ». Adde Déc. n° 2012-260 QPC, préc., qui après avoir souligné que « l'article 460 du Code civil n'interdit pas le mariage de la personne en curatelle » mais « le permet avec l'autorisation du curateur », et « que le refus du curateur peut être suppléé par l'autorisation du juge des tutelles », juge que « la décision (judiciaire) prononcée après un débat contradictoire doit être motivée en fonction de l'aptitude de l'intéressé à consentir au mariage » et rappelle qu'elle « est susceptible de recours », d'où résulte que « la personne en curatelle jouit des garanties nécessaires à l'exercice effectif de ces recours » (cons. 7).

²⁰⁵ Voir ainsi Déc. n° 93-325 DC, préc., cons. 77 ; Déc. n° 97-389 DC, 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, cons. 36 et 37.

²⁰⁶ Déc. n° 2010-613 DC, 7 octobre 2010, Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, cons. 4 et 5.

²⁰⁷ Déc. n° 2011-186/187/188/189 QPC, préc., cons. 6.

Diverses décisions rendues en matière d'état civil²⁰⁸ ou familial²⁰⁹, l'attestent effectivement, qu'il s'agisse d'attacher des conséquences différentes au lien de couple, selon qu'il est question d'un concubinage, d'un pacs ou d'un mariage, tant en droit social²¹⁰ que fiscal²¹¹, ou d'admettre des décharges fiscales différentes selon les causes de dissolution du mariage²¹², ou de distinguer entre enfants pour appliquer une nouvelle loi admettant l'établissement de la maternité par l'acte de naissance²¹³, ou pour déterminer le nom de l'enfant²¹⁴, ou pour répartir la pension de réversion²¹⁵, ou pour fixer des droits de mutation²¹⁶, etc.²¹⁷.

À quoi l'on est tenté d'objecter, d'une part, que ce peu d'empressement du Conseil n'est pas propre à la matière du droit civil des personnes et, d'autre part, que le Conseil est parfois un peu plus sourcilieux, ce que montre très bien la décision rendue en matière de pension de réversion. Le Conseil a commencé par identifier l'objet de la pension de réversion : elle « a pour objet de compenser la perte de

²⁰⁸ Pour la capacité, voir Déc. n° 2011-136 QPC, préc., cons. 9 : « si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ; que les dispositions contestées, qui laissent à la charge de la personne protégée, dans tous les cas, le coût de l'indemnité en complément susceptible d'être allouée au mandataire judiciaire à la protection des majeurs, ne méconnaissent pas le principe d'égalité ». Adde Déc. n° 2014-444 QPC, préc., cons. 5 et 9, vérifiant la constitutionnalité de l'incapacité de recevoir à titre gratuit frappant les associations simplement déclarées au regard du principe d'égalité : « en réservant la capacité d'accepter des libéralités aux seules associations déclarées "qui ont pour but exclusif l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique ou médicale", le législateur a entendu favoriser, par la loi du 23 juillet 1987, l'affectation de dons et legs à des associations déclarées en raison de l'intérêt général spécifique qu'il a reconnu à leur objet et à la nature de leur activité ; que les différences de traitement qui en résultent entre les associations déclarées sont en rapport direct avec l'objet de la loi ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité doit être écarté ».

²⁰⁹ J.-F. DE MONTGOLFIER, « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », art. cité.

²¹⁰ Ainsi du refus de la pension militaire d'invalidité au conjoint divorcé : Déc. n° 2013-324 QPC, préc.

²¹¹ Déc. n° 99-419 DC, préc., cons. 43, 45.

²¹² Déc. n° 2013-330 QPC, 28 juin 2013, Mme Nicole B.

²¹³ Il n'est pas contraire à l'égalité d'admettre des distinctions entre les enfants majeurs et les enfants mineurs pour faire produire un effet de nationalité à l'établissement de la maternité hors mariage par le seul acte de naissance : Déc. n° 2011-186/187/188/189 QPC, préc.

²¹⁴ Déc. n° 2013-669 DC, préc. La requête reprochait aux articles 357 et 363 du Code civil d'être contraires à l'égalité : alors qu'en l'absence de déclaration conjointe mentionnant le nom de l'enfant, celui-ci prendra le nom de l'adoptant et de son conjoint ou de chacun des deux adoptants, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, présentés dans l'ordre alphabétique, l'article 311-21 du Code civil ne prévoit une règle similaire pour les enfants dont la filiation est établie selon les modalités prévues par le titre VII du livre I^{er} de ce code qu'en cas de désaccord entre les parents signalé par l'un d'eux à l'officier d'état civil au plus tard au jour de la déclaration de naissance. Le Conseil constitutionnel a répondu sèchement que « cette différence de traitement ne méconnaît pas le principe d'égalité » (cons. 68).

²¹⁵ Déc. n° 2013-348 QPC, préc.

²¹⁶ Déc. n° 2013-361 QPC, préc.

²¹⁷ Adde pour l'action négatoire en nationalité française, Déc. n° 2013-354 QPC, 22 novembre 2013, Mme Chaly K., cons. 9. Adde pour le refus de prélèvement du sang de cordon ou placentaire, Déc. n° 2012-249 QPC, 16 mai 2012, Société Cryo-Save France, cons. 9.

revenus que le conjoint survivant subit du fait du décès de son époux fonctionnaire civil ». Puis il s'est attaché à la définition respective du concubinage, du pacs et du mariage, et à la détermination de leurs effets respectifs : « à la différence des époux, les concubins ne sont légalement tenus à aucune solidarité financière à l'égard des tiers ni à aucune obligation réciproque » ; « contrairement aux personnes vivant en concubinage, les partenaires sont assujettis à des obligations financières réciproques et à l'égard des tiers » ; mais

les dispositions du code civil ne confèrent aucune compensation pour perte de revenus en cas de cessation du pacte civil de solidarité au profit de l'un des partenaires, ni aucune vocation successorale au survivant en cas de décès d'un partenaire [;]

le régime du mariage a pour objet non seulement d'organiser les obligations personnelles, matérielles et patrimoniales des époux pendant la durée de leur union, mais également d'assurer la protection de la famille [;]

ce régime assure aussi une protection en cas de dissolution du mariage.

Il a ensuite souligné « que le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui reconnaît l'article 34 de la Constitution, défini trois régimes de vie de couple qui soumettent les personnes à des droits et obligations différents ». Ce qui lui a permis de conclure que

la différence de traitement quant au bénéfice de la pension de réversion entre les couples mariés et ceux qui vivent en concubinage ou sont unis par un pacte civil de solidarité ne méconnaît pas le principe d'égalité²¹⁸.

74. – En ce sens enfin, et surtout, on souligne l'emploi, en droit civil des personnes, du joker bien connu : « je ne dispose pas du même pouvoir d'appréciation que le législateur ».

La célèbre formule apparaît effectivement dans plus de la moitié des décisions QPC rendues en matière de droit civil des personnes²¹⁹ : ainsi lorsqu'il a écarté le grief d'atteinte au respect de l'être humain dès le commencement de sa vie pour censurer les lois relatives à l'IVG, ou à l'assistance médicale à la procréation, ou aux recherches sur l'embryon ; lorsqu'il a jugé constitutionnelle la loi limitant l'accès aux origines personnelles²²⁰, ou celle interdisant, telle qu'interprétée en jurisprudence, l'adoption simple par un partenaire pacsé de l'enfant biologique de l'autre partenaire en l'absence de mariage²²¹, ou encore, tout à la fois, celle refusant le mariage aux couples de personnes de même sexe²²² et celle leur ouvrant le mariage²²³, etc.

Mais là encore, il faut mesurer que cette modestie n'est pas systématique, comme le révèle très bien la jurisprudence relative au statut de l'embryon. La formule rituelle apparaît bien en 1975, lorsqu'il a validé la loi relative à l'interruption

²¹⁸ Déc. n° 2011-155 QPC, préc., cons. 4, 5, 6, 7, 8.

²¹⁹ J.-F. DE MONTGOLFIER, « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », art. cité.

²²⁰ Déc. n° 2012-848 QPC, 16 mai 2012, Mathieu E., accès aux origines personnelles, cons. 8. Adde Déc. n° 2012-268 QPC, préc., cons. 8.

²²¹ Déc. n° 2010-39 QPC, préc., cons. 9.

²²² Déc. n° 2010-92 QPC, préc., cons. 5 et 9.

²²³ Déc. n° 2013-669 DC, préc., cons. 14, 22, 49.

de grossesse²²⁴, en 1994, lorsqu'il a rejeté le grief d'inconstitutionnalité élevé à l'encontre de la disposition qui prévoyait la destruction de l'embryon congelé²²⁵, et à nouveau en 2001, lorsqu'il a jugé que le législateur n'avait pas rompu l'équilibre entre la liberté personnelle de la femme et le respect de la sauvegarde de la dignité de la personne en étendant de 10 à 12 semaines le délai pendant lequel une interruption volontaire de grossesse est autorisée²²⁶. Mais les décisions plus récentes sont moins prudentes et le Conseil constitutionnel affirme désormais la constitutionnalité des dispositions qui lui sont soumises sans s'abriter derrière les limites inhérentes à son pouvoir d'appréciation, comme l'attestent la décision rendue le 1^{er} août 2013, à propos de la loi admettant sous conditions la recherche sur l'embryon, dont il a affirmé sans s'en expliquer vraiment qu'elle ne méconnaissait pas le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine²²⁷, ou encore les décisions relatives aux lois ayant successivement assoupli l'encadrement de l'interruption volontaire de grossesse, qu'il s'agisse de la suppression de la condition de détresse, dont il a sèchement estimé en 2014 qu'elle ne méconnaissait aucune exigence constitutionnelle après avoir seulement rappelé que la loi réservait autrefois à la femme le soin d'apprécier seule si elle se trouvait dans cette situation²²⁸, ou de la suppression du délai d'une semaine entre la demande de la femme et la confirmation de cette demande, dont il a jugé qu'elle ne rompait pas l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la DDHC, « dès lors que l'article L. 2212-5 du code de la santé publique... fait obstacle à ce que la demande d'interruption de grossesse et sa confirmation écrite interviennent au cours d'une seule et même consultation²²⁹ ».

75. – Cela donne à penser que la jurisprudence constitutionnelle mériterait d'être analysée sous un angle sociologique : la composition du Conseil, la moindre résistance de l'opinion publique à telle ou telle nouveauté, l'attrait de telle découverte scientifique, l'essor de l'idée d'égalité et de disposition de son corps par la femme, etc., ne seraient-ils pas mieux à même d'expliquer les solutions que le respect par le Conseil du principe démocratique ?

2. Le pragmatisme du Conseil

76. – L'analyse donne également à voir le pragmatisme du Conseil²³⁰, qui semble bien souvent fixer d'abord le cap à atteindre (censurer ou non le texte déféré), puis chercher les moyens d'y parvenir.

²²⁴ Déc. n° 75-54 DC, 15 janvier 1975, cons. 1.

²²⁵ Déc. n° 94-343/344 DC, préc., cons. 9 et 10.

²²⁶ Déc. 2001-446 DC, préc., cons. 5.

²²⁷ Déc. n° 2013-674 DC, préc.

²²⁸ Déc n° 2014-700 DC, préc., cons. 4.

²²⁹ Déc. n° 2015-727 DC, préc.

²³⁰ Sur la place des considérations extrajuridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité, voir par ex. P. MAZEAUD, « La place des considérations extrajuridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », Erevan, 2005.

77. – L'absence de justification, la légèreté des contrôles opérés, ou le caractère peu convaincant des motifs avancés²³¹ dissimulent parfois assez mal un parti pris politique, favorable au texte²³². Quatre exemples célèbres l'illustreront²³³.

78. – Le premier exemple sera tiré de la décision rendue le 9 novembre 1999 à l'occasion de la loi relative au pacte civil de solidarité²³⁴ : on y observe que le Conseil a écarté sans aucune justification le grief de violation du principe d'égalité tenant au fait que la loi empêchait le mineur et le majeur sous tutelle de contracter un pacs et celui de la violation de la liberté individuelle résultant des empêchements institués par la loi (cons. 55) ; surtout, on y découvre un interventionnisme considérable, le Conseil ayant purement et simplement « réécrit » la loi²³⁵, pour échapper au grief d'incompétence négative, en multipliant les réserves d'interprétation (voir *infra*, n° 86).

79. – Le deuxième exemple sera tiré de la décision rendue le 17 mai 2013 au sujet de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe²³⁶, tant les motifs de la décision sont malvenus.

Refuser de créer un principe fondamental reconnu par les lois de la République (cons. 18) au motif

que, si la législation républicaine antérieure à 1946 et les lois postérieures ont, jusqu'à la loi déferée, regardé le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, cette règle[...] n'intéresse [pas] les droits et libertés fondamentaux²³⁷

est tout simplement absurde, et d'autant plus malvenu qu'il suffisait²³⁸ de relever que l'existence de cette règle constante concernait bien les droits fondamentaux en

²³¹ Un autre exemple peut être trouvé dans la qualification incertaine du pacte civil de solidarité (voir *supra*, n° 57). Ou être puisé dans l'affirmation par le Conseil de ce qu'il ne lui appartenait pas de remettre en cause la décision prise par le législateur de soustraire les embryons *in vitro* au principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie (Déc. n° 94-343/3444, préc., cons. 9 et 10). Vingt ans plus tard, abandon de cette soustraction, implicitement, en contrôlant la constitutionnalité de la loi encadrant la recherche par référence au principe de dignité : Déc. n° 2013-674 DC, préc. Pour quelle raison ? Mystère. Pour quel effet ? Aucun.

²³² Cf. N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, op. cit., n° 312.

²³³ Adde Déc. n° 2013-361 QPC, préc. La question prioritaire faisait valoir que le refus de prise en compte de l'adoption simple, exception faite de l'adopté ayant reçu de l'adoptant des secours et des soins ininterrompus lors de sa minorité, porterait atteinte au droit de mener une vie familiale normale. Le Conseil s'est contenté de répondre que les dispositions fiscales considérées sont « sans incidence sur les règles relatives à l'établissement de la filiation adoptive prévues par le titre VIII du livre I^{er} du Code civil » et « qu'elles ne font pas obstacle aux relations entre l'enfant et l'adoptant en la forme simple » (cons. 13), alors que le droit à la vie familiale ne se résume pas au droit de faire établir un lien juridique et que l'absence d'« obstacle » à l'exercice d'un droit ne signifie pas que ce droit n'est pas atteint.

²³⁴ Décision n° 99-419 DC, préc. : le législateur « a pu, par ailleurs, sans porter non plus atteinte au principe d'égalité, ne pas autoriser la conclusion d'un pacte par une personne mineure émancipée et par une personne majeure placée sous tutelle ».

²³⁵ N. MOLFESSIS, « La réécriture de la loi relative au pacs par le Conseil constitutionnel », *JCP* 2000, I, 2010.

²³⁶ Déc. n° 2013-669 DC, préc.

²³⁷ Nous soulignons.

²³⁸ Ou encore, comme le suggérait P. Murat, de relever que l'existence d'une structure juridique pour la vie à deux constituait bien un PFRLR mais que tous les principes organisationnels n'en

ce qu'elle ouvrait la liberté de se marier aux couples de personnes de sexe différent, mais qu'elle ne s'opposait pas à une ouverture plus grande de la liberté matrimoniale.

De même refuser de faire de la dimension hétérosexuée de la filiation un principe constitutionnel (cons. 56) au motif

que la législation républicaine antérieure à la Constitution de 1946 relative aux conditions de l'adoption et aux conditions d'établissement de la maternité et de la paternité a toujours compris des règles limitant ou encadrant les conditions dans lesquelles un enfant peut voir établir les liens de filiation à l'égard du père ou de la mère dont il est issu...

et qu'il n'existe donc aucun principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de « caractère bilinéaire de la filiation fondé sur l'altérité sexuelle », revient à confondre l'établissement d'une double filiation et la dimension hétérosexuée de la filiation²³⁹.

Enfin, affirmer qu'

aucune exigence constitutionnelle n'impose [...] que les liens de parenté établis par la filiation adoptive imitent ceux de la filiation biologique

revient à nier l'existence du modèle procréatif charnel, qui irrigue pourtant le droit positif (alors que constitutionnaliser ce modèle, qui prend appui sur l'intérêt de l'enfant²⁴⁰, n'interdisait évidemment pas d'admettre qu'il reçoive des limites), existence que le Conseil admet ensuite lui-même implicitement, lorsqu'il écarte le grief d'inconstitutionnalité en matière d'assistance médicale à la procréation. Comment expliquer une telle affirmation, inexacte et contradictoire, autrement que par la volonté du Conseil d'ouvrir la voie à une reconfiguration du droit de la filiation²⁴¹ ?

80. – Le troisième exemple tient à la décision rendue le 18 octobre 2013, sur QPC, et relative à l'absence de clause de conscience des officiers d'état civil en matière de célébration d'un mariage entre personnes de même sexe. Le Conseil écarte le grief d'inconstitutionnalité au motif, très discutable, « qu'eu égard aux fonctions de l'officier de l'état civil dans la célébration du mariage », la loi ne portait pas « atteinte à la liberté de conscience²⁴² ». Il eût été plus convaincant de considérer que l'absence de clause de conscience portait atteinte à la liberté de conscience de l'officier d'état civil²⁴³, mais que cette atteinte était justifiée par la volonté « d'as-

étaient pas (interdit de l'inceste, de la monogamie, laïcité) (P. MURAT, « La Constitution et le mariage : Regards d'un privatiste », art. cité).

²³⁹ L. BRUNET, « Le Conseil constitutionnel face à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *RDSS*, n° 5, septembre-octobre 2013, p. 908-918.

²⁴⁰ Sur l'analyse en droit européen, voir *infra*, n° 89.

²⁴¹ Sur quoi, voir L. BRUNET, « Le Conseil constitutionnel face à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », art. cité.

²⁴² Déc. n° 2013-353 QPC, préc., cons. 10. Cf. la clause de conscience que le Conseil reconnaît au personnel médical en matière d'interruption de grossesse, et qu'il rattache à la liberté de conscience : Déc. n° 1974-54 DC, 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption de grossesse, cons. 8 ; Déc. n° 2001-446 DC, préc., cons. 14 et 15.

²⁴³ Cf. CEDH, *Eweida et autres c/RU*, 15 janvier 2013, req. n° 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10.

surer l'application de la loi relative au mariage » et « de garantir ainsi le bon fonctionnement et la neutralité du service public de l'état civil », finalités que le Conseil soulignait explicitement dans cette même décision. Il est tentant d'expliquer la motivation catégorique, d'une part par le refus du Conseil d'ouvrir un quelconque débat général sur la liberté de conscience des officiers d'état civil, d'autre part par un parti pris favorable à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

81. – Le quatrième et dernier exemple sera puisé dans la décision rendue le 17 novembre 2016 au sujet de la loi dite de modernisation de la justice du XXI^e siècle, loi dont on sait qu'elle a accueilli dans l'ordre juridique un divorce par consentement mutuel déjudiciarisé²⁴⁴.

Les auteurs de la saisine faisaient valoir que la loi instaurant le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire rompait l'égalité entre les enfants²⁴⁵ et ne respectait pas leur intérêt, puisqu'elle se bornait à imposer une homologation judiciaire lorsque le mineur demande son audition par le juge, ce qui laissait sans protection les enfants trop jeunes pour former une telle demande. À quoi le Conseil constitutionnel a répondu que la différence de traitement existant entre les enfants (selon qu'ils étaient ou non en état de demander à être auditionné par un juge) reposait sur une différence de fait (l'existence ou l'absence de discernement²⁴⁶), et que les intérêts de leurs enfants étaient en toute hypothèse garantis par les parents investis de l'autorité parentale (« les mineurs [...] bénéficient en tout état de cause de la protection qui découle des exigences de l'autorité parentale²⁴⁷ »), argument cocasse dans une société qui traque le conflit d'intérêts, et dont il faut espérer que le Conseil n'y a pas cru lui-même !

82. – Mis bout à bout, ces divers éléments fragilisent la thèse de l'autolimitation constitutionnelle en droit civil des personnes et donnent à voir que le Conseil n'hésite pas, en droit civil des personnes, à user de la liberté de manœuvre que le contrôle de constitutionnalité instauré lui confère. On peut le regretter, au regard du principe démocratique. Encore faut-il replacer le phénomène dans le contexte contemporain général de déclin de la loi en droit civil des personnes.

B. Le contexte général du déclin de la loi en droit civil des personnes

83. – Ce déclin nous semble tenir à deux éléments : l'importance du pouvoir réglementaire d'abord (1), l'importance du pouvoir juridictionnel ensuite (2).

1. L'importance du pouvoir réglementaire en droit des personnes

84. – Chacun sait que l'article 34 de la Constitution de 1958 consacre la compétence exclusive du législateur en matière de nationalité, d'état et de capacité, et octroie à la loi le pouvoir de fixer les règles concernant les garanties fondamentales

²⁴⁴ Déc n° 2016-739 DC, préc.

²⁴⁵ Cons. 37.

²⁴⁶ Cons. 43.

²⁴⁷ *Ibid.*

accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques²⁴⁸. À quelle réalité pratique le texte conduit-il ?

85. – Il convient d'abord de souligner que le premier chef de compétence exclusive de la loi – l'état et la capacité des personnes – est notablement limité par les textes, qui attribuent la procédure civile au pouvoir réglementaire²⁴⁹, et ne permettent de soulever le grief d'incompétence négative au soutien d'une QPC « que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit²⁵⁰ ». Il faut aussi relever que de nombreuses questions n'ont pas été soumises au Conseil, pour des raisons diverses, de compétence notamment²⁵¹, alors pourtant qu'elles sont de première importance. Comment se peut-il que la définition de la mort, résulte, aujourd'hui encore, d'un décret²⁵² ? Ou que le livret de famille soit prévu et encadré par décret ? Ou que l'état civil soit largement appréhendé par des circulaires ? Surtout, il faut souligner combien cette compétence exclusive de la loi est mollement défendue par le Conseil constitutionnel. Certes, il lui arrive parfois de rappeler la compétence législative²⁵³, voire de censurer une loi abandonnant trop au règlement. Mais il lui arrive aussi d'autoriser le législateur à abandonner au pouvoir

²⁴⁸ D'où résulte que le pouvoir réglementaire ne s'y déploie que pour édicter les mesures d'application qui sont nécessaires à la mise en œuvre de ces règles. Pour une illustration de la distinction, voir Déc. n° 64-30, Loi du 17 septembre 1964.

²⁴⁹ Pour une illustration, voir par ex. au sujet des conditions de l'appel en matière d'assistance éducative, Déc. n° 66-40, Loi 8 juillet 1966, ou à propos des conditions d'identification par empreintes génétiques d'un demandeur de visa, Déc. n° 2007-557, préc., cons. 21.

²⁵⁰ Voir par ex. Déc. n° 2011-134 QPC, 17 juin 2011, Union générale des confédérations de fonctionnaires CGT et autres (réorientation professionnelle des fonctionnaires), cons. 10 et 12.

²⁵¹ Les juridictions judiciaires et administratives remédieront heureusement bien souvent à cette intrusion d'un pouvoir non habilité dans un domaine législatif. Voir par exemple en matière de nom, CE, 4 décembre 2009, n° 315818, qui a censuré la circulaire du 6 décembre 2004 qui imposait un double tiret en matière de nom et ajoutait ainsi à la loi. Adde sur la question de la délivrance d'une copie intégrale d'acte de naissance faisant apparaître le caractère adoptif de la filiation, interdite par circulaire, alors qu'aucune loi ne contenait une telle interdiction : Civ. 1, 31 mars 2016, n° 15-13147, Bulletin. Voir, aussi, au sujet de l'acte d'enfant sans vie, Civ. 1, 6 février 2008, nos 06-16499, 16-498 et 16-500.

²⁵² C'est un texte du Code de la santé publique qui définit la mort, dans le contexte du prélèvement d'organes : article R 1232-1, issu d'un décret du 2 août 2005.

²⁵³ Voir ainsi Déc. n° 2011-173 QPC, préc., cons. 3 : « il appartient au législateur de déterminer les règles de preuve applicables en matière d'établissement et de contestation des liens de filiation, notamment lors de l'exercice d'actions en justice ».

réglementaire des questions dont l'importance est pourtant considérable²⁵⁴. À l'exception d'une censure en matière d'identité et d'incapacité²⁵⁵, le grief d'incompétence négative semble avoir été souvent rejeté²⁵⁶, alors même qu'il était parfois pertinent de reprocher au législateur de ne pas avoir exercé sa compétence.

86. – Trois exemples en convaincront.

Le 2 juin 2017, le Conseil écartait le grief d'incompétence négative formulé, sur QPC, contre les textes du Code de la santé publique qui encadrent la décision d'arrêt des soins, en renvoyant à un décret l'organisation de la procédure collégiale préalable à la décision de limitation ou d'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté, et en ne prévoyant aucune voie de recours contre la décision²⁵⁷. Certes la procédure relève du pouvoir réglementaire ! Mais comment ne pas voir que les questions de procédure sont ici d'une telle importance qu'elles atteignent en réalité la substance même des libertés individuelles et droits fondamentaux²⁵⁸ ?

Le 17 novembre 2016, il écartait ce même grief formulé à l'encontre de la loi dite de modernisation de la justice du XXI^e siècle²⁵⁹ qui accueillait un divorce par consentement mutuel extrajudiciaire sans prendre le soin de protéger le mineur dépourvu de discernement (cons. 47), la haute juridiction ayant répondu qu'il existait des garanties suffisantes (cons. 51 et 52) pour assurer la protection de l'enfant²⁶⁰.

²⁵⁴ L'article 34 de la Constitution de 1958 prévoit par ailleurs que la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, ce qui inclut en réalité, vu le sens de cette qualification, diverses libertés et prérogatives civiles (droit à la vie privée, droit à la présomption d'innocence, droit à l'intégrité du corps, liberté de conscience, etc.). Mais ce chef de compétence exclusive ne semble pas davantage conduire à de nombreuses censures : voir ainsi la question de l'encadrement de la recherche sur l'embryon, jugé suffisant pour que soit respectée le principe de dignité de la personne : Déc. n° 2013-674 DC, préc., cons. 6, 8, 12, 13 et 17 ; adde Déc. n° 2015-727 DC, préc., cons. 85. À titre d'exemple de censure, pour incompétence négative et atteinte au droit à la vie privée, V. Déc. n° 2012-652 DC, préc. La loi votée permettait d'intégrer à la carte d'identité des données, conservées séparément, permettant à son titulaire de s'identifier sur les réseaux de communications électroniques et de mettre en œuvre sa signature électronique. La censure est intervenue notamment parce que le texte ne précisait ni la nature des « données » au moyen desquelles ces fonctions pouvaient être mises en œuvre ni les garanties assurant l'intégrité et la confidentialité de ces données, ni les conditions dans lesquelles s'opérait l'authentification des personnes mettant en œuvre ces fonctions, notamment lorsqu'elles étaient mineures ou bénéficiaient d'une mesure de protection juridique (cons. 14).

²⁵⁵ Déc. n° 2012-652 DC, préc.

²⁵⁶ Pour des illustrations d'un tel rejet en droit des étrangers, voir Déc. n° 2007-557 DC, préc., cons. 20 et 21 ; Déc. n° 2006-542 DC, préc., cons. 17 ; Déc. n° 97-389 DC, 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, cons. 6 ; Déc. n° 2003-484 DC, préc., cons. 11.

²⁵⁷ Déc. n° 2017-632 QPC, préc.

²⁵⁸ Pour la critique de la décision, voir X. BIOY, « Le Conseil constitutionnel et l'arrêt des traitements médicaux – Les sophistes face à la mort de Socrate », *AJDA*, n° 33, 9 octobre 2017, p. 1908-1911.

²⁵⁹ Adde Déc. n° 2016-745 DC, préc., cons. 85, et le rejet du grief tenant à l'insuffisante précision de la notion d'identité de genre au regard du principe de légalité des peines et la réponse faite, le Conseil jugeant que l'intention législative et le droit européen éclairaient suffisamment cette notion.

²⁶⁰ Ce qui est inexact s'agissant de l'enfant dépourvu de discernement, les seules garanties résidant, d'une part, dans la protection de cet intérêt dévolue aux parents eux-mêmes (dévolution

Mais sans doute le cas le plus célèbre est-il la décision rendue le 9 novembre 1999 au sujet de la loi relative au pacte civil de solidarité, le Conseil constitutionnel ayant validé un texte auquel manquaient pourtant de nombreuses précisions (notion de vie commune, notion et modalités de l'aide mutuelle et matérielle, nature de la nullité encourue en cas de violation des empêchements à pacs, portée de l'indivision, étendue de la solidarité, formes à respecter, etc.), le quitus constitutionnel ayant été obtenu au moyen de réserves d'interprétation nombreuses et conséquentes (sur lesquelles voir *supra*, n° 78)²⁶¹, ou en renvoyant au pouvoir réglementaire des questions pourtant essentielles pour la vie privée des intéressés²⁶².

87. – Ce peu de considération pour la compétence législative étonne, alors que les questions d'état et de capacité sont trop importantes pour être abandonnées au pouvoir réglementaire : c'est l'institution du sujet, dans sa personnalité, son état, sa capacité, ses libertés, qui détermine son statut civil.

2. L'importance du pouvoir juridictionnel en droit des personnes

88. – Il est tentant de relativiser la portée de la jurisprudence constitutionnelle, tant il est vrai que le contexte contemporain de la fondamentalisation du droit donne à voir un phénomène général de juridictionnalisation du droit et révèle aussi les limites du rôle du Conseil, au regard d'autres jurisprudences.

a). Jurisprudence constitutionnelle et jurisprudence européenne

89. – C'est naturellement du côté de la jurisprudence de la Cour européenne que le regard se porte en premier lieu. Divers exemples attestent l'existence effective d'un dialogue des juges²⁶³ et montrent que le Conseil et la Cour adoptent bien souvent des solutions comparables : accouchement sous X²⁶⁴, mariage entre couple de personnes de même sexe²⁶⁵, adoption au sein d'un couple de personnes de même

aberrante au regard du conflit d'intérêts dans lequel ils se trouvent) et, d'autre part, dans le pouvoir judiciaire de modification des dispositions conventionnelles relatives à l'enfant.

²⁶¹ Déc. n° 99-419 DC, préc., cons. 22.

²⁶² Ainsi s'agissant du comblement des lacunes de la loi sur la publicité du pacte civil de solidarité, voir cons. 34 à 36.

²⁶³ Sur « le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel », *i. e.* le fait pour le Conseil de s'inspirer de la jurisprudence de la Cour EDH pour créer des droits nouveaux, voir O. DUTHELLET DE LAMOTHE, « Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel », VI^e Congrès mondial de droit constitutionnel, Santiago du Chili, 16 janvier 2004, consultable sur le site du Conseil constitutionnel [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/comparatif.pdf] Cf. A. GOUTTENNOIRE, « Cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, *La Constitution et le droit des personnes et de la famille*, avril 2013, p. 63-77 [<https://www.cairn.info/revue-nouveaux-cahiers-conseil-constitutionnel-2013-2-page-63.html>] On observera en ce sens que les décisions de la Cour EDH sont le plus souvent citées dans le dossier de la décision du Conseil, et inversement.

²⁶⁴ Cf. CEDH, affaire Odièvre c/ France, req. n° 42326/98, 13 février 2003 ; CEDH, Kearns c/ France, 10 janvier 2008, 35991/04 ; Déc. n° 2012-248 QPC, préc.

²⁶⁵ CEDH, Schalk et Kopf c/ Autriche, 24 juin 2010, n° 30141/04.

sexe²⁶⁶, etc. Mais sur de nombreuses questions, les jurisprudences diffèrent, la jurisprudence du Conseil semblant dans l'ensemble²⁶⁷ en retrait par rapport à celle de la Cour, par exemple en matière de filiation, où la Cour favorise la réalité biologique²⁶⁸, quand le Conseil refuse d'y voir un quelconque modèle²⁶⁹, ou encore en matière de droit à la vie familiale, la Cour n'hésitant pas à protéger à ce titre une simple réalité familiale factuelle, quand le Conseil s'en tient au droit à une « vie familiale normale », ou encore par exemple en matière d'égalité, le Conseil constitutionnel s'en tenant à une approche assez formelle (en ce sens que l'égalité n'impose pas de traitement différent des situations différentes²⁷⁰), quand la Cour semble plus favorable à une approche différentialiste.

90. – De surcroît, et au-delà des divergences éventuelles de solutions, la richesse de la jurisprudence européenne en droit des personnes et de la famille dépasse – et de loin ! – celle du Conseil : est-il besoin de rappeler tout ce que le droit civil contemporain des personnes doit, directement ou indirectement, à la Cour européenne en matière de transsexualisme, d'égalité successorale entre les enfants²⁷¹, de statut de la personne en fin de vie, de filiation, et notamment de filiation de l'enfant issu d'une assistance médicale à la procréation, etc. Les évolutions récentes les plus importantes du droit civil des personnes sont venues de Strasbourg et non de la rue de Montpensier.

²⁶⁶ CEDH, Gas et Dubois, 31 août 2010, n° 25951/07.

²⁶⁷ Contra, le refus d'un droit au divorce par la CEDH : Johnston et autres c/ Irlande, 18 décembre 1986, n° 9697/82, § 52-54.

²⁶⁸ Sur quoi, voir CEDH, Mikulic c/ Croatie, 7 février 2002, n° 53176/99 ; CEDH, Odièvre c/ France, 13 février 2003, n° 42326/98 ; CEDH, Pascaud c/ France, 16 juin 2011, n° 19535/08. Adde par ex. *infra*, n° 93, la jurisprudence citée en matière de gestation pour autrui.

²⁶⁹ D'où une vraisemblable divergence à l'égard de l'encadrement de l'expertise génétique aux fins d'identification par l'art. 16-11, encadrement jugé conforme à la Constitution par le Conseil aux motifs « qu'en disposant que les personnes décédées sont présumées ne pas avoir consenti à une identification par empreintes génétiques, le législateur a entendu faire obstacle aux exhumations afin d'assurer le respect dû aux morts » (cons. 6) et « qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, du respect dû au corps humain », d'où résultait que « les griefs tirés de la méconnaissance du respect dû à la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale doivent être écartés » (Déc. n° 2011-173 QPC, préc.), quand la Cour européenne estime pour sa part que « la protection des intérêts du père présumé ne saurait constituer à elle seule un argument suffisant pour priver le requérant de ses droits au regard de l'article 8 de la Convention » (CEDH, Pascaud c/ France, 16 juin 2011, req. n° 19535/08, et 61 *sqq.*).

²⁷⁰ Illustration en droit civil des personnes : Déc. n° 2011-136 QPC, préc., cons. 9 : « si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ; que les dispositions contestées, qui laissent à la charge de la personne protégée, dans tous les cas, le coût de l'indemnité en complément susceptible d'être allouée au mandataire judiciaire à la protection des majeurs, ne méconnaissent pas le principe d'égalité ».

²⁷¹ CEDH, Mazurek c/ France, 1^{er} février 2000, n° 34406/97 ; adde Civ. 1, 22 mars 2017, n° 16-13946.

91. – Les raisons sont multiples, tenant aux conditions différentes de la saisine des juridictions (filtre politique ou juridictionnel ou accès direct du citoyen ; limitation temporelle de la saisine avant promulgation ; etc.)²⁷², à leur composition (proximité avec le pouvoir politique, compétence juridique ou non), à leur nature (plus ou moins juridictionnelle), au contenu et à l'origine des textes de référence (le bloc de constitutionnalité arme naturellement moins solidement le Conseil que les textes de la CEDH et de la CIDE)²⁷³, au pouvoir effectif de sanction (le Conseil peut abroger la loi, ou imposer une réserve d'interprétation, quand la Cour peut seulement ordonner une satisfaction équitable), etc.

92. – Il est possible que la portée de la jurisprudence du Conseil constitutionnel grandisse avec la QPC et qu'une jurisprudence plus audacieuse apparaisse, à terme, rapprochant davantage le Conseil de la Cour. Encore faudra-t-il lever certains freins, et notamment celui tenant au filtre juridictionnel des QPC. Ce qui porte à mettre la jurisprudence du Conseil constitutionnel en regard de celle des juges ordinaires.

b) Jurisprudence constitutionnelle et jurisprudences « ordinaires »

93. – La jurisprudence des juges ordinaires ne porte-t-elle pas, elle aussi, à relativiser l'impact de celle du Conseil constitutionnel ?

L'exemple de la dignité est sans doute assez révélateur de la distance qui peut séparer les juges ordinaires du juge constitutionnel, tant il est vrai que la timidité du Conseil constitutionnel n'a pas empêché le Conseil d'État, en cas de besoin, d'interdire tel ou tel spectacle en faisant de la dignité l'une des composantes de l'ordre public²⁷⁴, ou d'admettre la responsabilité de l'État pour conditions d'incarcération contraires à la dignité humaine²⁷⁵.

De façon plus générale, on soulignera que la jurisprudence européenne semble jouer auprès des juridictions ordinaires d'une plus grande considération que la jurisprudence constitutionnelle. À preuve la fréquente invocation des textes européens, voire de la jurisprudence européenne, au soutien de telle décision interne, et l'absence quasi systématique de référence aux textes constitutionnels et à leur interprétation par le Conseil, comme l'illustre excellemment l'exemple de la liberté d'information²⁷⁶. À preuve l'alignement fréquent de la jurisprudence civile sur les

²⁷² Le Conseil n'a ainsi jamais été saisi de la question de l'égalité dans l'attribution du nom. Cf. CEDH, *De Ram c/ France*, 27 août 2013, n° 38275/10, validant les dispositions transitoires de la loi du 4 mars 2002 ; Civ. 1, 24 février 2011, n° 10-40067, refusant de transmettre une QPC au Conseil constitutionnel. Pour l'heure, le Conseil n'a été saisi que de la question de la différence de traitement de l'adoption et de la filiation du titre 7 : Déc. n° 2013-669 DC, préc.

²⁷³ Le nom de l'enfant, son droit à être élevé par ses parents, la vie privée du sujet, sont ainsi visés par les textes internationaux et sans équivalent dans l'ordre constitutionnel.

²⁷⁴ Voir ainsi CE, Assemblée, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang sur Orge*, req. 136727 ; CE, ord. 5 janvier 2007, *Ministre de l'intérieur c/ Association Solidarité des Français*, req. 300311 ; Adde dans la longue série des décisions rendues au sujet des spectacles Dieudonné, CE, ord. 9, 10 et 11 janvier 2014, req. 35-4708, 35-4728, 37-4552 ; cf. CE, ord. 6 février 2015, req. 38-7726, ord. 13 novembre 2017, req. 41-5400.

²⁷⁵ Voir ainsi CE, 13 janv. 2017, req. 38-9711. Cf. CEDH, *Kudla c/ Pologne*, 26 octobre 2000, n° 30/21096.

²⁷⁶ La Cour préfère se fonder sur l'article 10 de la Conv. EDH (ex. Civ. 1, 29 mars 2017, n° 15-28813 ; Civ. 1, 2 juillet 2014, n° 13-21929), voire sur la jurisprudence de la Cour EDH (Civ. 1,

interprétations de la Cour européenne, comme l'illustre remarquablement la notion de vie privée²⁷⁷. À preuve, également, la relative liberté que la Cour de cassation manifeste à l'égard des motifs qui ne viennent pas au soutien du dispositif d'une décision du Conseil : si elle respecte scrupuleusement les décisions qui déclarent telle ou telle disposition inconstitutionnelle²⁷⁸, elle semble en revanche peu soucieuse des motifs qui n'en sont pas le soutien nécessaire. L'exemple de l'enfant issu d'une assistance à la procréation interdite (GPA, couple de personnes de même sexe, personne célibataire, etc.) l'illustre bien : alors que le Conseil avait suggéré de sanctionner une éventuelle fraude à la loi sur l'assistance médicale à la procréation²⁷⁹, la jurisprudence civile se dirige à petits pas vers une pleine reconnaissance des deux liens de filiation à l'égard des parents commanditaires, qu'ils soient ou non auteurs biologiques de l'enfant²⁸⁰, sous l'inspiration plus ou moins directe de la CEDH²⁸¹.

94. – La situation s'expliquait sans doute, hier, par l'ouverture étroite du contrôle de constitutionnalité : le Conseil d'État et la Cour de cassation étaient naturellement peu soucieux d'une jurisprudence constitutionnelle dont les effets se faisaient sentir avant la promulgation d'une loi, alors qu'ils avaient le pouvoir, et le devoir, d'assurer la supériorité des conventions internationales sur les textes internes. Mais le phénomène semble perdurer aujourd'hui, l'ouverture de la question prioritaire de constitutionnalité n'ayant semble-t-il rien enlevé de l'attrait que le contrôle de conventionnalité revêtait, hier, pour les juges « ordinaires ». À cela, plusieurs raisons peuvent sans doute être avancées : le poids des habitudes ; les limites de la formation universitaire, et le temps nécessaire pour maîtriser la technique du contrôle de constitutionnalité ; la composition critiquée du Conseil constitutionnel, et le moindre crédit qui s'attache, en conséquence, à ses décisions ; etc. Mais il est vraisemblable aussi que la diversité des pouvoirs conférés au juge par les deux contrôles, de conventionnalité d'une part, de constitutionnalité d'autre part, n'incite guère les juges ordinaires à aider à la montée en puissance du Conseil. Parce que la question prioritaire de constitutionnalité investit seulement les juges

1 mars 2017, n° 15-22946), plutôt que sur les textes constitutionnels, et ce alors même qu'elle adopte des solutions très proches de celles du Conseil, qui protège cette liberté à raison de sa conformité à l'intérêt général, et l'appréhende à la fois du côté de l'informateur et du côté de l'informé (N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, *op. cit.*, n° 34 *sqq.*).

²⁷⁷ S. CANAS, « L'influence de la fondamentalisation du droit au respect de la vie privée sur la mise en œuvre de l'article 9 du Code civil », art. cité.

²⁷⁸ Voir par ex. Déc. n° 2012-261 QPC, préc., cons. 7, et Civ. 1, 1 juin 2017, n° 16-13441. Déc. n° 2011-159, préc., et Civ. 1, 27 sept. 2017, n° 16-17198.

²⁷⁹ Voir Déc. n° 2013-669 DC, préc. : aux requérants, qui invoquaient le fait que les dispositions législatives incitaient à la fraude au mariage (cons. 28) et à l'assistance médicale à la procréation et à la gestation pour autrui (cons. 48), ce qui méconnaissait selon eux le principe de sécurité juridique, le Conseil a répondu « qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques » (cons. 30 et 58).

²⁸⁰ Cour de cassation, avis du 22 septembre 2014, n°s 14-70006 et 14-70007 ; Ass. plén., 3 juillet 2015, n°s 14-13205 et 14-21323 ; Ass. plén., 5 juillet 2017, n°s 16-20052, 16-16901, 16-50025, 15-28597, 16-16455, et 16-16495 ; Civ. 1, 29 nov. 2017, n° 16-50061.

²⁸¹ CEDH, *Mennesson et Labassee c/ France*, 26 juin 2014, n°s 65192/11 et 65941/11 ; *Foulon et Bouvet c/ France*, 21 juillet 2016, n°s 9063/14 et 10410/14 ; *Laborie c/ France*, 19 janvier 2017, n° 44024/13. Mais cf. CEDH, Grande chambre, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, 24 janvier 2017, n° 25358/12.

ordinaires du pouvoir de filtrer les QPC et de ne transmettre que les questions nouvelles et sérieuses, elle les habilite à opérer un premier tri mais leur interdit de censurer eux-mêmes la disposition ; tout au contraire, le contrôle de conventionnalité les autorise à écarter telle disposition jugée contraire aux droits fondamentaux. En outre, le contrôle de conventionnalité s'exerçant au cas par cas donne aux juges « ordinaires » le pouvoir de faire du « sur mesure », *i. e.* d'écarter l'application de telle disposition dans telle affaire, sans pour autant la faire définitivement et abstraitement disparaître de l'ordre juridique, alors que le renvoi de telle question au Conseil constitutionnel risque de conduire au tout ou rien, *i. e.* au maintien ou à la censure (et donc à l'abrogation) de la disposition. On mesure alors combien il peut être tentant pour les juges ordinaires de ne pas transmettre de QPC au Conseil, et de se réserver le pouvoir d'écarter, dans une affaire donnée, sur le fondement des textes européens, la disposition au sujet de laquelle la QPC avait été présentée.

95. – Divers exemples donnent à voir cette supériorité du contrôle de conventionnalité en droit civil des personnes.

Ainsi de l'interdit de l'inceste dans le droit du couple²⁸² : jugée d'intérêt général par le Conseil constitutionnel en matière de pacs²⁸³, l'interdiction a été remise en question dans le mariage par la Cour européenne (qui a condamné la législation anglaise, très proche de son homologue française s'agissant de l'interdit du mariage entre alliés en ligne directe)²⁸⁴ et la Cour de cassation a suivi le pas, de façon sélective, en rendant deux décisions, l'une écartant la nullité d'un mariage incestueux par égard pour le droit à la vie privée et familiale, au motif « que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans²⁸⁵ », l'autre annulant l'union matrimoniale²⁸⁶, dans deux situations de fait qui n'étaient finalement pas si différentes, ce qui donne bien à voir la grande marge d'appréciation qu'un contrôle de proportionnalité appliqué *in casu* offre au juge « ordinaire ».

En droit de la filiation, on soulignera dans la même perspective que la Cour de cassation, d'une part procède sur le terrain conventionnel à la mise en balance du droit à la vie privée, qui fonde le droit à faire établir juridiquement une filiation fondée sur la parenté biologique, et des intérêts protégés par les limites que le droit français assigne au fondement biologique en matière de filiation juridique²⁸⁷, mais, d'autre part s'abstient souvent de transmettre les QPC au Conseil, au motif que le grief n'est pas sérieux, ou qu'il n'est pas nouveau. La conformité de l'article 333 du Code civil aux droits fondamentaux est un excellent exemple de cette « duplicité »

²⁸² Cf. s'agissant de l'interdit de la bigamie, Civ. 1, 4 mai 2017, n° 17-40026.

²⁸³ Déc. n° 99-419 DC, préc., cons. 55, 74.

²⁸⁴ CEDH, B. et L. c/ RU, 13 sept. 2015, n° 36536/02, Dr. fam. 2005, n° 234.

²⁸⁵ Civ. 1, 4 décembre 2013, n° 12-26066.

²⁸⁶ Civ. 1, 8 décembre 2016, n° 15-27201.

²⁸⁷ Voir ainsi le contrôle de conventionnalité de l'article 320 (Civ. 1, 5 octobre 2016, n° 15-25507) ou de l'article 321 (Civ. 1, 9 novembre 2016, n° 15-25068).

de la Cour de cassation, refusant de transmettre²⁸⁸ mais contrôlant elle-même la conventionnalité concrète²⁸⁹.

Et bien d'autres exemples pourraient être donnés de cette suprématie de la jurisprudence européenne sur la jurisprudence constitutionnelle devant les juridictions « ordinaires »²⁹⁰ : admission de l'exportation en Espagne de gamètes recueillies en France au sein d'un couple pour prévenir l'éventuelle stérilité risquant d'affecter le mari atteint d'une grave maladie, au profit d'une femme souhaitant recourir après le décès de son époux à une assistance médicale à la procréation, au motif de l'atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie privée et familiale résultant de l'interdit légal d'une assistance *post-mortem*²⁹¹ ; création d'une action en reconnaissance d'une ascendance génétique sur le fondement de l'article 8 de la CEDH²⁹².

96. – Qu'on y voit un moyen déloyal de garder la main ou le moyen efficace d'éviter une solution radicale (inconstitutionnalité abstraite de la disposition aboutissant à son abrogation), la question est la même : la jurisprudence constitutionnelle ne risque-t-elle pas de rester seconde en droit des personnes, et même doublement seconde : seconde par rapport à la jurisprudence européenne d'abord, seconde par rapport à la jurisprudence « ordinaire » ensuite ?

97. – En somme, il est permis de penser que, si la jurisprudence constitutionnelle participe de la modification de l'ordonnancement formel du droit civil des personnes, c'est d'une part directement parce qu'elle confère au juge constitutionnel le pouvoir de dire la norme et d'autre part indirectement parce qu'elle participe de la déconstruction du mythe de la loi toute puissante et de la construction du mythe du juge tout puissant. Mais, en pratique, c'est bien, pour l'heure, à Strasbourg, que se fait et se défait le droit civil des personnes, avec le soutien appuyé des juges « ordinaires ».

98. – Parvenu au terme de cette étude, que conclure ? Que la jurisprudence constitutionnelle enrichisse le droit civil des personnes, en ajoutant aux normes et en les rehaussant, est acquis. Mais cet enrichissement va de pair avec une déformation du droit civil des personnes, car la jurisprudence constitutionnelle s'inscrit en marge de l'ordonnancement théorique de ce droit, et participe du bouleversement de ses sources, en donnant à voir un juge aux pouvoirs considérables. Sans doute ce double phénomène de promotion-déformation est-il pour l'heure dépourvu de conséquences pratiques importantes, les solutions de fond du droit civil des personnes demeurant pour l'essentiel inchangées. Mais si le Conseil constitutionnel

²⁸⁸ Civ. 1, 24 février 2011, n° 10-40068 : « l'article 333 du Code civil, qui régit les conditions et les délais de l'action en contestation de la filiation, répond à une situation objective particulière dans laquelle se trouvent toutes les personnes bénéficiant d'une possession d'état, en distinguant selon la durée de celle-ci, afin de stabiliser leur état, dans un but d'intérêt général et en rapport avec l'objet de la loi qui a recherché un équilibre entre les composantes biologique et affective de la filiation, dans le respect de la vie privée et familiale des intéressés ».

²⁸⁹ Civ. 1, 6 juillet 2016, n° 15-19853 ; cf. Civ. 1, 1er février 2017, n° 15-27245 ; Civ. 1, 10 juin 2015, n° 14-20790.

²⁹⁰ Adde Déc. n° 2013-361 QPC, préc., et Com., 6 mai 2014, 13-13301 et 13-13302 ; Déc. n° 2012-268 QPC, préc. et Civ. 1, 9 avril 2013, 11-27071.

²⁹¹ CE, Assemblée, 31 mai 2016, Mme Gonzales-Gomez, n° 396848.

²⁹² Civ. 1, 13 novembre 2014, n° 13-21018. Mais cf. Civ. 1, 14 mars 2018, n° 17-12060.

suit l'exemple de la Cour européenne²⁹³, il risque fort, demain, de ne plus être, pour le droit civil des personnes, qu'un tigre de papier.

Dominique Fenouillet

Professeur de droit privé, Directrice du Laboratoire de sociologie juridique, Université Panthéon-Assas.

²⁹³ La doctrine soulignait l'influence limitée qui était la sienne en droit civil il y a une quinzaine d'années : A. DEBET, *L'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, 2002.

Quelle « constitutionnalisation » pour le droit civil des contrats* ?

1. Qu'il nous soit tout d'abord permis de remercier très chaleureusement les organisateurs de ce colloque, non seulement de nous avoir convié à participer à ces deux journées de réflexion sur l'impact de la jurisprudence constitutionnelle sur les différentes branches du droit, mais également, et surtout, d'avoir souhaité donner à ces journées une tonalité *critique*, qui devait permettre de discuter, non seulement la pertinence, mais également la réalité même de cette fameuse « constitutionnalisation » des branches du droit prophétisée par les pères du droit constitutionnel moderne.

Pour permettre la discussion, les organisateurs nous ont demandé d'être, non seulement « critique », mais également « bref ». Nous ne pourrions que satisfaire ces deux exigences, la première par goût, la seconde par nécessité, le thème de notre intervention ne pouvant excuser aucune longueur. En effet, il nous a été demandé « d'évaluer l'importance des changements provoqués par la jurisprudence du Conseil, que soient affectées les notions elles-mêmes ou seulement les solutions qui prévalaient auparavant ». Or, disons-le d'emblée, pour le droit civil des contrats, ces changements sont insignifiants, pour ne pas dire inexistantes. Avant d'en rendre compte, il faut s'arrêter un instant sur la réalité du phénomène dit de « constitutionnalisation du droit », tant elle permet d'expliquer, pour une large part, le résultat de notre petite enquête empirique.

2. La « constitutionnalisation » du droit, c'est essentiellement, pour ne pas dire exclusivement, cela a déjà été rappelé lors des interventions précédentes, sa « fondamentalisation ». Ce n'est pas la Constitution *stricto sensu*, mais bien les droits, libertés ou principes fondamentaux, inscrits ou découverts dans le « bloc de constitutionnalité », qui sont susceptibles d'influencer les différentes branches du droit. Or, mais cela a également été rappelé, la « constitutionnalisation » n'est qu'une des deux voies, sans doute pas la principale d'ailleurs, de la « fondamentalisation » du droit.

On songe bien sûr à la Convention européenne des droits de l'homme, dont l'influence sur le droit français n'est plus à démontrer. Il faut dire que cette dernière dispose d'avantages concurrentiels non négligeables par rapport à la Constitution. Premier atout : la Convention, à la différence de la Constitution, est placée entre les mains de tous les juges, de tous les ordres, de tous les degrés, du système juridique français. Second avantage, qui nous ramène à notre sujet : à la différence de

* La forme orale et abrégée de l'intervention a été conservée.

la Constitution, la Convention permet le contrôle, non seulement vertical, de la loi du contrat, mais également horizontal, de la loi des parties, c'est-à-dire du contrat lui-même. Ce sont donc, non seulement les articles du Code, mais également les clauses du contrat qui peuvent être écartées au nom de la Conv. EDH.

Certes, l'instauration de la QPC a offert un second souffle à la « constitutionnalisation du droit ». D'abord, en organisant un contrôle, sinon décentralisé, du moins déconcentré, à travers le filtrage et le pré-contrôle de constitutionnalité qu'il impose aux cours et tribunaux. Ensuite, et surtout, en permettant l'examen, non seulement des lois antérieures à 1971, mais également de la jurisprudence qui les avait complétées, ce qui n'est évidemment pas sans conséquence pour notre sujet. En effet, rappelons-le, jusqu'à la récente réforme de février 2016, le droit civil des contrats avait encore son siège légal dans les textes du Code civil de 1804. C'est dire que le droit vivant des contrats, l'interprétation prétorienne des articles 1101 et suivants, demeurait *a priori* à l'abri de toute « constitutionnalisation ». Cette affirmation doit toutefois être nuancée, car, si le Conseil n'a pu connaître des *règles* du droit des contrats, il a tout de même eu l'occasion de se prononcer sur certains de ses *principes*. Toutefois, loin de renouveler ou de perturber la matière, il s'est alors contenté de « constitutionnaliser » l'existant. En permettant l'examen des règles contractuelles, la QPC a-t-elle changé cet état de fait ou de droit ? A-t-on assisté, depuis 2009, à un début de « constitutionnalisation » du droit des contrats ? Il s'en faut de beaucoup. Seules quelques dispositions ont été soumises à la question. Toutes en sont sortie indemnes.

Consécration des principes (I). Imperméabilité des règles (II). Tel est donc le modeste bilan de la « constitutionnalisation » du droit civil des contrats. Nous nous contenterons de l'illustrer brièvement, avant de nous interroger, en guise de conclusion, sur la ou les raisons de cette apparente immunité constitutionnelle.

I. LA CONSÉCRATION DES PRINCIPES

3. Pour illustrer le premier mouvement, la consécration des principes, il n'est sans doute pas de meilleur exemple que celui de la *liberté contractuelle*. D'abord, car il s'agit du principe cardinal du droit des contrats, comme l'a récemment confirmé l'ordonnance du 10 février 2016, en le plaçant en tête du nouveau *corpus* contractuel (C. civ., art. 1102). Ensuite, car cette « constitutionnalisation » s'est opérée par étapes, laissant transparaître les premières hésitations du Conseil. Le premier temps fut celui de la *négation* : « aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit la liberté contractuelle » commença par affirmer le Conseil¹. Le deuxième temps fut celui de la *protection* indirecte : tout en affirmant que « le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle », le Conseil a considéré que sa méconnaissance pouvait être invoquée lorsqu'elle portait « atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis² ». Le troisième temps fut celui de la *consécration* : depuis le début des années 2000, le Conseil rappelle en effet régulièrement que le principe de liberté contractuelle découle de l'article 4 de

¹ CC, 3 août 1994, n° 94-348 DC.

² CC, 20 mars 1997, n° 97-388 DC.

la DDHC³. Le quatrième temps pourrait être celui de l'*affinement*, le Conseil ayant plus récemment pris le soin de détailler le contenu de ce principe, en consacrant deux de ces facettes : la liberté de choisir son cocontractant et la liberté de déterminer le contenu du contrat⁴. Mais, comme le nouvel article 1102 du Code civil le rappelle, ce principe n'est naturellement pas un principe absolu : il peut connaître des limitations légales. Telle est d'ailleurs la seule et véritable mission du Conseil : s'assurer que ces limitations sont, non seulement justifiées par l'intérêt général, mais également proportionnées à l'objectif poursuivi. Encore doit-on observer, à la suite d'un auteur, que l'étude de sa jurisprudence laisse apparaître que la protection constitutionnelle de la liberté contractuelle « est marginale et peu contraignante pour le législateur⁵ ». Le même constat peut d'ailleurs être opéré pour l'autre principe directeur du droit des contrats : la *force obligatoire des conventions*, c'est-à-dire le respect des prévisions contractuelles, que le Conseil rattache également au principe de liberté contractuelle⁶.

4. Dans quelques décisions rares, mais remarquées, le Conseil constitutionnel a toutefois eu l'occasion de consacrer des « principes fondamentaux du droit des contrats », qui s'éloignaient des principes directeurs (la liberté et la sécurité), pour se rapprocher des règles applicables aux conventions. Dans sa décision du 9 novembre 1999, relative au pacte civil de solidarité, le Conseil a ainsi affirmé que la liberté garantie par l'article 4 de la DDHC justifiait « qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties », et que, « à cet égard, il appartient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de préciser les causes permettant une telle résiliation, ainsi que les modalités de celle-ci, notamment le respect d'un préavis⁷ ». Ce considérant constitutionnel est un mini-cours de droit civil : il consacre, non seulement le principe de libre résiliation des contrats à durée indéterminée (C. civ., art. 1211), mais également ses conditions, et notamment le

³ CC, 19 déc. 2000, n° 2000-437, DC ; CC, 11 déc. 2003, n° 20006-486, DC ; CC, 1^{er} juillet 2004, n° 2004-497 DC ; CC, 27 janv. 2012, n° 2011-213 DC.

⁴ CC, 13 juin 2013, n° 2013-672 DC.

⁵ N. MOLFESSIS, « Le contrat », *Rev. Lamy Droit des affaires*, , supplément, 55, *L'entreprise et le droit constitutionnel*, 2010, p. 45 sq. ; sur ce constat, voir aussi G. CANIVET, « Le Conseil constitutionnel et le contrat. Variations sur la "discrétion" », in *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Paris, Economica, 2010, p. 75 sq. Pour un exemple récent, voir CC, 12 janv. 2008, n° 2017-685 QPC, *Fédération bancaire française*, qui valide l'ouverture d'un droit de résiliation annuelle des contrats d'assurance-emprunteur déclaré applicable aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi.

⁶ Sur ce point, voir P.-Y. GADHOUN, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, mars 2011, p. 51 sq. Pour une décision de censure, voir CC, 7 janv. 2016, n° 2015-511 QPC, *Société Carcassonne Presse Diffusion SAS*, *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 52, p. 109 sq., obs. T. Piazzon.

⁷ CC, 9 nov. 1999, n° 99-419 DC.

respect d'un préavis⁸, ainsi que sa limite, à travers le rappel de la sanction de la rupture abusive⁹.

En définitive, s'il est exact d'affirmer que le Conseil constitutionnel a développé une *jurisprudence en matière contractuelle*¹⁰, on doit immédiatement ajouter que cette œuvre prétorienne est restée *sans conséquence sur le droit civil des contrats*, le Conseil s'étant contenté de « constitutionnaliser » certains des principes les mieux acquis de la matière. En restant ainsi à la surface des choses, aussi « fondamentale » soit-elle, la jurisprudence constitutionnelle n'a exercé *aucune influence* sur le contenu et l'application quotidienne des multiples règles qui gouvernent la vie des contrats civils. Tel est le premier bilan, pour le moins modeste, de la « constitutionnalisation » du droit des contrats.

Mais il est vrai que son âge canonique l'a longtemps mis à l'abri de tout contrôle (direct) du Conseil. En permettant l'examen des articles 1101 et suivants du code civil, la QPC n'allait-elle pas offrir un second souffle ou une seconde chance à la constitutionnalisation du droit des contrats ? Comme certains auteurs avaient pu le pressentir¹¹, il n'en fut rien : les dix années de mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ont au contraire confirmé l'imperméabilité des règles contractuelles aux exigences constitutionnelles.

II. L'IMPERMÉABILITÉ DES RÈGLES

5. Depuis l'entrée en vigueur de la QPC, les juges du quai de l'Horloge ont eu à connaître d'une dizaine de questions touchant, de près ou de plus loin, le droit civil des contrats. À notre connaissance, une seule d'entre elles est parvenue à franchir la Seine. La disposition en cause était l'article 414-2 du Code civil, qui fixe les conditions dans lesquelles un héritier peut agir en nullité d'un acte à titre onéreux conclu par son auteur insane. La première chambre civile a estimé que la question présentait un caractère sérieux « en ce que les restrictions apportées à l'action en nullité d'un acte à titre onéreux, engagée par des héritiers pour cause d'insanité d'esprit de leur auteur, lorsque celui-ci n'a pas été placé sous sauvegarde de justice ou que n'a pas été demandée une mesure de protection, pourraient être considérées comme portant une atteinte disproportionnée au droit d'agir en justice¹² ». Ce grief d'inconstitutionnalité a toutefois été rejeté par le Conseil constitutionnel. Il a tout d'abord rappelé la raison d'être de cette règle : « assurer un équilibre entre, d'une

⁸ Voir par exemple Com., 8 avr. 1986, *Bull. civ.* IV, n° 58.

⁹ Voir par exemple Civ. 1, 21 févr. 2006, *Bull. civ.* I, n° 82 ; *D.* 2006. Pan. 2648, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *D.* 2007. Pan. 1456, obs. A. Penneau ; CCC 2006, n° 99, note L. Leveneur ; *RDC* 2006. 704, obs. D. Mazeaud ; *RTDciv.* 2006, 314, obs. J. Mestre.

¹⁰ Sur cette jurisprudence, voir notamment N. MOLFESSIS, « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Journées Henri Capitant, Paris, LGDJ, 1997, p. 65 sq. ; *id.*, « Le contrat », art. cité ; G. CANIVET, « Le Conseil constitutionnel et le contrat. Variations sur la "discrétion" », art. cité ; P.-Y. GADHOU, « Le Conseil et le contrat », art. cité.

¹¹ C. PÉRÈS, « La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat », *RDC*, 539, 2010, en part. n° 5 sq.

¹² Civ. 1, 7 nov. 2012, n° 12-40068, *Bull. civ.* I, n° 235 ; *RTDciv.* 87, 2013, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2013, n° 12, obs. I. Maria

part, les intérêts des héritiers et, d'autre part, la sécurité des actes conclus par le défunt et en particulier des transactions », mais également « éviter les difficultés liées à l'administration de la preuve de l'état mental d'une personne décédée ». Le Conseil a ensuite constaté que l'article 414-2 du code civil ne privait pas les héritiers de toute voie de droit, ce texte ne faisant « pas obstacle à ce que des actes passés au moyen de violences, de fraudes ou d'abus de faiblesse puissent être annulés¹³ ». Si cette dernière affirmation est exacte, les termes employés, à la coloration plus pénaliste que civiliste, ne sont pas d'une parfaite rigueur. Dans cette hypothèse, le contrat pourrait être annulé pour vice du consentement, et plus précisément pour dol (art. 1137) ou, depuis la réforme de 2016, pour abus de dépendance (art. 1143).

6. Toutes les autres questions relatives à la matière contractuelle ont été déclarées irrecevables ou infondées par la Cour de cassation. Les motifs de non-renvoi au Conseil sont divers. Allons du plus insignifiant au plus intéressant.

Quant aux articles 1154, 1208 et 2224 du code civil, leur examen a tourné court. Le premier, qui détermine les règles de capitalisation des intérêts, n'était pas applicable au litige¹⁴. Le deuxième était critiqué pour une interprétation prétorienne qui n'était pas établie : l'interdiction pour une caution solidaire de contester une sentence arbitrale prononcée contre le débiteur principal à laquelle elle n'avait pas pu intervenir¹⁵. Le troisième, combiné avec l'article L. 137-2 du Code de la consommation, était contesté pour une règle prétorienne, relative au point de départ de la prescription en matière de crédit immobilier, qui n'était plus d'actualité - depuis six jours... - suite à un revirement opportun - et opportuniste ? - de la première chambre civile¹⁶ !

Trois autres règles ont échappé au renvoi, au motif, discutable, mais pourtant devenu classique dans la jurisprudence de la Cour, que la contestation ne portait pas sur une disposition légale telle qu'interprétée par la juridiction suprême, mais sur une « règle jurisprudentielle » insusceptible, à ce titre, de faire l'objet d'une QPC¹⁷. Il s'agit, d'abord, de l'annulation des clauses de non-concurrence minorant la contrepartie financière en cas de rupture imputable au salarié¹⁸. Il s'agit, ensuite, de la validité de la vente conclue par un vendeur apparent lorsque l'acquéreur est de bonne foi et victime d'une erreur commune¹⁹. Il s'agit, enfin, de la réservation

¹³ CC, 17 janv. 2013, n° 2012-288 QPC ; D. 2014, 689, obs. M. Douchy-Oudot ; RTDciv. 2013, 348, obs. J. Hauser ; *Deffrénois* 2013, 1141, obs. J. Massip.

¹⁴ Cass. civ. 1, 4 juin 2013, n° 13-40.013.

¹⁵ Com., 27 nov. 2014, n° 14-16.644. Voir d'ailleurs, depuis, Com., 5 mai 2015, n° 14-16.444, qui a considéré que le droit effectif au juge, garanti par l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, impliquait que la caution solidaire puisse former tierce opposition contre la « sentence » rendue à l'encontre du débiteur principal.

¹⁶ Com., 17 février 2016, n° 15-19.803. Pour le revirement : Civ. 1, 11 fév. 2016, 4 arrêts, n° 14-22.938, n° 14-28.383, n° 14-27.143 et n° 14-29.539.

¹⁷ Sur cette position et sa contestation, voir notamment N. MOLFESSIS, « La jurisprudence *supra-constitutionnem* », *La Semaine Juridique – Édition Générale*, 2010, p. 1039.

¹⁸ Cass. soc., 28 novembre 2012, n° 11-17.941.

¹⁹ Cass. civ. 3, 30 mars 2017, n° 16-22.058.

de l'action en nullité d'une donation pour insanité d'esprit aux successeurs universels²⁰.

7. Quant aux autres questions, si elles n'ont pas été jugées suffisamment sérieuses pour être renvoyées à l'examen du Conseil, elles ont au moins été l'occasion pour la Cour de cassation de se livrer au (pré)contrôle de constitutionnalité que commande sa mission de filtrage.

Par deux décisions du 14 avril et du 7 juillet 2016, la Cour de cassation a ainsi validé le mécanisme du retrait litigieux, qui permet au débiteur d'une créance cédée de racheter sa créance au prix déboursé par le cessionnaire²¹. Selon la Cour, l'atteinte portée au droit de propriété du cessionnaire « est, à la fois, *justifiée* par des motifs d'intérêt général, en ce qu'elle permet d'éviter la spéculation sur les créances litigieuses et d'abrèger les instances engagées en vue de leur paiement, et *proportionnée* à ce double objectif, puisque le retrayé reçoit la somme à laquelle il a lui-même évalué la créance, après avoir mesuré les coûts associés à son recouvrement, la chance d'obtenir tout ou partie de son montant nominal et le risque d'exercice du retrait par le débiteur cédé ».

Plus récemment, la Cour de cassation a également jugé que l'interprétation jurisprudentielle constante de l'ancien article 1134 du Code civil (devenu l'article 1103), selon laquelle il n'appartient pas au juge de réduire le montant des honoraires dès lors qu'ils ont été acceptés par le client après le service rendu, ne méconnaissait pas le droit à un recours effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789, dès lors que le juge conserve le pouvoir d'invalider l'accord en présence d'un vice du consentement²².

Par une décision en date du 4 janvier 2011, la troisième chambre civile a enfin refusé le renvoi de l'article 1722 du Code civil, qui exclut tout dédommagement lorsque le bail est résilié de plein droit par suite de la disparition fortuite de la chose louée²³. Selon la Cour de cassation, ce texte « ne fait manifestement que tirer la conséquence nécessaire de la disparition de l'objet même de la convention que les parties avaient conclue et poursuit un objectif d'intérêt général en assurant, lors de l'anéantissement de leurs relations contractuelles dû à une cause qui leur est étrangère, un *équilibre objectif entre leurs intérêts respectifs* ».

Cette dernière considération, aussi banale qu'essentielle, nous amène à notre conclusion, et à la question annoncée en introduction : comment expliquer cette imperméabilité apparente du droit civil des contrats aux exigences constitutionnelles et, derrière elles, aux droits et libertés fondamentaux ?

*
**

8. En effet, au terme de ce rapide tour d'horizon, un constat s'impose : loin d'avoir entraîné un quelconque bouleversement de la matière, l'influence de la justice constitutionnelle sur le droit des contrats se révèle quasi nulle. Cette innocuité

²⁰ Civ. 1, 23 oct. 2013, n° 13-15.578.

²¹ Com., 14 avr. 2016, n° 15-24.131 ; Com., 7 juill. 2016, n° 16-11.389.

²² Civ. 2, 11 janv. 2018, n° 17-20.259.

²³ Civ. 3, 4 janv. 2011, n° 10-19.975.

ou immunité est d'ailleurs apparue au grand jour à l'occasion de la récente réforme d'ensemble du droit des contrats : aucune des modifications apportées au droit de 1804 n'a été justifiée par la nécessité de se conformer à telle ou telle exigence constitutionnelle. Face à ce constat, une question s'impose : *pourquoi* ? Comment expliquer que le droit des contrats ait échappé à la « constitutionnalisation », qui aurait dû, à en croire ses premiers prophètes, tout emporter sur son passage ? Deux considérations, complémentaires, peuvent être avancées : la première est la fonction originelle de la justice constitutionnelle ; la seconde est la nature profonde du droit civil, et du droit des contrats en particulier.

Quant à la justice constitutionnelle et, plus précisément, puisque c'est d'elle dont il s'agit, la justice rendue au nom des droits et libertés, il convient de garder à l'esprit la raison d'être son institution : prévenir les abus de l'autorité publique, et non pourvoir au règlement des différends privés. Version positive et préventive du droit de résistance à l'oppression, on comprend sans peine que la justice constitutionnelle s'épanouisse davantage en droit administratif, dans la relation administration-administrés, en droit fiscal, dans le rapport trésor-contribuable, ou encore en droit pénal, dans l'opposition police/justice-délinquant, qu'en droit civil en général, et en droit des contrats en particuliers.

Quant au droit civil précisément, et c'est la seconde considération, il apparaît peu évident qu'il est beaucoup à attendre – et à apprendre – de la justice rendue au nom des droits de l'homme. Disons-le simplement : le droit civil n'a guère attendu 1971 pour prendre en compte et en charge les droits et libertés déclarés en 1789. Il reste, comme le rappelle la Déclaration, que la proclamation des droits et libertés ne constitue que le point de départ de l'action politique et, par prolongement, de l'activité juridique : chaque droit est garanti, protégé, assuré, etc., mais dans les limites fixées par la loi pour assurer la préservation des droits d'autrui et/ou l'intérêt général. Lorsque les justiciables invoquent leur « droit à... » ou leur « liberté de... » à l'encontre de telle ou telle règle contractuelle, ils se contentent d'exprimer un intérêt, un regard, un point de vue sur le contrat. Or, la tâche multi-séculaire du droit *civil*, droit de la Cité – du citoyen, et non de l'individu – est d'assurer la conciliation des intérêts contradictoires en présence.

Derrière la technicité de leur contenu, chacune des règles qui composent le droit civil des contrats est l'expression d'un compromis, d'un « petit traité de paix », entre les deux intérêts privés qui se font face. De 1804 à nos jours, ces compromis n'ont cessé d'être renouvelés pour tenir compte des réalités nouvelles, et notamment, depuis la fin du XIX^e siècle, pour répondre au besoin de protection des contractants en situation d'infériorité sociale, économique ou psychologique. Législateur et jurisprudence se sont relayés pour forger et affiner les outils permettant de (ré)concilier les droits et libertés des contractants : dol par réticence, devoir d'information, obligation de sécurité, violence par abus de dépendance, police des clauses abusives, et tant d'autres institutions encore. Comment imaginer dépasser ou perfectionner ce patient labeur prétorien en se contentant d'invoquer les principes et valeurs qui n'en sont que les lointains et frustes prémisses²⁴ ? Prétendrait-on rendre service à un chirurgien en remplaçant sa panoplie de bistouris par un

²⁴ Cf. N. MOLFESSIS, « Sur trois facettes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 31, avril 2011, en part. n° 14 : « Et l'on comprend que le Conseil constitutionnel, intervenant alors que nombre de règles et solutions préexistent, parfois depuis des siècles, ne puisse se considérer investi du droit d'en saper les fondements et d'en remettre en cause la validité ».

Quelle « constitutionnalisation » pour le droit civil des contrats ?

simple couteau suisse ? Telle est la réalité à laquelle se heurte le *credo* de la « constitutionnalisation du droit ».

François Chénéde

Professeur à l'Université Lyon III - Jean Moulin, François Chénéde est l'auteur de divers écrits en droit civil, et notamment en droit des contrats.

Bénédicte Girard

La responsabilité civile dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Le phénomène de « constitutionnalisation des branches du droit¹ » n'avait aucune raison d'épargner le droit de la responsabilité civile. De fait, à partir des années 1980, le Conseil constitutionnel a rendu une vingtaine de décisions intéressant cette matière², construisant progressivement ce que l'on nomme parfois le « droit constitutionnel de la responsabilité³ ».

¹ L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », *Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 25.

² CC, n° 82-144 DC, 22 octobre 1982, Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel ; CC, n° 83-162 DC, 20 juillet 1983, Loi relative à la démocratisation du secteur public ; CC, n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ; CC, n° 89-262 DC, 7 novembre 1989, Loi relative à l'immunité parlementaire ; CC, n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal ; CC, n° 99-419 DC, 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité ; CC, n° 2005-522 DC, 22 juillet 2005, Loi de sauvegarde des entreprises ; CC, n° 2007-556 DC, 16 août 2007, Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs ; CC, n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés ; CC, n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, Vivianne L. ; CC, n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010, Epoux L. ; CC, n° 2011-116 QPC, 8 avril 2011, M. Michel Z. ; CC, n° 2011-127 QPC, 6 mai 2011, Consorts C. ; CC, n° 2011-167 QPC, 23 septembre 2011, Djamel B. ; CC, n° 2015-479 QPC, 31 juillet 2015, Société Gecop ; CC, n° 2015-517 QPC, 22 janvier 2016, Fédération des promoteurs immobiliers ; CC, n° 2016-533 QPC, 14 avril 2016, M. Jean-Marc P. ; CC, n° 2017-750 DC, 23 mars 2017, Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

³ B. MATHIEU, « Droit constitutionnel civil », *Jurisclasseur Administratif*, Fascicule 1449, 1990 ; N. MOLFESSIS, « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations. Journées nationales. Lille, 1996*, tome 1, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Paris, LGDJ, 1997, p. 65 ; C. RADÉ, « "Liberté, égalité, responsabilité" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, 2004, p. 111 ; J. SALVE DE BRUNETON, « Les principes constitutionnels et la responsabilité civile », in *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, p. 407. Sur cette jurisprudence, voir B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2015, n° 15 *sqq.* Voir également J. TRAUILLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, Paris, LGDJ, 2007, n° 236 *sqq.* ; P. BRUN, « La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute », *RCA*, n° 6, 2003, p. 37 ; G. CANIVET, « Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile. Essai de pragmatique jurisprudentielle », *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, p. 213 ; P. DEUMIER et O. GOUT, « La constitutionnalisation de la responsabilité civile », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 31, 2011, p. 12 ; N. MOLFESSIS, « Les sources constitutionnelles

Dans ses premières décisions, le Conseil a choisi de répondre aux questions qui lui étaient posées sur le droit de la responsabilité civile en utilisant le principe constitutionnel d'égalité⁴. Son raisonnement était le suivant : lorsque le législateur essayait de déroger à une règle existante de responsabilité civile, le Conseil censurait parfois la disposition en ce qu'elle instituait une rupture d'égalité entre les victimes ou entre les auteurs de dommages. Le principe d'égalité fournissait ainsi une protection constitutionnelle « indirecte » à certaines règles de responsabilité civile. La première décision en ce sens fut la célèbre décision du 22 octobre 1982 relative au droit de grève⁵. Le législateur souhaitait réduire considérablement la responsabilité civile des grévistes. Le Conseil s'opposa à cette initiative, au motif qu'elle rompait l'égalité entre les victimes d'actes fautifs. Par le biais du principe d'égalité, une protection constitutionnelle « indirecte » fut donc accordée à la règle de responsabilité pour faute. Cette démarche du Conseil constitutionnel avait le mérite de la prudence. Profitant de l'extraordinaire souplesse du principe d'égalité, le Conseil parvenait au résultat qu'il souhaitait sans s'exposer aux critiques qu'aurait pu susciter la création, *ex nihilo*, de règles constitutionnelles de responsabilité civile. On pouvait toutefois lui reprocher d'instrumentaliser le principe d'égalité au lieu d'exprimer directement et clairement ses exigences en matière de responsabilité.

À partir de 1999⁶, le Conseil a, de manière beaucoup plus audacieuse, consacré un véritable principe constitutionnel de responsabilité qu'il a déduit de l'article 4 de la Déclaration de 1789. On trouve désormais ce principe dans les tables analytiques du Conseil constitutionnel sous le nom de « principe de responsabilité ». L'article 4 de la Déclaration de 1789 énonce, on le sait, que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». Vu le lien classique depuis longtemps tissé entre liberté et responsabilité, il n'était pas incongru de déduire de ce texte des enseignements en matière de responsabilité civile. Mais cet article 4, qui affirme à la fois le principe et les limites de la liberté, est formulé en termes si généraux que l'on peut lui faire dire, en matière de responsabilité, à peu près tout et son contraire. De fait, le Conseil en a déduit successivement deux préceptes qui vont dans des directions contradictoires. Dans un premier temps, le Conseil a institué un seuil minimal de responsabilité. Il a affirmé que celui qui cause un dommage par sa faute doit être déclaré responsable. Puis, dans un second temps qui s'est ouvert en 2015, le Conseil a posé des limites à la responsabilité. Il a exigé que les règles de responsabilité ne soient pas excessivement sévères pour les auteurs de

du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, *op. cit.* ; C. RADÉ, « "Liberté, égalité, responsabilité" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cité ; C. RADE, « Le principe de responsabilité personnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *LPA*, n° 108, 1995, p. 4 ; J. SALVE DE BRUNETON, « Les principes constitutionnels et la responsabilité civile », in *La création du droit jurisprudentiel*, *op. cit.*

⁴ Sur cette question, voir B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, *op. cit.*, n° 16 *sqq.* ; J. TRAUILLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 236, et les références citées par l'auteur.

⁵ CC, n° 82-144 DC, 22 octobre 1982, Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel, commentaire de P. AVRIL et J. GICQUEL, *Pouvoirs*, 1983, p. 195 ; F. CHABAS, *Gaz. Pal.*, 1983, p. 60 ; L. HAMON, « Note sous décision n° 82-145 DC », *Droit social*, n° 3, mars 1983, p. 155 ; F. LUCHAIRE, *D.*, 1983, p. 189.

⁶ CC, n° 99-419 DC, 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité, commentaire de N. MOLFESSIS, « La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel », *JCP G*, 2000, I, 210 ; G. VINEY, « Responsabilité civile », *JCP G*, 2000, I, 280.

dommages. Désormais, le principe de responsabilité présente donc, comme Janus, deux visages : le premier visage sourit aux victimes, en garantissant un seuil minimal de responsabilité. Le second observe avec bienveillance les auteurs de dommages, en s'opposant à l'excès de responsabilité. Afin d'apprécier la jurisprudence du Conseil relative à la responsabilité civile, il convient donc d'analyser ces deux facettes du principe de responsabilité, en essayant à chaque fois de définir les contours des exigences constitutionnelles et d'en apprécier la pertinence. Nous verrons donc, en premier lieu, l'affirmation du principe de responsabilité en faveur des victimes, puis, en second lieu, le retournement du principe de responsabilité en faveur des auteurs de dommages.

I. L'AFFIRMATION DU PRINCIPE DE RESPONSABILITÉ EN FAVEUR DES VICTIMES DE DOMMAGES

Le principe de responsabilité est apparu pour la première fois dans la décision du 19 novembre 1999 relative au PACS⁷. Le Conseil y proclame « l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer⁸ ». Ce principe a souvent été présenté comme la « constitutionnalisation de l'article 1382 du Code civil » dont il reprenait les termes. Il s'avère toutefois qu'en dépit d'une formulation identique, le principe constitutionnel se distingue de la règle civiliste (qui figure désormais à l'article 1240) tant au regard des conditions que des effets de la responsabilité.

S'agissant des conditions de la responsabilité, le principe de responsabilité est un principe de responsabilité pour faute. Mais contrairement à l'article 1240 du Code civil qui énonce une véritable règle, le principe de responsabilité constitue une norme beaucoup plus souple. Le législateur peut apporter à la responsabilité pour faute d'importantes limitations, à condition que ces dernières soient justifiées et proportionnées. À cet égard, deux grands critères sont utilisés par le Conseil constitutionnel : l'étendue de la limitation de responsabilité et la gravité de la faute considérée. En d'autres termes, si en principe toute personne doit répondre de ses fautes, le législateur peut déroger à ce principe à condition qu'il n'exonère pas trop largement les auteurs de dommages⁹, et que les fautes couvertes par l'exonération ne soient pas trop graves¹⁰. Ces deux critères se retrouvent dans toutes les décisions du Conseil¹¹.

La jurisprudence constitutionnelle est en revanche plus confuse s'agissant des effets de la responsabilité. Le Conseil constitutionnel n'a jamais reconnu de valeur

⁷ CC, n° 99-419 DC, 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité, commentaire de N. MOLFESSIS, « La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel », *JCP G*, 2000, I, 210 ; G. VINEY, « Responsabilité civile », *JCP G*, 2000, I, 280.

⁸ Considérant 70.

⁹ Par exemple : CC, n° 2005-522 DC, 22 juillet 2005, Loi de sauvegarde des entreprises, considérant 11 ; CC, n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Vivianne L.*, considérants 6 et 13.

¹⁰ Par exemple : CC, n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Vivianne L.*, considérant 12 ; CC, n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010, *Epoux L.*, considérants 16 et 18.

¹¹ Sur ce point, voir B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, *op. cit.*, n° 26 *sqq.*

constitutionnelle au principe civiliste de réparation intégrale. La formule consacrée du principe constitutionnel de responsabilité ne mentionne pas la mesure de la réparation, et aucun principe autonome sur les effets de la responsabilité n'a été expressément affirmé. Le commentaire de la décision *Vivianne L.* déclare d'ailleurs qu'« il résulte de cette jurisprudence sur le principe de responsabilité qu'il n'existe pas de principe constitutionnel de réparation intégrale de tout préjudice », et que « ce principe ne revêt aux termes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'une valeur législative¹² ». Dans ces conditions, on ne saurait affirmer que le principe de réparation intégrale est constitutionnellement protégé. Toutefois, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle ponctuel sur l'étendue de la réparation, et il est parfois allé jusqu'à exiger, sans le dire très clairement, une réparation intégrale du préjudice. L'exemple le plus significatif à cet égard est la série de décisions rendues en matière d'accidents du travail : dans ces décisions, le Conseil constitutionnel a imposé, sur le fondement du principe de responsabilité, que le salarié bénéficie d'une réparation intégrale de son préjudice en cas de faute inexcusable de l'employeur¹³.

Deux remarques peuvent être faites après ce rapide examen du contour des exigences constitutionnelles. La première concerne la grande constance des solutions. Sur le fondement du principe d'égalité, puis sur le fondement du principe de responsabilité, le Conseil a toujours protégé la responsabilité pour faute, et n'a protégé qu'elle¹⁴. Cette protection spécifiquement accordée à la responsabilité pour faute n'est pas due au texte constitutionnel : ni le principe d'égalité, ni l'article 4 de la Déclaration de 1789 ne l'imposait. Cela révèle la politique jurisprudentielle du Conseil qui, manifestement attaché à certaines solutions en matière de responsabilité, parvient à les consacrer quel que soit le fondement de sa décision.

La seconde remarque concerne le phénomène de « constitutionnalisation du droit ». L'influence du droit privé sur le droit constitutionnel est ici évidente, puisque le principe de responsabilité reprend mot pour mot les termes de l'article 1240 du Code civil. Mais l'étude de la jurisprudence aboutit également à constater l'indépendance du droit constitutionnel à l'égard du droit privé. Au-delà de l'identité des termes employés, le principe de responsabilité s'éloigne de la règle civiliste en ce qu'il n'est pas indifférent à la gravité de la faute et n'impose pas la réparation intégrale du préjudice subi. Ces observations montrent les failles d'une vision simpliste du phénomène de constitutionnalisation du droit. La constitutionnalisation du droit privé n'est pas la promotion pure et simple de certaines règles privatistes au rang supra-législatif. Malgré un incontestable jeu d'influence, un principe n'est consacré par le Conseil que dans la mesure où il est rattaché à un fondement constitutionnel, qui lui attribue une signification indépendante. Il faut donc être prudent lorsque le Conseil emploie des notions ou expressions connues du droit privé, car il n'y a aucune nécessité à ce que celles-ci revêtent alors le sens

¹² « Commentaire de la décision n° 2010-2 QPC – 11 juin 2010, Mme Vivianne L. », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2010, p. 8 [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/20102QPCccc_2qpc.pdf].

¹³ CC, n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010, *Epoux L.* ; CC, n° 2011-127 QPC, 6 mai 2011, *Consorts C.* ; CC, n° 2011-167 QPC, 23 septembre 2011, *Djamel B.* ; CC, n° 2016-533 QPC, 14 avril 2016, *M. Jean-Marc P.*

¹⁴ Sur ce point, voir B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, *op. cit.*, n°s 19 *sqq.*

que leur attribue le civiliste. Comme l'a résumé Pierre-Yves Chérot, la constitutionnalisation consiste simplement à « vérifier si la solution à laquelle le civiliste aboutit par les chemins qu'il voudra bien prendre est conforme au droit constitutionnel dans son ordre propre¹⁵ ».

Après avoir délimité les contours des exigences constitutionnelles, il convient d'en mener l'analyse critique. Une telle analyse conduit à se poser deux questions : la protection constitutionnelle de la responsabilité pour faute est-elle justifiée d'un point de vue théorique ? Est-elle, par ailleurs, opportune d'un point de vue de politique juridique ?

D'un point de vue théorique, la consécration du principe de responsabilité n'aurait pas de soi, parce qu'elle met en avant la notion de devoir individuel en droit constitutionnel¹⁶. En effet, le Conseil conçoit la responsabilité comme un corollaire de la liberté, et plus particulièrement comme un corollaire de la liberté de l'auteur du dommage : l'homme est responsable parce qu'il est libre, au sens où il agit conformément à sa volonté propre. On est responsable parce qu'en agissant de manière volontairement illicite, sans prendre garde à ne pas nuire à autrui, on a fait un mauvais usage de sa liberté. La liberté n'est alors pas envisagée comme un droit mais comme une charge, qui comprend le devoir d'agir en s'efforçant de ne causer de tort à personne. C'est ce devoir, cette norme de comportement, que le Conseil lit dans l'article 4 de la Déclaration de 1789, qui justifie la responsabilité pour faute et lui confère sa valeur constitutionnelle.

Le fait de fonder la responsabilité sur la violation d'un devoir de ne pas nuire à autrui ne pose guère de difficulté au privatiste. Comme l'affirmait Jean Domat,

c'est une suite naturelle de toutes espèces d'engagements particuliers et de l'engagement général de ne faire de tort à personne que ceux qui causent quelque dommage, soit pour avoir contrevenu à quelque engagement ou pour y avoir manqué, sont obligés de réparer le tort qu'ils ont fait¹⁷[.]

Mais le rattachement du principe de responsabilité au devoir de ne pas nuire à autrui soulève certaines interrogations d'un point de vue constitutionnaliste : il pose la délicate question de la place des devoirs individuels dans les déclarations de droits fondamentaux¹⁸. La tradition française a été jusqu'à présent réticente à l'idée

¹⁵ J.-Y. CHÉROT, « Les rapports du droit civil et du droit constitutionnel. Réponse à Christian Atias », *RFDC*, 1991, n° 7, p. 438.

¹⁶ Sur ce point, voir B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, *op. cit.*, n° 49 *sqq.*

¹⁷ J. DOMAT cité dans G. VINEY, « Pour ou contre un principe général de responsabilité pour faute ? Une question posée à propos de l'harmonisation des droits civils européens », in *Le droit privé à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 569.

¹⁸ Sur cette question, voir A. BERTHE, *Les devoirs individuels dans la Convention européenne des droits de l'Homme*, thèse de doctorat, Université de Lille II, 2000 ; H. DUMONT, F. OST, et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; R. HANICOTTE, *Devoirs de l'Homme et Constitutions. Contribution à une théorie générale du devoir*, Paris, L'Harmattan, 2007 ; Y. MADIOT, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998 ; P. MEYER-BISCH (dir.), *Les devoirs de l'Homme. De la réciprocité dans les droits de l'Homme. Actes du V^e colloque interdisciplinaire sur les droits de l'Homme*, Paris/Fribourg, Le Cerf/Éditions Universitaires de Fribourg, 1989 ; B. MOUTEL, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme en droit privé français*, thèse Limoges, 2006 ; M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Paris, Némésis, 4^e éd., 2012, p. 65 *sqq.* ; R. CASSIN, « De la place faite aux devoirs de l'individu dans la Déclaration universelle

de reconnaître des devoirs fondamentaux dont elle redoute qu'ils viennent concurrencer les droits. Or, l'apparition du principe de responsabilité va dans le sens inverse de cette tradition. La proclamation de la Charte de l'environnement, qui contient plusieurs devoirs et obligations, témoigne au demeurant d'un mouvement plus large d'exaltation de la responsabilité individuelle en droit constitutionnel¹⁹. Ce passionnant sujet dépasse évidemment le cadre de notre contribution. Dans les limites de notre propos, nous pouvons simplement dire qu'il est à notre sens possible et souhaitable de reconnaître certains devoirs fondamentaux, parmi lesquels mérite de figurer le devoir fondamental de ne pas nuire à autrui²⁰.

S'agissant ensuite d'apprécier l'opportunité de la jurisprudence constitutionnelle en termes de politique juridique, on peut considérer que les effets sur le droit de la responsabilité civile sont plutôt positifs. Elle a permis des modifications ponctuelles et bénéfiques, comme en témoigne l'amélioration de l'indemnisation des victimes d'accidents du travail²¹. Mais son influence reste mesurée : la grande majorité des dispositions soumises au contrôle de constitutionnalité ont été jusqu'à présent validées. L'évolution de la jurisprudence du Conseil à partir de 2015, qui a consisté en un retournement du principe de responsabilité en faveur des victimes de dommages, appelle une appréciation plus nuancée.

II. LE RETOURNEMENT DU PRINCIPE DE RESPONSABILITÉ EN FAVEUR DES AUTEURS DE DOMMAGES

Dans trois décisions relatives à la responsabilité dans les chaînes de sous-traitance et les groupes de sociétés²², le Conseil a déduit du principe de responsabilité une nouvelle exigence, selon laquelle les règles de responsabilité ne doivent pas être excessivement sévères pour les auteurs de dommages. Ces décisions transforment donc le principe de responsabilité en un instrument à double tranchant : ce

des droits de l'Homme », *Mélanges offerts à Polys Modinos. Problèmes des droits de l'Homme et de l'unification européenne*, Paris, Pedone, 1968, p. 479 ; D. COLARD, « Essai sur la problématique des devoirs de l'Homme », *Revue des droits de l'Homme*, vol. 5, 1972, p. 333 ; B. JEANNEAU, « Vraie ou fausse résurgence des déclarations des devoirs de l'Homme et du Citoyen », in *Territoires et liberté. Mélanges en hommage au Doyen Yves Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 295 ; Y. MADIOT, « La place des devoirs dans une théorie générale des droits de l'Homme », in *Pouvoir et Liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 209 ; B. MATHIEU, « Droits et devoirs », in J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et H. GAUDIN (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008.

¹⁹ Sur ce point, voir J.-P. MARGUÉNAUD, « Les devoirs de l'Homme dans la Charte constitutionnelle de l'environnement », in *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Paris, Monchrestien, 2007, p. 879 ; J. MORAND-DEVILLER, « La Charte de l'environnement et le débat idéologique », *RJE*, n° spécial, *Charte de l'environnement*, 2005, p. 102.

²⁰ Pour de plus longs développements, voir B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, *op. cit.*, n°s 55 *sqq.*

²¹ CC, n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010, *Epoux L.* ; CC, n° 2011-127 QPC, 6 mai 2011, *Consorts C.* ; CC, n° 2011-167 QPC, 23 septembre 2011, *Djamel B.* ; CC, n° 2016-533 QPC, 14 avril 2016, *M. Jean-Marc P.*

²² CC, n° 2015-479 QPC, 31 juillet 2015, *Société Gecop* ; CC, n° 2015-517 QPC, 22 janvier 2016, *Fédération des promoteurs immobiliers* ; CC, n° 2017-750 DC, 23 mars 2017, Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

principe impose désormais que la responsabilité ne soit ni trop limitée, ni trop étendue²³. Le Conseil se montre plus précisément hostile envers deux types de règles de responsabilité : celles instituant une responsabilité solidaire²⁴ et celles instituant une responsabilité pour autrui²⁵. Désormais, la responsabilité solidaire et la responsabilité pour autrui sont considérées comme des atteintes au principe de responsabilité. Elles ne sont admises qu'à la condition d'être justifiées et proportionnées. Ces trois décisions rompent donc clairement avec la jurisprudence antérieure. Et cette rupture résulte de la seule volonté du Conseil qui a, dans les deux premières décisions, soulevé d'office le grief tiré du principe de responsabilité.

Il est en outre envisageable que le Conseil étende à l'avenir son contrôle à d'autres types de règles que celles qui instituent des responsabilités solidaire et pour autrui. Certes, les décisions considérées ne contiennent aucune observation en ce sens. Mais le fil rouge de la nouvelle jurisprudence semble bien être de censurer les règles de responsabilité excessivement sévères pour les auteurs de dommages, le seul point commun entre la solidarité de paiement et la responsabilité étant l'accroissement de responsabilité auquel elles conduisent. Dès lors, il ne serait guère étonnant que d'autres règles de responsabilité soient considérées comme des atteintes au principe de responsabilité. Dans l'attente de savoir ce que fera le Conseil, on peut d'ores et déjà mettre en lumière les dangers que fait naître cette nouvelle interprétation du principe de responsabilité.

L'analyse critique de la jurisprudence conduit à nouveau à se poser la question de sa justification théorique et celle de son opportunité en termes de politique juridique. Sur le premier point, il apparaît que le Conseil constitutionnel contrôle la responsabilité en ce qu'elle crée une charge pour le justiciable. Or, on peut estimer qu'un tel contrôle est théoriquement justifiable, car il peut être rationnellement rattaché à l'article 4 de la Déclaration de 1789. Ce texte, qui proclame la liberté comme principe, et les bornes qui lui sont posées comme des exceptions, peut constituer le fondement d'un contrôle de l'excès de responsabilité²⁶.

D'un point de vue politique, en revanche, la nouvelle interprétation du principe de responsabilité présente certains risques. Il faut concéder que le droit de la responsabilité civile, après s'être essentiellement construit autour de la figure de l'auteur du dommage, a progressivement évolué pour s'intéresser de plus en plus à la figure de la victime. Or, cette évolution du droit de la responsabilité civile peut aboutir à de nouvelles injustices : après avoir injustement privé certaines victimes d'indemnisation, on risque aujourd'hui de condamner injustement certains auteurs de dommages à réparation. Le nouveau principe de responsabilité peut donc avoir une utilité certaine, en permettant de veiller à ce que le législateur préserve l'équilibre entre les auteurs et les victimes de dommages. Mais on peut aussi se montrer inquiet face à l'usage que le Conseil a fait du principe de responsabilité jusqu'à présent. Dans les trois décisions, le législateur s'efforçait d'apporter des réponses aux dommages aujourd'hui causés dans le cadre des chaînes de production. Or, ces

²³ Sur cette question : B. GIRARD, « Le retournement du principe constitutionnel de responsabilité en faveur des auteurs de dommages », *Recueil Dalloz*, vol. 192, n° 23, juin 2016, p. 1346-1352.

²⁴ CC, n° 2015-479 QPC, 31 juillet 2015, *Société Gecop*.

²⁵ CC, n° 2015-517 QPC, 22 janvier 2016, *Fédération des promoteurs immobiliers* ; CC, n° 2017-750 DC, 23 mars 2017, Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

²⁶ Sur ce point : B. GIRARD, art. cité.

initiatives font l'objet d'un contrôle rigoureux de la part du Conseil, alors qu'elles n'étaient aucunement révolutionnaires. Dans la décision du 31 juillet 2015, la disposition contestée se contente de rendre solidairement responsable le donneur d'ordre qui a commis une faute et profite ainsi de la réalisation d'un travail dissimulé. Elle est sévèrement examinée par le Conseil, bien qu'il s'agisse d'une règle de responsabilité peu audacieuse, fondée sur la très classique notion de faute. Et dans la décision du 22 janvier 2015, la disposition critiquée impose simplement au donneur d'ordre de prendre en charge l'hébergement des salariés lorsque, averti que les salariés sont hébergés dans des conditions contraires à la dignité humaine, il fait cependant le choix de poursuivre l'exécution du contrat. Il s'agit donc d'une application très prudente de la théorie du risque-profit, qui fait pourtant l'objet d'une réserve d'interprétation de la part du Conseil afin que les sommes dues soient limitées.

Plus largement, on peut redouter que la nouvelle interprétation du principe de responsabilité conduise à promouvoir une vision anachronique de la responsabilité civile. Prise au pied de la lettre, la formule du Conseil exprimant sa défiance envers « l'engagement de la responsabilité d'une personne autre que celle par la faute de laquelle le dommage est arrivé²⁷ » peut nourrir certaines craintes. Elle fait irrésistiblement penser aux propos de Marcel Planiol qui déclarait, au début du siècle dernier, qu'« on aura beau écrire des milliers de pages sur la responsabilité objective, jamais on n'en démontrera l'utilité ni l'équité, car elle consiste à faire supporter à un homme les conséquences de la faute d'un autre²⁸ ». Or, à la même époque, Louis Josserand démontrait déjà les limites de la responsabilité pour faute face aux nouveaux risques²⁹. La créativité de la doctrine et l'audace du juge ont permis l'avènement de la responsabilité sans faute. L'arrêt *Jand'heur* a été le point de départ d'une formidable évolution qui, si elle a donné lieu à quelques errements, a été un incontestable facteur de progrès. Aujourd'hui, le droit de la responsabilité est confronté à des situations dommageables inédites face auxquels les juristes doivent une nouvelle fois faire preuve d'inventivité. Le Conseil constitutionnel devra prendre garde à ne pas étouffer les initiatives qui devront être prises pour répondre aux défis du droit contemporain de la responsabilité.

Bénédicte Girard

Professeur de droit privé et de sciences criminelles à l'Université de Strasbourg

²⁷ CC, n° 2015-517 QPC, 22 janvier 2016, *Fédération des promoteurs immobiliers*.

²⁸ M. PLANIOL, « Au fondement de la responsabilité », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1905, p. 277-292 [<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6229249z/f291.item>].

²⁹ L. JOSSERAND, « De la responsabilité du fait des choses inanimées » (1897), cité dans S. CARVAL, *La construction de la responsabilité civile*, Paris, PUF, 2001, p. 30.

Le droit des affaires à l'épreuve de la jurisprudence du Conseil constitutionnel

1. Contrôle de constitutionnalité et droit des affaires. Le droit des affaires ne fait pas de la figuration en matière de contrôle de constitutionnalité puisque c'est l'une des branches du droit qui donne lieu aux contestations les plus nombreuses de la conformité aux droits fondamentaux des lois qu'elle fédère. Depuis la décision du 16 janvier 1982 sur la loi de nationalisation¹, la plupart des grandes lois intéressant l'entreprise ont fait l'objet d'un contrôle *a priori*, exercé au titre de la saisine parlementaire de l'article 61, al. 2, de la Constitution. Ce fut le cas des lois du 1^{er} mars 1984² et du 25 janvier 1985³ réformant le droit des entreprises en difficulté, de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, de la loi du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée⁴ (EIRL), de la loi du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle⁵, dite loi Florange, de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques⁶, dite loi Macron, et de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre⁷. Le phénomène s'est accentué avec l'irruption de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), posée dans les conditions de l'article 61-1 de la Constitution, qui a permis de soulever d'autres questions intéressant le droit des affaires. Si, pour la plupart, elles n'ont pas passé le filtre de la Cour de cassation, une vingtaine n'en a pas moins été transmise au Conseil constitutionnel qui les a tranchées par autant de décisions qui seront ici examinées. Il est intéressant de relever que toutes les branches du droit des affaires n'ont pas suscité le même intérêt. Aucune décision n'a ainsi été rendue au sujet du fonds de commerce ou du régime des actes de commerce ou en matière de contrats commerciaux. Un contrat aussi important que le bail commercial a pu donner lieu à plusieurs QPC, mais aucune n'a été transmise au Conseil. Une question

¹ Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982.

² Décision n° 84-169 DC du 28 février 1984.

³ Décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985 (Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises) et Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 (Loi n° 85-99 du 25 janvier 1985 relative aux administrateurs judiciaires, aux mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic d'entreprise).

⁴ Décision n° 2010-607 DC du 10 juin 2010.

⁵ Décision n° 2014-692 DC du 27 mars 2014.

⁶ Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015.

⁷ Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017.

seulement a porté sur les tribunaux de commerce, une autre sur le droit de la concurrence (et encore il s'agissait plus d'une question procédurale portant sur la possibilité pour l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office) et trois sur le droit des sociétés⁸. Tout le reste, c'est-à-dire la quasi-totalité des décisions rendues en réponse à une QPC, intéresse le droit des entreprises en difficulté.

2. Artificielle invocation des droits de l'homme. Quand il porte sur des textes qui, par leur nature même, sont susceptibles de mettre en cause des droits ou libertés que la Constitution garantit, le contrôle qu'exerce le Conseil constitutionnel constitue une pièce essentielle du dispositif garantissant l'État de droit. Encore faut-il que soit véritablement en cause la défense d'authentiques droits de l'homme⁹, ce qui, le plus souvent, n'a guère de sens dans le domaine du droit des affaires (à la différence du droit pénal ou de la procédure pénale, matières dans lesquelles la protection contre l'arbitraire prend tout son sens et avec elle le contrôle de constitutionnalité). Conçu comme instrument de résistance à la tyrannie et à l'oppression, le contrôle de conformité aux droits fondamentaux ne devrait pas avoir vocation à être utilisé en vue de réécrire les lois mal faites (ou jugées telles) ou de contrarier une jurisprudence inopportune¹⁰. Les droits de l'homme méritent mieux que d'être mobilisés aux fins de critiquer les règles applicables aux opérateurs économiques, qui, aussi malheureuses qu'elles puissent être parfois, se prêtent mal à une critique sur le terrain des grands principes. Or, le principal enseignement qu'il y a lieu de tirer de l'analyse des décisions rendues par le Conseil constitutionnel en matière de droit des affaires est que, par l'effet d'un glissement auquel on ne prend pas suffisamment garde, les dispositions soumises à sa censure ne mettent nullement en cause des droits fondamentaux ou des libertés publiques, mais un débat d'opportunité sur la qualité de la réponse que le droit positif apporte à une question technique. L'évolution est préoccupante, parce qu'elle conduit le contrôle à perdre en légitimité. Si l'on veut bien admettre, au nom de la résistance à la barbarie et à l'oppression, que s'exerce un contrôle de la conformité de la loi à des principes supérieurs dont le législateur ne peut faire abstraction, ce n'est pas pour que ce contrôle s'affadisse au point de ne plus porter en définitive que sur la question de savoir qui peut déclencher un redressement judiciaire¹¹ ou à quelle date

⁸ Décision n° 2016-563 QPC du 16 septembre 2016 (au sujet de l'article 1843-4 du code civil, voir *infra*, n° 15) ; Décision n° 2013-369 QPC du 28 février 2014 (au sujet de la privation de droit de vote pour défaut de déclaration d'un franchissement de seuil, voir *infra*, n° 9) ; Décision n° 2016-542 QPC du 18 mai 2016 (Prononcé d'une amende civile à l'encontre d'une personne morale à laquelle une entreprise a été transmise, solution intéressante et digne d'approbation mais qui n'apporte rien au droit positif l'ayant déjà consacrée).

⁹ F. CHÉNEDE, « Le Droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Paris, Defrénois, 2012, p. 180, qui souligne que le discours des droits de l'homme est avant tout une déclaration de résistance à l'oppression.

¹⁰ On prendra l'exemple de la décision (Décision n° 2011-212 QPC du 20 janvier 2012) ayant jugé contraire à la Constitution l'interprétation jurisprudentielle de l'article L. 624-6 et abrogé ce texte, qui permettait de réunir à l'actif de la faillite d'un débiteur certains biens appartenant au conjoint du débiteur mais que ce dernier avait contribué à financer. La jurisprudence considérée étant d'une excessive sévérité, on se réjouira qu'une QPC ait permis de la contrarier. On peut toutefois se demander si, au nom des droits fondamentaux, ici la propriété et l'égalité, il appartient au Conseil constitutionnel de remettre en cause la jurisprudence – même lorsque, comme en l'espèce, elle est contestable – de la Cour de cassation.

¹¹ Décision n° 2012-286 QPC du 7 décembre 2012 (voir *infra*, n° 5).

un juge doit se placer pour évaluer des parts ou des actions¹², pour ne prendre que deux exemples de réponses à des QPC particulièrement révélatrices de cette mutation.

Ainsi, la première observation qu’inspire la lecture des décisions du Conseil constitutionnel en matière de droit des affaires est qu’elles sortent trop souvent du domaine étroit qui devrait être celui du contrôle qu’exerce cette haute juridiction. Les seules à se rattacher à un authentique et légitime contrôle de conformité aux droits fondamentaux sont celles relatives à l’expropriation que réaliserait une disposition de droit des sociétés imposant la cession de ses titres à un actionnaire et la seule décision vraiment convaincante est celle rendue en 1982 au sujet des nationalisations¹³, décision respectueuse de la souveraineté du Parlement, puisque, quoi qu’aient pu penser les membres du Conseil constitutionnel de ces nationalisations, ils ne les ont pas remises en cause au nom de la protection du droit de propriété – ce à quoi un contrôle de proportionnalité aurait pu aboutir –, mais ont censuré les seules dispositions relatives aux modalités d’indemnisation des actionnaires expropriés. La protection du droit de propriété étant véritablement en cause, le Conseil était fondé à exercer sa censure, ce qu’il a fait de manière prudente¹⁴.

3. Dévoiement du contrôle opéré. Les autres décisions du Conseil constitutionnel relatives à des textes relevant du droit des affaires ne suscitent guère l’enthousiasme. Au-delà de la piètre qualité de la plupart des questions et de l’insuffisance tant de la réponse que de sa motivation¹⁵, il y a lieu de déplorer le glissement vers une appréciation des choix du législateur au nom d’un contrôle de proportionnalité, qui permet au Conseil, devant qui sont invoqués des principes vagues et imprécis, sans rapport avec la disposition technique examinée, à laquelle on reproche de méconnaître « la liberté », « la propriété » ou encore « l’égalité », de se livrer à un contrôle d’opportunité. Les perspectives qu’ouvre ce contrôle sont infinies dès lors que tout encadrement de la vie des affaires porte atteinte à la liberté d’entreprendre et au droit de propriété. Par ailleurs, reprocher à une règle de droit de limiter la liberté et les droits de ceux à qui elle s’applique ou de porter atteinte à l’égalité en ce qu’elle distingue entre ceux qui bénéficient ou pas de son application, revient à lui reprocher d’être une règle de droit.

Le vrai contrôle de proportionnalité, le seul qui devrait valoir, c’est celui qu’a réalisé le législateur en jugeant devoir adopter la loi. Il a pour cela arbitré entre des libertés et des droits particuliers, qu’il a également confrontés à l’intérêt général, parvenant à une conciliation qu’exprime le texte finalement voté. Cet arbitrage du législateur, à l’issue de travaux parlementaires lui procurant une vue panoramique de la question, apparaît plus convaincant que celui, bien rustique, du Conseil constitutionnel, ramenant la question à une équation juridique de quelques droits fondamentaux en conflit. Il est surtout plus légitime, car, sur aucun des sujets techniques qui seront ici examinés, on ne voit à quel titre le juge constitutionnel est

¹² Décision n° 2016-563 QPC du 16 septembre 2016 (voir *infra*, n° 15).

¹³ Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982.

¹⁴ Deux autres décisions (Décisions n° 2015-486 QPC du 7 octobre 2015 et n° 2015-715 DC du 5 août 2015) ont depuis porté sur cette même question de l’expropriation de l’actionnaire mais y ont apporté une réponse que l’on jugera décevante (voir *infra*, nos 16 à 20).

¹⁵ Voir *infra*, nos 5 *sqq.*, sur la saisine d’office, question qui aurait mérité mieux que la motivation lapidaire de décisions qui ne paraissent pas avoir pris la mesure du problème.

fondé remettre en cause les choix du législateur et pourquoi son analyse devrait être plus valable que celle qu'exprime le vote du Parlement. En s'aventurant sur ce terrain, au nom du contrôle de proportionnalité, le Conseil constitutionnel méconnaît son office, péché d'orgueil du juge qui veut à tout prix sortir de sa mission pour se faire législateur. Ce constat, qu'inspirent les décisions du Conseil constitutionnel rendues en matière de droit des affaires, est d'autant plus surprenant que, dans d'autres domaines, le droit de la famille par exemple, le même fait preuve d'une grande prudence et s'interdit de porter atteinte à la souveraineté de la loi au motif que, ne disposant pas « d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement », il ne lui appartient pas « de substituer son appréciation à celle du législateur¹⁶ ».

Sous le bénéfice de ces quelques observations, il y a lieu de faire apparaître que, si la contribution du Conseil constitutionnel à l'amélioration du droit des affaires apparaît modeste, c'est tantôt parce que les questions qui lui sont posées sont d'un intérêt limité (I), tantôt parce que la réponse qu'il y apporte est peu argumentée et partant décevante (II).

I. LES MAUVAISES QUESTIONS

Le reproche que nous adressons au Conseil constitutionnel de rendre des décisions de médiocre qualité est injuste si l'on veut bien considérer que, le plus souvent, il lui revient de répondre à des questions, qui ne lui permettent pas de donner toute sa mesure. La faute en revient aux juridictions de l'ordre judiciaire et en particulier à la Cour de cassation qui n'exerce pas suffisamment son rôle de filtre, du moins en ce que les questions portent sur le droit des affaires. La vérité est que bien peu des questions transmises n'auraient dû l'être. Posées par des avocats retors, compliquant à souhait un dossier pour des raisons stratégiques, le plus souvent dilatoires, ces QPC en droit des affaires ne présentent pas le moindre intérêt et dès lors les réponses qui y ont été apportées ne peuvent qu'être décevantes. On le voit qu'il s'agisse du grief tiré d'une atteinte à l'impartialité du juge (A) ou d'un outrage à la liberté, à l'égalité ou à la propriété (B).

A. Méconnaissance du principe d'impartialité des juridictions

Plusieurs QPC ont été transmises au Conseil constitutionnel pour contester la conformité aux droits fondamentaux de règles gouvernant le contentieux de la vie économique, qu'il s'agisse de celui des procédures collectives ou du droit de la concurrence (2) ou qu'il s'agisse tout bonnement de douter de l'impartialité des tribunaux de commerce (1).

1. La désobligeante question relative à l'impartialité des tribunaux de commerce

4. Question étrangère à l'office du juge constitutionnel. La première décision rendue pour répondre à des inquiétudes exprimées au sujet de l'impartialité des juges intervenant en matière économique est celle qui l'a été en réponse à une QPC, posée à l'occasion d'une procédure collective, par un débiteur qui s'inquiétait

¹⁶ Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 [Adoption au sein d'un couple non marié].

de l'impartialité du tribunal de commerce ayant à en connaître. Mettant en doute la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des dispositions des articles L. 722-6 à L. 722-16 et L. 724-1 à L. 724-6 du Code de commerce, qui gouvernent le fonctionnement des tribunaux de commerce et le statut des juges consulaires, cette QPC¹⁷ remettait en réalité en cause le principe même de l'existence de ces juridictions. La principale critique articulée dans la requête visait en effet à démontrer que les dispositions relatives au mandat des juges des tribunaux de commerce méconnaissent les principes d'impartialité et d'indépendance de la justice et de la séparation des pouvoirs, ainsi que l'exigence de capacité qui résulte du principe d'égal accès aux emplois publics. Une telle question aurait pu et dû être jugée non sérieuse par la Cour de cassation. Étrangement, ce ne fut pas le cas et le Conseil constitutionnel eut à répondre à cette question, aussi surprenante que désobligeante, doutant de la conformité aux droits fondamentaux de ces juridictions consulaires créées par un édit de Charles IX de l'an 1563, édit il est vrai non soumis en son temps à un contrôle de constitutionnalité...

Le Conseil répond laconiquement que les dispositions relatives au mandat des juges des tribunaux de commerce instituent les garanties prohibant qu'un juge participe à l'examen d'une affaire dans laquelle il a un intérêt, même indirect, de sorte que l'ensemble de ces dispositions ne porte atteinte « ni aux principes d'impartialité et d'indépendance des juridictions ni à la séparation des pouvoirs ». Quant au grief reposant sur l'exigence d'un égal accès aux emplois publics, il ne le juge pas plus fondé dès lors que c'est pour tenir compte de la singularité du contentieux en matière commerciale que la loi a institué ces juridictions spécialisées, composées de juges élus par leurs pairs parmi des personnes disposant d'une expérience professionnelle dans le domaine économique et commercial, et qu'elle a pris soin de réserver les fonctions les plus importantes de ces tribunaux aux juges disposant d'une expérience juridictionnelle.

Cette réponse n'est pas plus satisfaisante que la question à laquelle elle répond. Ces quelques lignes de motivation ne suffisent pas à conjurer les inquiétudes formulées au sujet de la juridiction consulaire et il est difficile de s'en tenir à cet argumentaire rudimentaire. C'est trop ou trop peu. Où l'on comprend que le problème ne tient pas tant à la réponse qu'à la question, qui jamais n'aurait dû être transmise au Conseil constitutionnel, car si elle présente un indéniable intérêt, ce n'est que du point de vue politique et non au titre d'un contrôle de constitutionnalité hors de propos. On peut bien sûr s'interroger sur notre organisation judiciaire et sur le fonctionnement de certaines de nos juridictions, et notamment des tribunaux de commerce, juridictions singulières puisqu'elles sont composées exclusivement de juges élus par les commerçants (au sens large) en leur sein. On peut bien sûr juger ces juridictions anachroniques pour appliquer un droit des affaires toujours plus sophistiqué ou au contraire se féliciter que ce soit à elles que revienne d'avoir à traiter un contentieux qui requiert de connaître tout autant que le droit l'environnement de l'entreprise au sein de laquelle ce droit a vocation à s'appliquer. On peut bien sûr être partisan de leur maintien, de leur suppression ou de leur évolution vers un échevinage, probablement souhaitable dans les dossiers les plus importants et complexes. Mais le choix entre ces différentes analyses et propositions est éminemment politique et il apparaît artificiel de le ramener à un prétendu contentieux constitutionnel reposant sur une contestation de la conformité aux droits fondamentaux des textes gouvernant le statut des tribunaux de commerce.

¹⁷ Décision n° 2012-241 QPC du 4 mai 2012.

Comme l'on pouvait le redouter au vu de cette question incongrue, la contribution du Conseil constitutionnel à ce débat important se révèle d'un intérêt modeste, les quelques propositions alignées pour justifier l'existence des tribunaux de commerce apparaissant sans rapport avec l'importance de l'enjeu, essentiellement politique, qui s'attache à toute discussion relative à l'évolution de l'organisation judiciaire. Il n'est guère satisfaisant que la QPC ait pu être ainsi instrumentalisée en vue de prendre part à ce débat étranger au contrôle de constitutionnalité.

2. *L'interminable feuilleton du contentieux né de la saisine d'office*

5. Réponses variées à une question unique. Cette première QPC relative à l'impartialité d'une juridiction connaissant du contentieux de la vie des affaires a été suivie par plusieurs autres portant sur ce même thème, ayant en commun de s'inquiéter de la conformité aux droits fondamentaux de différents dispositifs permettant au juge de se saisir d'office d'une demande sur laquelle il lui revenait ensuite de statuer. Pas moins de sept décisions intéressant la saisine d'office d'une juridiction ont ainsi été rendues par le Conseil constitutionnel et même plus si l'on tient compte du fait que ces mêmes questions ont été posées au regard du droit applicable en Polynésie.

La première a porté sur l'article L. 631-5 du Code de commerce, autorisant un tribunal à se saisir d'office en vue de déclencher une procédure de redressement judiciaire à l'encontre d'un débiteur¹⁸. La règle avait beau être classique et couramment mise en œuvre, le Conseil constitutionnel l'a jugée non conforme au principe d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789, analyse qu'il a ensuite transposée à l'hypothèse de l'ouverture d'une liquidation judiciaire sur saisine d'office¹⁹. D'autres ont suivi, tantôt pour sauver la saisine d'office permettant de prendre certaines initiatives procédurales²⁰, tantôt pour la condamner²¹.

6. Condamnation inopportune. Certes, il est peu satisfaisant qu'une juridiction se saisisse elle-même d'une demande qu'elle va ensuite examiner et la saisine d'office fait figure de bizarrerie procédurale que l'on peut juger peu compatible avec l'exigence d'impartialité du juge. Pourtant, le Conseil constitutionnel ne la condamne pas par principe puisqu'il la juge acceptable lorsque la procédure n'a pas pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition, et à la double condition qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que soient instituées par la loi des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité. C'est cette dernière exigence qui l'a conduit à déclarer contraires à la Constitution les textes permettant à un tribunal de se saisir d'office en vue d'ouvrir une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ou en vue de résoudre un plan de

¹⁸ Décision n° 2012-286 QPC du 7 décembre 2012

¹⁹ Décision n° 2013-368 QPC du 7 mars 2014.

²⁰ Décision n° 2016-548 QPC du 1^{er} juillet 2016 sur la saisine d'office du président du tribunal de commerce pour ordonner le dépôt des comptes annuels sous astreinte ; Décision n° 2015-489 QPC du 14 octobre 2015 sur la saisine d'office du Conseil de la concurrence ; Décision n° 2014-438 QPC du 16 janvier 2015 sur la conversion d'office de la procédure de sauvegarde en une procédure de redressement judiciaire ; Décision n° 2014-399 QPC du 6 juin 2014 sur la liquidation judiciaire ou la cessation partielle de l'activité prononcée d'office pendant la période d'observation du redressement judiciaire.

²¹ Décision n° 2013-372 QPC du 7 mars 2014 sur la saisine d'office du tribunal pour la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

restructuration que le débiteur n'exécute plus. Le Conseil constitutionnel a considéré que ces dispositifs de saisine d'office étaient justifiés par l'intérêt général, qui commande de traiter la défaillance d'un débiteur, mais il a jugé qu'aucunes garanties légales ne donnaient l'assurance « qu'en se saisissant d'office, le tribunal ne préjuge pas sa position lorsque, à l'issue de la procédure contradictoire, il sera appelé à statuer sur le fond du dossier au vu de l'ensemble des éléments versés au débat par les parties ».

Au soutien de cette solution, on peut faire valoir qu'une distinction plus nette aurait pu et sans doute dû être instituée par les textes autorisant la saisine d'office entre l'organe y procédant au sein du tribunal²² et la formation de jugement connaissant ensuite de l'affaire. Cette séparation claire des fonctions de saisine et de jugement aurait permis de poser en principe que celui-là ne pouvait pas participer à celle-ci. La difficulté aurait ainsi été résolue puisqu'en interdisant au juge ayant été à l'origine de la saisine du tribunal de connaître ensuite de l'affaire au fond, la loi aurait désarmé tout reproche fondé sur le défaut d'impartialité de la juridiction. Il aurait été d'autant plus judicieux de suggérer une telle modification des textes qu'elle se serait inscrite dans un courant de réformes ayant déjà rendu incompatibles certaines fonctions qu'un juge ne saurait occuper successivement à l'occasion du traitement des difficultés d'une entreprise, qu'il s'agisse de connaître d'une procédure amiable²³, puis d'une procédure collective ou qu'il s'agisse d'occuper les fonctions de juge-commissaire ou de juge commis puis de siéger au sein de la formation collégiale du tribunal²⁴.

Jugeant que la saisine d'office faisait naître un risque d'atteinte à l'impartialité du tribunal, le Conseil constitutionnel aurait pu se borner à le signaler, tout en affirmant la conformité à la Constitution des dispositions considérées, au prix d'une réserve d'interprétation visant à garantir aux plaideurs que, en dépit de sa saisine d'office, l'impartialité du tribunal ne sera pas affectée dès lors que tout juge ayant été à l'origine de la procédure collective ne pourra en connaître après son ouverture.

7. Insuffisante prise en compte de la singularité des procédures collectives. La solution radicale, retenue par le Conseil, de juger contraires à la Constitution les mots « se saisir d'office ou » aux articles L. 631-5 et L. 640-5 du Code de commerce est malheureuse, car l'abrogation qui en résulte aboutit à priver les juridictions d'un mode de déclenchement des procédures collectives particulièrement utile dans tous les cas où nul ne se préoccupe d'ouvrir un redressement ou une liquidation judiciaire à l'encontre d'un débiteur en cessation des paiements qui, dès lors va pouvoir poursuivre son activité alors qu'il ne paie plus ses dettes et représente un danger pour son environnement économique. L'utilité de la saisine d'office était de permettre, lorsqu'un tel débiteur en cessation des paiements était identifié – par le greffe, *via* le registre du commerce et des sociétés le plus souvent – de le soumettre à une procédure collective qu'il ne sollicitait pas lui-même et que nul ne réclamait pour lui. Bienvenue, cette saisine d'office ne portait pas atteinte à l'impartialité du tribunal si l'on veut bien considérer l'originalité de la procédure collective qui, à la différence d'une instance ordinaire, n'oppose pas un demandeur et

²² Par exemple, au sein du tribunal de commerce, son président ou bien, sur délégation, le juge préposé à la surveillance du registre du commerce et des sociétés.

²³ À savoir le mandat *ad hoc* (C. com., art. L. 611-3) et conciliation (C. com., art. L. 611-4).

²⁴ C. com., art. L. 662-7.

un défendeur, mais constitue une mesure d'ordre public, de nature prophylactique, qui doit impérativement s'ouvrir à l'encontre d'un débiteur ayant cessé ses paiements depuis 45 jours. La question n'est donc pas tant de savoir qui déclenche le redressement ou la liquidation judiciaire, mais de savoir si le débiteur a ou non cessé ses paiements, situation qui, une fois caractérisée, impose de manière automatique l'ouverture de la procédure et fait perdre au tribunal toute liberté d'appréciation à cet égard.

Ainsi voit-on que, loin d'être dangereuse pour les libertés et les droits fondamentaux, la saisine d'office est appropriée pour déclencher une procédure collective, contentieux qui s'inscrit dans une magistrature économique pour laquelle il est parfaitement normal que le tribunal prenne des initiatives. C'est si vrai que, une fois la procédure collective ouverte, le tribunal, et le juge-commissaire qui, en son sein, connaît plus spécialement de la procédure collective, vont multiplier les initiatives procédurales à l'encontre du débiteur, lequel va être placé sous une étroite tutelle judiciaire pendant des mois et parfois des années s'il s'agit d'une liquidation judiciaire. Ces juges seront ainsi conduits à prendre un nombre important de décisions à l'égard et souvent aux dépens du même débiteur. Pour s'en tenir aux plus importantes, on signalera que le tribunal qui ouvre la procédure va ensuite statuer sur le sort de l'entreprise, sur une éventuelle conversion d'une procédure en une autre plus menaçante, sur la responsabilité de ses dirigeants. Il va pouvoir annuler certains actes passés par le débiteur, étendre la procédure à l'un de ses proches, infliger au dirigeant une interdiction de gérer ou une mesure de faillite personnelle et statuer sur une foule d'autres questions lourdes de conséquences pour le débiteur. Ce sont les mêmes juges qui vont prendre parti sur toutes ces demandes et connaître à de multiples reprises d'un dossier qui, au fil du temps, leur devient familier et sur lequel ils ont des idées précises avant même d'avoir à l'examiner une nouvelle fois. L'impartialité de ces juges est-elle pour autant menacée ? Nous ne le pensons pas, car l'impartialité du juge prend un tour particulier lorsqu'on l'envisage à l'occasion d'une procédure collective qu'il lui revient de traiter. Dans une telle situation, la connaissance de la situation du débiteur, loin d'être une circonstance permettant de douter de l'impartialité du juge, est une nécessité et le gage que ce juge prendra les mesures les plus conformes aux intérêts de l'entreprise et de ses créanciers. En matière de procédure collective, non seulement il ne faut pas s'inquiéter d'un risque de pré-jugement qui naîtrait de ce que le même juge a connu de la situation du débiteur en plusieurs occasions successivement, où il lui a été donné de juger à différents stades de cette pièce qui se joue sur une période de plusieurs mois, voire plusieurs années, mais il faut au contraire se féliciter que ce soient les mêmes juges qui connaissent des différentes étapes de la faillite et tranchent toutes les difficultés intéressant une entreprise dont ils connaîtront d'autant mieux les difficultés qu'ils les auront traitées tout au long de la procédure. Ce rappel de la singularité de la procédure collective permet de comprendre pourquoi la question posée au Conseil constitutionnel à propos de la saisine d'office n'était pas pertinente. Il incline à considérer que, si le Conseil constitutionnel avait mieux pris en compte cette singularité, il aurait sans doute statué différemment et n'aurait pas abrogé ce dispositif de saisine d'office que les spécialistes de la matière s'accordent à regretter, déplorant le vide que cette abrogation a laissé dans tous les cas où ni le débiteur en cessation des paiements ni l'un de ses créanciers ne se préoccupe de déclencher la procédure collective.

Il n'est d'ailleurs pas exclu que le Conseil constitutionnel lui-même ait regretté sa décision puisque, par la suite, lorsqu'il lui a été demandé de dire non conformes à la constitution d'autres hypothèses de saisine d'office du tribunal à l'occasion

d'une procédure collective, il s'y est refusé par deux fois²⁵, n'y trouvant plus rien à redire. Certes, il a justifié cette différence d'analyse en faisant valoir qu'à chaque fois il ne s'agissait pas d'introduire une nouvelle instance, puisque la procédure collective était déjà ouverte, mais d'en modifier le cours, en convertissant la procédure en une autre procédure ou en prononçant la résolution d'un plan. L'argument peine toutefois à convaincre, car ce sont les conséquences produites par la saisine d'office qui doivent être considérées. Or, convertir une sauvegarde en redressement judiciaire ou un redressement judiciaire en liquidation judiciaire n'est pas moins grave pour un débiteur qu'ouvrir d'office à son égard une telle procédure. Cet argument tiré de l'unité d'instance est d'autant moins décisif que le Conseil constitutionnel a également affirmé la pureté, au regard de l'exigence d'impartialité, de l'auto-saisine de l'Autorité de la concurrence, prévue par l'article L. 462-5 du Code de commerce²⁶, et ce alors que ce texte permet de déclencher une instance et même une instance pouvant déboucher sur une sanction. En se saisissant d'office de certaines pratiques anticoncurrentielles qu'elle va ensuite pouvoir sanctionner, l'Autorité de la concurrence se voit reconnaître un pouvoir exorbitant peu soucieux de la séparation des pouvoirs de poursuite et de sanction de ces pratiques, ce dont le Conseil constitutionnel ne s'est pas ému. On peut ne pas être convaincu et être d'avis que, s'il est bien un cas dans lequel la saisine d'office aurait dû ne pas être admise, c'est lorsqu'il s'agit d'infliger des sanctions (lesquelles peuvent être considérables lorsque sont en cause des pratiques anticoncurrentielles), l'autorité qui punit ne pouvant être l'autorité qui poursuit. Où l'on voit que l'évangélique inquiétude de Jean Rivero²⁷ de voir « filtrer le moustique et laisser passer le chameau » conserve toute son actualité.

8. Condamnation déroutante. Le rapprochement de ces décisions du Conseil est troublant à deux égards. Il l'est d'abord en ce qu'il fait apparaître qu'une hypothèse de saisine d'office véritablement problématique au regard de l'exigence d'impartialité, celle permettant à l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office en vue de prononcer une sanction, a été jugée acceptable, là où l'innocente saisine d'office d'un tribunal qui déclenche une procédure collective à l'égard d'un débiteur qui, étant en cessation des paiements, ne peut qu'être soumis à un redressement ou à une liquidation judiciaire, a été jugée contraire à la constitution. Comprenez qui pourra. L'incohérence des différentes décisions rendues par le Conseil constitutionnel au sujet de la saisine d'office apparaît d'autant mieux que l'on signale qu'il a affirmé que le dispositif autorisant un juge, lorsqu'il est informé du défaut de dépôt des comptes d'une société commerciale par ses dirigeants, à se saisir d'office puis à prononcer une injonction sous astreinte d'avoir à procéder à ce dépôt puis à liquider cette astreinte, ne méconnaît pas le principe d'impartialité, au motif, notamment, que cette constatation du non-dépôt des comptes, qui permet au juge de se saisir d'office, « présente un caractère objectif ». Pourquoi pas ? La même affirmation aurait pu sauver l'ouverture, sur saisine d'office, du redressement ou de la liquidation judiciaire, qui présente un caractère objectif une fois établie la cessation des paiements, au sens où le tribunal est alors tenu d'ouvrir la procédure collective.

La mise en perspective de ces décisions est enfin troublante par le sentiment d'insatisfaction que procure leur lecture, qu'elles concluent ou non à la violation

²⁵ Décisions n° 2014-438 QPC du 16 janvier 2015 et n° 2014-399 QPC du 6 juin 2014.

²⁶ Décision n° 2015-489 QPC du 14 octobre 2015.

²⁷ J. RIVERO, « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1981 », *AJDA*, 1981, p. 275.

des droits fondamentaux. Dans les deux cas en effet, la question est tranchée sur la foi d'une motivation de quelques lignes, là où la question aurait mérité plus que cela. On en revient ici à une critique de fond souvent adressée au Conseil constitutionnel pour déplorer la superficialité de ses analyses. Cette critique en nourrit une autre tenant à la composition et aux méthodes de travail du Conseil constitutionnel. Le droit de la concurrence et le droit de la faillite ont en commun d'être des univers complexes, des systèmes clos et peu accessibles, ce qui s'explique par l'extrême technicité des règles qu'il s'agit d'appliquer, par leur caractère pluridisciplinaire et la part importante que l'économie prend dans ces matières où elle se mêle intimement au droit. Examiner la conformité aux droits fondamentaux de la procédure suivie en matière de procédures collectives ou de sanction des pratiques anticoncurrentielles nécessite une bonne compréhension de ces branches du droit et un investissement que le Conseil constitutionnel n'a manifestement pas réalisé pour les besoins du traitement de ces QPC. Aussi, entre autres réflexions, ce feuilletton de la saisine d'office nourrit-il celle parfois exprimée pour déplorer les maigres moyens matériels et humains dont dispose cette juridiction, qui ne restent pas sans conséquence sur la qualité des décisions qu'elle rend²⁸.

B. Liberté, égalité, propriété

Au-delà de ces questions d'ordre procédural posées au Conseil constitutionnel, la conformité à la constitution de règles intéressant le droit des affaires a aussi pu être mise en doute en s'appuyant sur ces piliers constitutionnels que sont la propriété ou la liberté d'entreprendre (1) ou encore l'égalité devant la loi (2).

1. L'invocation de la protection du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre

9. Improbable contrôle de la privation de droit de vote pour défaut de déclaration de franchissement de seuil. La protection du droit de propriété et celle de la liberté d'entreprendre ont pu être invoquées de manière conjointe pour contester la conformité aux droits fondamentaux que la Constitution garantit de l'article L. 233-14 du Code de commerce, en ce que ce texte prive temporairement de droit de vote l'actionnaire d'une société cotée qui n'a pas régulièrement déclaré un franchissement de seuil, comme la loi le lui impose. Un tel grief ne présentait pas la moindre pertinence, dès lors que la privation temporaire de droit de vote n'emporte aucune atteinte au droit de propriété, comme le juge le Conseil constitutionnel sans avoir à le justifier²⁹. Sa réponse n'est au demeurant guère plus satisfaisante que la question, compte tenu du glissement qu'elle traduit vers un contrôle d'opportunité présenté comme un contrôle de proportionnalité. Le Conseil constitutionnel, en appréciant la proportionnalité de l'atteinte alléguée aux différents droits fondamentaux invoqués, se livre à une appréciation politique, substituant la sienne à celle opérée par le Parlement lorsqu'il avait voté la loi attaquée. À cet égard, la décision est intéressante, car elle illustre parfaitement le dévoiement du contrôle de constitutionnalité que permet le débat sur la proportionnalité de l'atteinte aux droits fondamentaux.

²⁸ Ces regrets sur le dénuement du juge constitutionnel français, comparé à ses homologues étrangers, sont exprimés par A. Supiot et L. Fontaine : A. SUPIOT et L. FONTAINE, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction sociale ? », *Droit Social*, septembre 2017, p. 754 *sqq.*

²⁹ Décision n° 2013-369 QPC du 28 février 2014.

En l'espèce, aucun droit fondamental n'étant en cause, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel cesse de porter sur la conformité du texte à la constitution pour porter sur l'appréciation des mérites de l'arbitrage opéré par le législateur entre les différents objectifs et intérêts qu'il y avait lieu de concilier. Si le souci d'assurer la transparence du marché boursier justifie que l'on impose aux actionnaires des obligations, et notamment celle d'avoir à déclarer le franchissement de certains seuils de détention du capital de la société cotée, et que l'on les sanctionne s'ils les méconnaissent, la mesure de ces obligations et de cette sanction dépend des égards que l'on accorde à la transparence des marchés, question d'ordre politique que le Conseil constitutionnel n'est nullement légitime à réexaminer en se livrant à un contrôle de proportionnalité, qui n'est autre qu'un contrôle d'opportunité. Peu importe ici, puisque le grief est rejeté, le Conseil constitutionnel jugeant que « compte tenu de l'encadrement dans le temps et de la portée limitée de cette privation des droits de vote, l'atteinte à l'exercice du droit de propriété de l'actionnaire qui résulte des dispositions contestées ne revêt pas un caractère disproportionné au regard du but poursuivi ». Mais le simple fait qu'une telle question – étrangère à la protection des droits fondamentaux – ait pu lui être posée et qu'il ait cru devoir y répondre est problématique.

10. Injustifiable censure de la loi Florange. Un autre exemple de ces questions auxquelles le Conseil constitutionnel n'aurait jamais dû répondre est offert par celle qui lui a été posée au sujet de la loi visant à reconquérir l'économie réelle, dite Loi Florange³⁰, texte très politique, loi de combat, conçue après la fermeture du site industriel de Florange, pour limiter la liberté d'un exploitant de fermer un établissement rentable, qui aurait pour conséquence un projet de licenciement collectif, en lui imposant, lorsqu'il entend ne plus l'exploiter personnellement, de se trouver un successeur acceptant de reprendre l'exploitation. Le dispositif conçu à cette fin par les articles L. 1233-57-9 et suivants du Code du travail et L. 771-1 à L. 773-3 du Code de commerce, était assorti de sanctions auxquelles s'exposait l'employeur ne respectant pas ces obligations ou refusant une offre de reprise sérieuse sans motif légitime. Les parlementaires auteurs de la saisine reprochaient à un tel contrôle judiciaire, assorti d'une sanction, de porter une atteinte au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre, mais aussi de méconnaître les principes de légalité des délits et des peines ainsi que les principes de nécessité et de proportionnalité des peines. Cette fois, le grief est accueilli et le texte déclaré contraire à la Constitution, le Conseil constitutionnel jugeant que l'obligation d'accepter une offre de reprise sérieuse en l'absence de motif légitime et la compétence confiée à la juridiction commerciale pour réprimer la violation de cette obligation faisaient peser sur les choix économiques de l'entreprise et sur sa gestion des contraintes portant une atteinte manifestement disproportionnée tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre au regard de l'objectif poursuivi. On ne saurait mieux que par cette décision illustrer le dévoiement du contrôle de constitutionnalité, qui ne se traduit plus par un contrôle de la conformité d'un texte à des droits fondamentaux que la Constitution garantit, mais qui conduit le Conseil constitutionnel, au nom d'un contrôle de la proportionnalité entre la finalité du texte et les atteintes à la liberté et à la propriété, à se faire juge de l'opportunité de la règle.

³⁰ Décision n° 2014-692 DC du 27 mars 2014.

Même si, en l'espèce, elle aboutit à empêcher l'édiction d'un texte peu convaincant³¹, la déclaration par le Conseil de son inconstitutionnalité est éminemment contestable car, jusqu'à preuve du contraire, il n'existe pas de dispositif de censure des lois ineptes, mais seulement des lois portant une telle atteinte aux droits fondamentaux que l'on peut douter qu'il puisse s'agir de lois. Rien de tel en l'espèce. Que l'on approuve ce texte en jugeant qu'il offrait le moyen d'apporter une réponse politique et courageuse au préoccupant mouvement de délocalisation d'entreprises hors de France ou que l'on s'en afflige en considérant qu'une telle usine à gaz ne pouvait enrayer lesdites délocalisations, regardées avec faveur par un droit européen ayant la liberté de circulation pour seul horizon, mais qu'elle risquait en revanche de transformer notre droit en épouvantail à investisseurs, on ne pouvait que lui reconnaître force de loi.

Les motifs qui conduisent à déclarer ce dispositif contraire à la Constitution ne résistent pas à l'analyse et l'on peut être d'avis que l'invocation vague et imprécise de la liberté et de la propriété – lesquelles n'étaient ici pas plus en cause que dans n'importe quelle autre disposition imposant des obligations à un employeur... – ne devrait pas pouvoir être utilisée comme instrument de censure de la loi votée par le Parlement. De fait, tout texte qui crée une obligation assortie d'une sanction limite la liberté de ceux à qui il s'applique ainsi que leur droit de propriété lorsque la sanction est pécuniaire. De là à en déduire que tout texte créant une obligation sanctionnée est exposé au contrôle de constitutionnalité, il y a un pas qu'il faut se garder de franchir si ce contrôle ne repose que sur une prétendue atteinte à la liberté et à la propriété et s'il ne se traduit que par une appréciation de la proportionnalité de ladite atteinte au but poursuivi. Autoriser le Conseil à exercer une censure qui n'a plus rien à voir avec l'appréciation de la conformité du texte litigieux aux droits fondamentaux, mais qui, traduisant un contrôle de l'opportunité d'une loi votée par le Parlement, prend un tour exclusivement politique, est un dévoiement manifeste.

11. Proportionnalité ? Deux poids, deux mesures. Cette censure, très politique, peut être jugée d'autant plus lourde de sens que l'on se souvient que, quelques années plus tôt, le Conseil constitutionnel avait refusé d'accueillir le recours formé contre l'article L. 650-1 du Code de commerce, introduit par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005³², qui, en accordant une large immunité aux créanciers du fait des préjudices qu'ils auraient pu causer au titre des crédits consentis à une entreprise par la suite soumise à une procédure collective, se voyait reprocher de méconnaître tant le principe de responsabilité que le droit au recours. Un contrôle de proportionnalité savamment manié aurait pu conduire à déclarer contraire à la constitution ce texte objectivement choquant, en considérant que l'immunité accordée aux créanciers dispensateurs de crédit portait atteinte au droit pour les victimes d'obtenir réparation et à l'obligation pour les fautifs de répondre de leurs fautes et que ces atteintes n'étaient pas proportionnées au but assigné à cet article L. 650-1 de favoriser le financement par les banques des entreprises, notamment celles rencontrant des difficultés. Étonnamment, cet argument n'a pas été retenu et il n'a pas été question de proportionnalité, de sorte que la

³¹ Pour une critique de cette réforme aussi inutile que vouée à demeurer inapplicable, si elle avait été votée, voir F.-X. LUCAS, « Commentaire de la proposition de loi du 15 mai 2013 visant à redonner des perspectives à l'économie réelle et à l'emploi industriel », *Bulletin Joly Sociétés*, n^{os} 7-8, juillet-août 2013, p. 499-509.

³² Décision n^o 2005-522 DC du 22 juillet 2005.

faveur ainsi réservée aux banquiers – car c’est d’eux qu’il s’agit, disons-le tout net, au risque de pimenter la discussion d’une dimension polémique... – a été jugée conforme à la Constitution, le Conseil retenant que le législateur n’avait cherché qu’à « clarifier » le cadre juridique de la mise en jeu de la responsabilité bancaire, clarification justifiée par un objectif d’intérêt général puisque visant à lever un obstacle à l’octroi des apports financiers nécessaires à la pérennité des entreprises en difficulté. Autrement dit, vu de la rue de Montpensier, il vaut mieux être banquier dispensateur de crédit que salarié délocalisé...

2. La navrante invocation de l’égalité

12. Surenchère de QPC saugrenues. Parmi les questions les plus navrantes posées au Conseil constitutionnel – et qu’il a bien voulu examiner faute d’avoir forgé un dispositif de non admission qui le dispenserait de répondre doctement à des questions dépourvues de sens, on y reviendra – se trouvent incontestablement celles qui reposent sur l’invocation d’un principe d’égalité, dont tout juriste connaît la portée incertaine, mais que certains requérants absolutisent en vue de critiquer un texte. Ainsi de la décision³³ statuant sur un grief parfaitement inintelligible, reprochant aux dispositions combinées des articles L. 351-8 du code rural et de la pêche maritime et L. 626-12 du Code de commerce de violer le principe d’égalité devant la loi au motif que le plan de sauvegarde d’une entreprise agricole peut aboutir à un rééchelonnement de sa dette non pas sur dix ans, ce qui constitue le délai maximum qu’un tribunal peut en principe imposer à des créanciers à l’occasion d’un plan³⁴, mais sur quinze ans, délai pouvant être accordé à un agriculteur³⁵. Selon la requête, il en résulterait une discrimination entre les entreprises agricoles selon qu’elles sont exploitées par une personne morale ou par une personne physique, car seul l’agriculteur personne physique serait justiciable des dispositions portant la durée du plan à 15 ans. Aussi attaquait-elle l’article L. 351-8 du Code rural et de la pêche maritime définissant le terme « agriculteur ».

Manifestant une bienveillance qui force l’admiration, le Conseil prend la peine de répondre à cette requête dépourvue de sens, jugeant que le texte attaqué se bornant à poser une définition ne créait, en lui-même, aucune différence de traitement entre les agriculteurs personnes physiques et les agriculteurs personnes morales. Autrement dit, la requête reposait sur un grief imaginaire, faute d’établir la rupture d’égalité qu’elle prétendait dénoncer entre les personnes morales et les personnes physiques exerçant une activité agricole et bénéficiant d’un plan. Il poursuit en indiquant que « La différence de traitement alléguée par la société requérante, à supposer qu’elle existe, ne pourrait résulter que de l’article L. 626-12 du Code de commerce, qui n’a pas été soumis au Conseil constitutionnel. Dès lors, le grief dirigé contre la seconde phrase de l’article L. 351-8 du code rural et de la pêche maritime doit être écarté », texte qui « ne méconnaît aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit ». Le Conseil aurait pu ajouter que, au demeurant, quand bien même une différence de régime existerait entre les plans bénéficiant à un agriculteur selon qu’il s’agit d’une personne physique ou morale, il n’y aurait là aucune atteinte à l’égalité. Selon la formule consacrée, le principe d’égalité ne s’oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni

³³ Décision n° 2017-626 QPC du 28 avril 2017.

³⁴ C. com., art. L. 626-18, al. 6.

³⁵ C. com., art. L. 626-12.

à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. Il est donc parfaitement loisible au législateur de réserver, à l'occasion d'une procédure collective, un traitement différent à un débiteur selon qu'il est un commerçant ou un agriculteur ou selon qu'il est une personne physique ou une personne morale. Le droit de la faillite repose à vrai dire exclusivement sur ce type de distinctions entre des débiteurs, qui ne se voient pas réserver le même sort selon qu'ils exercent telle ou telle activité, atteignent ou non certains seuils d'effectifs salariés, de chiffre d'affaires, de total de bilan, etc. La prétendue rupture d'égalité dénoncée par cette requête constituait véritablement le degré zéro de l'argumentaire juridique et elle n'aurait jamais dû être transmise au Conseil constitutionnel. Qu'une telle question – qui n'en était pas une et qui ne présentait pas le moindre intérêt pratique ou théorique – ait pu lui être posée est préoccupant, comme l'est le fait qu'il n'existe pas de moyen pour le Conseil d'écarter sans examen au fond une requête aussi absurde transmise suite à une erreur d'appréciation de la Cour de cassation.

13. QPC découvrant que la caution simple n'est pas la caution solidaire. L'inanité d'une telle argumentation fondée sur l'égalité fait regretter qu'elle se révèle être celle la plus souvent invoquée devant le Conseil constitutionnel pour contester la conformité à la constitution de textes intéressant le droit des affaires. Ce fut à nouveau le cas avec la QPC transmise pour s'émouvoir de ce que l'article 64 de la loi du 25 janvier 1985 puisse prévoir que les dispositions d'un plan de redressement judiciaire sont opposables à tous à l'exception des cautions solidaires et des coobligés³⁶ et pour en déduire l'existence d'une rupture d'égalité entre la caution simple et la caution solidaire. Le Conseil constitutionnel écarte l'objection en jugeant « que le principe d'égalité devant la loi n'impose pas d'uniformiser les régimes juridiques de la caution simple et de la caution solidaire » et qu'il en résulte « que le grief tiré de ce que la disposition contestée méconnaît le principe d'égalité doit être écarté ». On reste confondu par l'insondable nullité d'une telle question, mais surtout par le désolant constat qu'une réponse a pu y être apportée. À la protestation d'un plaideur candide faisant valoir que la caution simple et la caution solidaire ne sont pas soumises au même régime, le Conseil répond avec une certaine bonhomie que l'explication d'une telle différence de traitement tient à ce que l'un des contrats est un cautionnement simple, là où l'autre est un cautionnement solidaire, ce qui est différent. Et comme c'est différent, ce n'est pas pareil, d'où la différence de régime... Qu'il ait fallu mobiliser la Cour de cassation puis le Conseil constitutionnel pour permettre à cette question lunaire d'être transmise à notre juge constitutionnel et que celui-ci ait cru devoir y répondre est proprement stupéfiant.

14. QPC découvrant qu'un privilège rompt l'égalité. Les mêmes regrets peuvent être exprimés à l'égard de la décision relative au privilège accordé, par la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, aux créanciers finançant un débiteur soumis à une procédure de conciliation³⁷ et leur conférant un rang de classement très favorable pour le cas où ce débiteur serait ultérieurement soumis à une procédure collective. L'article L. 611-11 instituant ce privilège s'est vu reprocher de méconnaître le principe d'égalité au motif qu'il ne bénéficiait qu'aux créances nées d'un nouvel apport en trésorerie. À nouveau, le commentateur reste interdit à la

³⁶ Décision n° 2014-447 QPC du 6 février 2015.

³⁷ Décision n° 2005-522 DC du 22 juillet 2005.

lecture d'une telle objection. Peut-on imaginer plus indigent que l'argument reprochant à un privilège d'emporter une rupture d'égalité entre des créanciers, là où c'est précisément l'objet d'un privilège de reconnaître à un créancier le droit d'être préféré aux autres créanciers, en raison de la qualité de la créance (C. civ., art. 2095) ? Tel était pourtant l'unique grief justifiant la saisine du Conseil constitutionnel, lequel se borne à relever que le privilège contesté vise à inciter les créanciers d'une entreprise en difficulté, quel que soit leur statut, à lui apporter les concours nécessaires à sa pérennité, de sorte que, au regard de cet objectif, ceux qui prennent le risque de consentir de nouveaux concours, sous forme d'apports en trésorerie ou de fourniture de biens ou services, se trouvent dans une situation différente de celle des autres créanciers.

15. Ultime QPC déroutante invoquant une atteinte à l'égalité. L'invocation du principe d'égalité pour attaquer l'article 1843-4 du Code civil³⁸ ne convainc pas plus. Ce texte prévoit le recours à un expert pour évaluer les parts ou actions d'un associé dont la cession est imposée dans des conditions qui ne permettent pas de s'entendre sur leur valeur (retrait imposé à l'associé, rachat forcé, exclusion). Dans une QPC étonnante, le requérant soutenait que, en retenant que la valeur des droits sociaux de l'associé cédant, retrayant ou exclu doit être déterminée en se plaçant à la date la plus proche du remboursement de ceux-ci, cet article était à l'origine d'une différence de traitement dont il résultait une méconnaissance du principe d'égalité devant la loi. Une nouvelle fois c'est une objection incompréhensible et absurde qui était transmise au Conseil constitutionnel, qui l'écarte par une décision non motivée, se bornant à affirmer que les dispositions contestées « n'introduisent aucune différence de traitement » et que le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi doit donc être écarté. La requête invoquait également une atteinte au droit de propriété, reproche écarté par le Conseil constitutionnel, qui relève que, tant que dure l'expertise litigieuse en vue de permettre le rachat des parts ou actions, l'associé concerné conserve ses droits patrimoniaux et perçoit notamment les dividendes procurés par ses titres. Il en reste donc bien propriétaire et le grief apparaît dépourvu de toute pertinence, au point qu'une nouvelle fois l'on se demande comment des questions aussi absurdes peuvent être transmises au Conseil constitutionnel et comment celui-ci peut-il prendre la peine d'y répondre.

II. LES MAUVAISES RÉPONSES

Les différentes critiques qui viennent d'être formulées à l'encontre du contrôle de la constitutionnalité des textes relevant du droit des affaires tiennent pour l'essentiel au médiocre intérêt des questions posées, quand ce n'est pas leur caractère totalement extravagant, qui explique la pauvreté de la contribution du Conseil constitutionnel à un débat alors vide de sens. D'autres regrets peuvent être exprimés, plus graves à vrai dire, car ils portent alors sur la mauvaise qualité des réponses que reçoivent des questions parfaitement pertinentes. Ce fut le cas lorsque fut contestée la conformité aux droits fondamentaux que la Constitution garantit de l'expropriation des associés à l'occasion d'une procédure collective (A) et de certaines atteintes portées aux droits des créanciers (B).

³⁸ Décision n° 2016-563 QPC du 16 septembre 2016.

A. L'expropriation des associés d'une société soumise à une procédure collective

Il n'est en principe pas possible d'exclure un associé d'une société, rien ne pouvant justifier qu'on le prive tout à la fois de sa qualité de partie au contrat de société et de son droit de propriété sur ses parts sociales ou actions. La survenance d'une procédure collective peut toutefois modifier cette analyse, car l'objectif de sauvetage de l'entreprise exploitée par la société débitrice peut alors permettre d'évincer ses associés si telle est la condition du redressement. Deux textes permettent de parvenir à ce résultat, qui l'un et l'autre ont été soumis au Conseil constitutionnel.

1. La dilution ou l'exclusion d'un associé dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire

16. Élimination de l'associé opposé au plan de redressement. L'article 238 de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a introduit un nouvel article L. 631-19-2 dans le Code de commerce permettant au tribunal saisi d'une procédure de redressement judiciaire d'ordonner une augmentation de capital ou une cession des parts des associés opposés au plan de redressement, de façon à éliminer leur influence, soit en les excluant purement et simplement soit en diluant leur participation en leur imposant une augmentation de capital réservée à un repreneur. Saisi, dans les conditions prévues à l'article 61, al. 2, de la Constitution, le Conseil constitutionnel³⁹ a eu à se prononcer sur la conformité aux droits fondamentaux de cette disposition, se voyant offrir l'occasion de rendre pour la première fois une décision apportant une réelle contribution au droit de la faillite et à l'arbitrage entre les intérêts en présence que ce droit nécessite. Cette occasion n'a pas été saisie et la décision rendue le 5 août 2015 inspire une déception à la mesure de l'intérêt théorique et pratique qui s'attache à la question posée et aux enjeux qui en découlent. En effet, si l'utilité de cette nouvelle règle, permettant de surmonter l'obstruction d'associés d'une société en redressement judiciaire refusant de voter les résolutions pourtant indispensables à sa restructuration, apparaît évidente⁴⁰, sa légitimité ne l'est pas, car, ramené à l'essentiel, ce texte vise à exproprier les associés opposés à la mise en œuvre du plan de restructuration, tout particulièrement lorsqu'il permet au tribunal d'ordonner la cession de leurs titres au profit de repreneurs. Les requérants soutenaient que ce dispositif d'éviction des associés opposés au plan de redressement portait atteinte à leur droit de propriété, grief qui méritait la considération si l'on se souvient que l'article 17 de la Déclaration de 1789 ne permet de priver une personne de ce droit inviolable et sacré que « lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

Pour écarter ce grief, le Conseil constitutionnel commence par énoncer que la disposition querellée vise à encourager la poursuite d'activité des entreprises, de sorte qu'elle poursuit un objectif d'intérêt général, ce dont on peut lui donner acte. Il relève ensuite que le texte pose des conditions relativement strictes à son application, ce qui aboutit à la réserver à des sociétés de dimension importante, que la cession forcée ne vise que les actionnaires opposés au plan, et encore à la condition qu'ils détiennent la majorité des droits de vote ou une minorité de blocage, et enfin

³⁹ Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015.

⁴⁰ Encore que les conditions de seuils auxquelles se trouve subordonnée sa mise en œuvre rendent cette application exceptionnelle et réservée à quelques rares sociétés importantes.

que ce rachat forcé donne lieu au versement d'un prix fixé, en cas de contestation, à dire d'expert. Muni de ce triple constat exprimé en quelques lignes de motivation, il en conclut que « dans ces conditions [*sic*], les deux dispositifs de “dilution forcée” et de “cession forcée” institués par le législateur, qui contribuent par ailleurs à préserver les droits des créanciers de l'entreprise, ne portent pas une atteinte manifestement disproportionnée au droit de propriété des associés et actionnaires ».

17. Indigence du contrôle opéré. Si les enjeux n'étaient pas si importants, une telle motivation pourrait produire un effet comique tant les motifs avancés apparaissent étrangers au dispositif qu'ils prétendent justifier⁴¹. Nos « sages » du Conseil constitutionnel évoquent ici furieusement ceux des pièces de Molière qui, coiffés de leurs chapeaux pointus, expliquent que l'opium fait dormir en raison de ses vertus dormitives⁴². La scène a fait rire aux larmes des générations d'écoliers. Elle nous revient à l'esprit en relisant cette décision qui juge, en substance, que l'article L. 631-19-2 n'est pas anticonstitutionnel, car il n'est pas contraire à la Constitution.

Une telle décision discrédite d'autant plus le (non) contrôle exercé par le Conseil constitutionnel que la question posée était extrêmement sérieuse et qu'elle appelait une réponse argumentée et pas un *Nihil obstat* asséné sans la moindre explication. Aucune des trois considérations relevées par le Conseil constitutionnel pour en déduire l'absence d'atteinte disproportionnée au droit de propriété des associés ne présente la moindre valeur explicative. Peu importe en effet que la règle ne s'applique que dans certaines sociétés importantes et seulement à des associés détenant une participation significative. Peu importe également que l'associé contraint d'avoir à vendre ses titres perçoive un prix. Une telle indemnisation ne suffit pas à sauver le dispositif litigieux, car une expropriation ne peut être admise qu'à la double condition que le propriétaire reçoive une juste et préalable indemnité mais aussi « que la nécessité publique, légalement constatée, exige évidemment [cette expropriation] », ce que le Conseil n'offre aucunement d'établir. Ce qui ne l'empêche pas de juger que la disposition litigieuse ne porte pas atteinte au droit de propriété.

18. Justification pouvant être avancée. Le comparatiste est d'autant plus affligé par la lecture d'un tel arrêt ne comportant pas une ligne de motivation, du moins si l'on désigne comme tel un enchaînement logique de propositions, articulées pour fonder et justifier une décision, que, sur cette question de savoir quelles sont les atteintes qu'un plan de restructuration, arrêté par un tribunal pour sauver une société en difficulté, peut imposer à ses actionnaires, la Cour suprême des États-Unis a rendu plusieurs arrêts⁴³ où elle développe une analyse juridique fine et argumentée de la condition respective de l'actionnaire et du créancier pour préciser les sacrifices qui peuvent être imposés à l'un et à l'autre. La motivation de sa décision à cet égard s'étend sur de nombreuses pages, mettant en perspective le

⁴¹ Le « dans ces conditions » est particulièrement plaisant si l'on prend conscience de sa prétention à annoncer une démonstration que le Conseil n'administre nullement. Plus inusitée en matière de décisions de justice, la conjonction « Abracadabra » aurait à vrai dire reflété plus fidèlement la logique déductive du Conseil.

⁴² Molière, *Le malade imaginaire*, acte III, scène 14, « *Mihi a docto doctore/Demandatur causam et rationem quare/Opium facit dormire./A quoi respondeo./Quia est in eo/Vertus dormitiva./Cujus est natura/Sensus assoupire* ».

⁴³ Voir en particulier *Bank of America National Trust and savings association v. 203 North La Salle street Partnership*, 526 U.S. 434 (1999).

droit positif, les précédents, la doctrine, la dimension économique de la question, etc. La comparaison avec la décision du Conseil constitutionnel français sur le même sujet ne tourne pas à l'avantage de notre haute juridiction... Saisi de cette question de savoir si l'expropriation, par le tribunal, de l'actionnaire opposé au plan porte atteinte à son droit de propriété, garanti par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Conseil constitutionnel se contente de répondre que non. Il le sait, il le sent et il n'a pas à nous en exposer les raisons : la déclaration de constitutionnalité sans phrase.

Une telle décision – que l'on qualifiera de décevante, pour ne pas dire plus – constitue une illustration éclatante de la faiblesse du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel, lorsque sont en cause des questions relevant du droit des affaires, qui ne lui sont pas familières. Plutôt que d'en approfondir l'étude en vue de répondre au recours dont il est saisi, le Conseil pratique l'esquive et rejette le recours sans l'examiner véritablement. La réponse à cette question cruciale aurait pourtant pu être apportée en s'inspirant de la méthode convaincante consacrée par la Cour suprême américaine, consistant à subordonner l'élimination de l'actionnaire au constat que ses actions ont perdu toute valeur et qu'il est légitime de lui faire perdre sa qualité d'associé dès lors que la société a, du fait de ses pertes successives, perdu la totalité des capitaux propres que lui avaient apportés ses associés, lesquels n'ont alors plus aucun titre à se maintenir au capital et à tenir en échec la restructuration au moyen d'un vote d'obstruction. Une telle analyse permet de considérer que, en cas de perte des capitaux propres et partant des apports réalisés par les associés, en éliminant ces derniers à l'occasion de l'adoption du plan, on ne les exproprie pas. Il n'y a plus de propriété à protéger, celle-ci ayant disparu en se consumant sous l'effet de l'accumulation des pertes. L'élimination de l'associé ne traduit pas alors une atteinte à son droit de propriété, mais tout simplement son obligation de contribuer aux pertes sociales, celle à laquelle il s'est engagé en entrant dans la société (C. civ., art. 1832, al. 3) et qu'il est parfaitement légitime de mettre en œuvre. Faute d'avoir avancé une telle justification, et faute à vrai dire d'en avoir proposé aucune, le Conseil constitutionnel a rendu une décision dépourvue de vertu explicative et dès lors de toute portée. S'il avait analysé cet article L. 631-19-2 du Code de commerce et fait apparaître les ressorts qui permettent d'éliminer un associé, il aurait dû se rendre à l'évidence qu'en laissant tout pouvoir au tribunal d'ordonner l'expropriation d'un actionnaire, sans qu'il soit établi que la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sans avoir avancé une autre justification, qui aurait pourtant pu être trouvée dans l'obligation de contribuer aux pertes pesant sur l'associé, les exigences constitutionnelles relatives au droit de propriété n'étaient pas garanties par cette disposition. L'article L. 631-19-2 aurait donc dû être déclaré contraire à la Constitution.

2. La cession forcée des droits sociaux d'un dirigeant d'une société en redressement judiciaire

19. Expropriation de l'associé dirigeant. Le second dispositif d'éviction d'un associé soumis au Conseil constitutionnel⁴⁴ est celui qui permet au tribunal connaissant d'une procédure de redressement judiciaire, sur la demande du ministère

⁴⁴ Décision n° 2015-486 QPC du 7 octobre 2015.

public et lorsque le redressement de l'entreprise le requiert, de subordonner l'adoption du plan à différentes mesures prises à l'encontre des dirigeants sociaux, y compris la cession forcée de leurs titres, ce qui revient à les exproprier⁴⁵. Il était reproché à ce texte de méconnaître le droit de propriété de l'associé dirigeant et de porter atteinte au principe d'égalité devant la loi en ce que se trouvaient exclus de son champ d'application les débiteurs exerçant une activité professionnelle libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire. À nouveau, la critique ne convainc pas et le texte est jugé conforme à la Constitution. On ne s'arrêtera pas sur la prétendue atteinte au principe d'égalité devant la loi que le Conseil constitutionnel écarte en jugeant la différence de traitement réservée aux professionnels libéraux fondée sur un critère objectif et rationnel en rapport avec l'objet de la loi, et partant acceptable. En revanche, on se dira peu convaincu par l'affirmation de l'absence d'atteinte au droit de propriété et ce pour des motifs assez proches de ceux qui nous ont conduit à critiquer la décision du 5 août 2015.

20. Médiocrité de la motivation. Pour affirmer la conformité à la constitution du dispositif permettant d'exproprier un associé à l'occasion de l'adoption d'un plan, le Conseil constitutionnel fait valoir, en premier lieu, qu'il ne s'applique que si l'associé n'a pas renoncé à l'exercice de ses fonctions de direction, suggérant ainsi que le dirigeant conserve la possibilité d'éviter la cession forcée de ses droits sociaux en démissionnant, ce dont le Conseil déduit que l'article L. 631-19-1 n'entraîne pas une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789. La proposition paraît astucieuse. À l'analyse, elle relève plus de l'esquive que de l'argument. C'est un pur expédient que de tenir pour négligeable le risque d'expropriation au motif qu'il suffit au dirigeant de démissionner pour y échapper. En pratique, nombreux sont ceux qui, n'ayant pas profité de cette échappatoire, ont subi l'application de ce dispositif permettant de les exclure. Il y a donc bien lieu de s'interroger sur sa conformité aux droits fondamentaux. Enfin, l'argument tiré de la possibilité de démissionner est un peu court, car il ne suffit pas à protéger les dirigeants de fait, qui, eux-aussi visés par les dispositions litigieuses, ne sauraient y échapper en démissionnant, car on ne démissionne pas d'une direction de fait. La justification avancée par le Conseil constitutionnel apparaît donc impropre à établir que le texte serait respectueux du droit de propriété.

S'étant un peu rapidement convaincu de l'absence de « privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 », le Conseil constitutionnel poursuit son examen du texte et, ayant relevé qu'il poursuit un objectif d'intérêt général et que des conditions strictes sont posées à sa mise en œuvre, « il en résulte que les dispositions contestées ne portent pas d'atteinte disproportionnée au droit de propriété du dirigeant et, par suite, ne méconnaissent pas l'article 2 de la Déclaration de 1789 ». Là encore, on peut ne pas être convaincu par ce contrôle exercé sur le terrain de la proportionnalité. Le fait que la cession des droits sociaux ne peut être ordonnée par le tribunal que si l'entreprise fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire et si le redressement de cette entreprise le requiert, le fait que cette mesure ne peut être prise qu'à la demande du ministère public et seulement à l'égard des dirigeants de droit ou de fait qui le sont encore à la date à laquelle le tribunal statue et le fait que le prix de la cession forcée est fixé « à dire d'expert » sont des limites bienvenues à la mise en œuvre du dispositif d'expropriation mais qui ne suffisent pas à le faire échapper au convaincant grief tiré d'une méconnaissance du droit de propriété.

⁴⁵ C. com., art. L. 631-19-1.

L'absence de réponse à cette question sérieuse est d'autant plus à déplorer qu'il aurait été aisé de justifier le texte litigieux, non pas avec cette malicieuse et en définitive vaine invitation à démissionner, mais en expliquant que précisément les conditions de l'expropriation, posées par l'article 17 de la Déclaration de 1789 se trouvent remplies s'agissant de l'article L. 631-19-1, à savoir que le dirigeant associé va pouvoir être privé de la propriété de ses droits sociaux tout simplement parce que la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et parce qu'une juste et préalable indemnité lui est garantie par l'expert qui intervient pour fixer la valeur de rachat de ses titres. C'est l'argument de la nécessité publique de procéder à l'expropriation que le Conseil constitutionnel aurait pu avancer pour affirmer la conformité à la Constitution du texte examiné plutôt que de statuer par une décision non motivée.

B. L'atteinte aux droits des créanciers

La dernière série de décisions décevantes rendues par le Conseil constitutionnel en réponse à des questions pourtant pertinentes a trait à la situation de créanciers dont les droits peuvent se trouver affectés par de nouvelles dispositions adoptées pour protéger les débiteurs. Deux textes conçus au service des entrepreneurs exposés du fait de leur endettement ont ainsi vu leur conformité à la Constitution contestée devant le Conseil constitutionnel.

21. Institution rétroactive d'un privilège. Le premier est la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises⁴⁶, dont l'article 40 s'est vu reprocher de méconnaître les principes d'égalité devant la loi et de non-rétroactivité. Cette disposition – l'une des plus emblématiques de cette loi de 1985 conçue au service du redressement des entreprises en difficulté – introduit une règle destinée à restaurer le crédit d'une entreprise soumise à une procédure collective, en créant un nouveau privilège au bénéfice des créanciers acceptant de lui prêter des fonds ou de lui consentir des délais de paiement. L'idée qui préside à la création de ce privilège est que les créanciers qui continuent à financer une entreprise en dépit de l'ouverture à son encontre d'une procédure collective doivent se voir réserver un traitement de faveur et, autant que possible, la garantie du paiement de leur créance. D'où le privilège institué par l'article 40 de la loi de 1985 au bénéfice de ces créanciers ayant accepté de le devenir à une époque où l'entreprise est déjà défaillante, et qui leur garantit d'être payés à l'occasion d'une répartition, dans un rang très favorable puisque seules les créances salariales super-privilégiées et les créances de frais de justice leur sont préférées⁴⁷. Favorable au débiteur en difficulté et propre à favoriser le financement de sa poursuite d'activité et ainsi à permettre son sauvetage, ce privilège dit « de procédure », institué par ledit article 40, présente pour les créanciers dits « antérieurs », ceux dont la créance est née avant l'ouverture de la procédure collective, le grave inconvénient de limiter leurs chances d'être payés. Il tombe en effet sous le sens que, dans la situation de pénurie, voire d'insolvabilité qui caractérise le débiteur, les faveurs accordées à ses nouveaux créanciers ne peuvent l'être qu'aux dépens des anciens, de sorte que ce nouveau privilège qui fait son apparition lors d'une procédure collective pour garantir le paiement de certaines créances nouvelles ne peut que porter atteinte aux droits des autres créanciers et en particulier de ceux bénéficiant de sûretés réelles.

⁴⁶ Décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985.

⁴⁷ Voir C. com., art. L. 622-17, qui reprend pour l'essentiel les dispositions de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985.

L'article 40 a en effet prévu que les créanciers éligibles au privilège général qu'il institue priment les créanciers titulaires de sûretés réelles, ce qui leur permet d'être payés par préférence sur le prix de vente d'un bien gagé ou hypothéqué.

C'est cette atteinte aux sûretés réelles traditionnelles qui a valu à l'article 40 d'être déféré au Conseil constitutionnel pour qu'il le juge contraire aux principes d'égalité devant la loi et de non-rétroactivité. Les auteurs de la saisine faisaient valoir que les droits réels d'hypothèque et de gage constitués avant le vote de la loi se trouvaient anéantis par celle-ci et leurs titulaires rétroactivement privés de la garantie de leurs créances. Ils en déduisaient que, faute de prévoir un droit à indemnisation, cet anéantissement de droits réels – sorte d'expropriation – au profit de nouveaux créanciers était contraire au principe de non-rétroactivité et d'égalité devant la loi et les charges publiques. L'argument était impressionnant. Le Conseil le rejette pourtant en faisant valoir que l'article 40 de la loi ne comporte aucun anéantissement de droits réels mais qu'il se borne à modifier l'ordre de priorité des paiements qu'ils garantissent, uniquement dans les procédures ouvertes postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi.

22. Fragilité de la motivation. Le Conseil distingue ainsi entre l'anéantissement et l'atteinte aux droits des créanciers munis de sûretés réelles. De fait, les gages et les hypothèques ne sont pas anéantis, au sens où ils demeurent, seule leur efficacité se trouvant affectée. L'argument est toutefois bien artificiel, puisque dans tous les cas où un privilège de l'article 40 va apparaître à l'occasion d'une procédure collective, ce privilège s'exercera aux dépens des autres créanciers et tout particulièrement de ceux titulaires d'une hypothèque ou d'un gage, dont l'assiette de la sûreté ne servira plus à les désintéresser mais sera affectée prioritairement au règlement du privilège de l'article 40. Quant à l'argument tiré du caractère rétroactif de cette règle nouvelle portant atteinte aux sûretés, c'est peu dire qu'il méritait la considération et que la réponse apportée ne suffit pas à y répondre. Pour que l'article 40 ne produise pas d'effet rétroactif, il aurait fallu prévoir, non seulement qu'il s'appliquait dans les seules procédures collectives ouvertes après l'entrée en vigueur de la loi du 25 janvier 1985, précision qui au demeurant est dénuée de portée car elle ne fait qu'appliquer l'article 2 du Code civil selon lequel la loi ne dispose que pour l'avenir, mais il aurait surtout fallu préciser que ce nouveau privilège ne pouvait porter atteinte à l'efficacité de sûretés réelles constituées avant l'entrée en vigueur de cet article 40. Seule une telle règle transitoire respectueuse des situations contractuelles antérieurement constituées aurait pu échapper au reproche de produire un effet rétroactif.

En prévoyant que, dans toutes les procédures collectives ouvertes à compter de son entrée en vigueur, les créanciers garantis par le privilège de l'article 40 seraient payés par préférence sur le prix de vente des biens gagés ou hypothéqués, la loi du 25 janvier 1985 a ruiné l'efficacité des gages et des hypothèques antérieurement constitués et c'est peu dire que l'argument tiré de l'effet rétroactif d'une telle réforme aurait, pour être réfuté, mérité mieux que les trois lignes de motivation que le Conseil constitutionnel y consacre. On ne saurait mieux exprimer que par une telle réponse le refus de considérer les arguments des requérants et en définitive de procéder au contrôle de constitutionnalité sollicité par les parlementaires auteurs de la saisine. La réponse du Conseil constitutionnel tient en deux mots « *Dura lex* ». La proposition s'entend parfaitement, mais on peine à comprendre pourquoi le Conseil décide ici que force doit rester à la loi, dont la brutale logique s'exerce sur les créanciers qui en ont fait les frais et sans qu'il y ait lieu de s'émouvoir que ce soit de façon rétroactive.

23. Conclusion. À l'issue de cet examen des décisions du Conseil constitutionnel rendues en matière de droit des affaires, la première conclusion que l'on peut en tirer est que le filtre limitant la liberté de transmettre une QPC au Conseil ne fonctionne pas, car la plupart des questions qui lui ont été transmises n'auraient pas dû l'être. Beaucoup de ces questions sont si absurdes que l'on a peine à imaginer qu'un mémoire a été rédigé pour les formuler et qu'une Haute juridiction a eu à y répondre. L'innocuité des arguments agités est telle que l'on a le sentiment d'assister à un simulacre de recours. Tout le monde fait semblant, le Conseil d'être une cour suprême et les avocats d'avoir des arguments à faire valoir... Le résultat est navrant, car, pour l'essentiel, ce contrôle de la constitutionnalité des lois en droit des affaires suscite un contentieux stérile et dilatoire, dépourvu de pertinence.

Pour remédier à ce constat malheureux, le Conseil gagnerait à adopter un dispositif de non-admission ou d'éviction sans examen des moyens qui soit soit dépourvus de toute pertinence, soit, sous couvert du grief d'inconstitutionnalité, ne visent qu'à remettre en cause l'appréciation du législateur. Lorsque les moyens invoqués ne sont pas de nature à permettre le contrôle de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel ne devrait pas même les examiner, mais forger une réponse standardisée, semblable à celle qu'apporte la Cour de cassation lorsqu'elle est saisie d'un pourvoi qui n'en est pas un. Elle répond alors que, sous couvert d'un grief de violation de la loi, le moyen ne tend qu'à contester l'appréciation souveraine par les premiers juges des faits de la cause, de sorte que le moyen n'est pas fondé. Le Conseil constitutionnel gagnerait à utiliser une formule semblable lorsqu'il est rendu destinataire de moyens qui n'ont aucune chance de déboucher sur une abrogation et qui ne méritent pas mieux qu'une réponse signalant le caractère non pertinent de la contestation soulevée.

François-Xavier Lucas

| Professeur à l'École de droit de la Sorbonne.

La matière pénale revue par le Conseil constitutionnel

(Hommage tout en nuances à la science infuse des omniscients*)

Il est difficile, pour les privatistes, de parler de la jurisprudence – à supposer ce terme approprié – du Conseil constitutionnel. Ce constat ne doit pas être interprété comme l’aveu d’une hostilité qu’ils éprouveraient à l’encontre de cette institution, à la façon dont, paraît-il, ils réagiraient, pour beaucoup d’entre eux, de façon épidermique à la Convention européenne des droits de l’homme comme à « un droit venu d’ailleurs » – la formule est connue. Rien n’est plus faux, évidemment, que cette caricature, car il n’est pas un privatiste sérieux qui n’intègre aujourd’hui à ses réflexions les décisions du Conseil constitutionnel. La question de savoir s’il les approuve est différente, sauf à considérer que les constructions juridiques du Conseil étant un tabou, aucune réserve ne saurait être admise. On voudra donc bien admettre, une fois pour toutes, que les critiques éventuelles ne procèdent pas d’un préjugé, d’un rejet quasi instinctif d’une instance qui serait condamnée en son principe même : sans doute le droit est-il politique par essence, mais cette évidence n’autorise pas à conclure que toute critique juridique est donc politique.

Comment expliquer cette difficulté du privatiste en présence des décisions du Conseil constitutionnel ? L’explication en est des plus simples qui soient : du point de vue de la technique juridique, ses décisions sont régulièrement comme en « décalage » avec le droit privé – on voudra bien concéder que le droit pénal en fait partie. Sans doute le Conseil parle-t-il de contrat, de responsabilité, d’infractions, etc., mais, dans ses décisions, il arrive que de tels mots cessent paradoxalement d’être familiers au spécialiste du droit civil, du droit des affaires, du droit pénal, ce spécialiste qui, pourtant, les utilise quotidiennement et qui, la plupart du temps, a même contribué à les forger et à leur donner un contenu conceptuel précis, héritage d’une longue maturation opérée par l’effort constant des juges, de la doctrine, des praticiens qui, tous, ont petit à petit élaboré, construit, affiné un système juridique d’une formidable subtilité. Bref, il arrive que le Conseil constitutionnel et les privatistes utilisent les mêmes termes, mais ne parlent pas des mêmes réalités, au risque de faire litière de cet acquis.

Quelle peut être l’origine d’un phénomène aussi singulier ? L’histoire est connue de ce berger qui, recevant la visite d’un secrétaire de préfecture venu dénombrer les brebis de son troupeau, lui demande, intrigué, pourquoi il compte leurs pattes ; et le secrétaire de lui répondre, avec la condescendance qu’inspire parfois

* Ce texte est issu des propos tenus lors du colloque « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : regards critiques », 9 et 10 mai 2017, Paris. Le tour en a été conservé, et les références réduites à leur minimum.

cette fonction, que, d'un point de vue scientifique, il faut bien commencer par connaître le total des pattes, pour pouvoir ensuite le diviser par quatre afin de trouver le nombre exact de têtes de bétail : le Conseil constitutionnel donne parfois l'impression de procéder ainsi – il est vrai que l'on sait l'origine de ceux qui rédigent ses décisions, peut-être issus d'une école où l'on enseigne aussi à compter par quatre. On s'explique, alors, qu'un Conseil constitutionnel (l'expression désigne donc ici ces « petites mains » qui sont censées exprimer la volonté de ses membres) peu rompu aux catégories du droit privé soit porté à les mal comprendre, voire à les dénaturer : il suffit qu'après avoir pointé les pattes, il oublie de diviser le total par quatre pour que le privatiste n'y trouve pas son compte.

En elle-même, pareille situation est inquiétante, d'autant plus qu'elle va bien au-delà d'un mépris affiché pour des notions juridiques venues d'ailleurs – elles aussi –, que l'on ne veut pas se donner la peine d'appliquer (peut-être parce qu'il faudrait commencer par faire l'effort de les comprendre). Mais, à la vérité, cette réalité n'est étonnante que si l'on considère le Conseil constitutionnel comme une juridiction ordinaire. Or, comme souvent, les mots sont révélateurs : ce « conseil », qui n'est pas une « cour » constitutionnelle, est proche du prince, à la manière, quoique différemment, du Conseil d'État. Au-delà du rôle qu'attribuent au Conseil les articles 56 et suivants de la Constitution, cette proximité avec le pouvoir est inévitable en l'état actuel des choses : elle est celle que tissent des carrières communes, des formations communes, et surtout une culture juridique commune, car celle du publiciste et du privatiste sont radicalement différentes (la faveur contemporaine, si spectaculaire, du pouvoir politique pour l'ordre administratif de juridictions au détriment de l'ordre judiciaire, sur des questions touchant aux libertés individuelles ne s'explique pas autrement). À ce titre, elle peut difficilement ne pas retentir sur la manière de concevoir la fonction même du Conseil : s'il arrive qu'il dise le droit, il contribue, prioritairement et surtout, à l'érection d'un certain ordre juridique lorsque les problèmes qu'il lui faut trancher mettent plus intensément en cause des intérêts politiques – à la façon dont la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour de justice de l'Union européenne ne se cachent pas d'être des institutions qui sont autant d'instruments au service d'une construction de nature, elle aussi, politique : la promotion des droits de l'homme pour l'une, l'édification d'une union d'États pour l'autre. Si dire le droit consiste à dégager une solution qu'on ne connaît pas encore, alors ces instances le disent peu souvent, qui ont décidé du résultat à atteindre bien avant que le problème ne se pose. Dans ce pays où « juridiction politique » est une injure à nulle autre pareille – rappelons-nous les jugements portés contre la Cour de sûreté de l'État (qui rendait non pas la justice, mais des services, selon une phrase aussi cruelle que célèbre) –, il est étonnant que le Conseil constitutionnel bénéficie de cette aura que résume parfaitement la formule de « sages du Conseil » – ou, mieux encore (car on fait figure alors d'initié), « sages de la rue de Montpensier » (notons au passage que cette République ne sait pas son bonheur, qui compte, avec ceux « de la rue Cambon », autant d'éminentes personnalités, même si, curieusement, on ne dit rien d'équivalent à propos du quai de l'Horloge : les privatistes pourraient en prendre ombrage).

Un tel jugement inclinera, évidemment, à la conclusion qu'il est celui d'un partisan et que, décidément, en dépit des protestations, oratoires ou autres, de ceux qui les avancent, les critiques des privatistes adressées au Conseil ne sont jamais loin du procès d'intention. Pour cette raison, il faudra illustrer la démonstration par des exemples significatifs, afin d'étayer les affirmations qui viennent d'être avancées. C'est ainsi qu'il serait possible de montrer que la technique de contrôle de la constitutionnalité des lois laisse tout loisir au Conseil pour se comporter

comme la juridiction politique qu'il est, afin d'illustrer, ensuite, combien il est porté alors à ne pas respecter non seulement ses propres catégories, mais encore, *a fortiori*, celles du droit privé. Plus précisément, et parce qu'il s'agit de conduire cette analyse afin d'illustrer les rapports tumultueux du Conseil constitutionnel avec la matière pénale, il paraît plus spécialement indiqué d'en faire la démonstration à partir du principe de la légalité criminelle, puisqu'il est le pilier de cette discipline : si lui-même est lésardé, il est inutile de pousser plus loin la démonstration.

*
**

L'expression, vague, de « technique de contrôle de constitutionnalité » demande à être précisée ; il faut comprendre qu'il s'agit plus précisément de dénoncer la réalité suivante – qui illustre, mieux que toute autre, la différence de culture juridique entre les privatistes et les publicistes quant au concept même de légalité – : si l'on veut bien concéder que le contrôle de constitutionnalité est un contrôle de la conformité d'une norme à une autre, il faut supposer, alors, que les textes en cause sont de nature comparable, car, à défaut, le contrôle n'est que de nom, qui ne porte plus sur une conformité, mais sur un objectif à atteindre extérieur aux normes en cause et posé en dehors d'elles. Or, la norme constitutionnelle se singularise par son tour extraordinairement général – en tout cas aux yeux d'un privatiste –, sans commune mesure avec l'extrême précision de la norme de droit pénal, prise dans le carcan qui l'enserme de la légalité criminelle, de fond ou procédurale (la même observation peut être faite avec les articles de la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui ne saurait surprendre puisque les mêmes concepts, les mêmes procédés se retrouvent souvent ici et là¹). Il en résulte que le droit pénal ou la procédure pénale constitutionnels (expressions dont les mots sont à formuler dans cet ordre) et le droit pénal ou la procédure pénale n'utilisent pas le même langage : là où, par exemple, la procédure pénale constitutionnelle évoque une procédure « juste et équitable », le Code de procédure pénale, en application des exigences du droit privé, définit avec précision les pouvoirs du ministère public, ceux de la personne mise en cause (personne mise en examen, témoin assisté, prévenu, accusé) et ceux de la partie civile, en autant d'articles décrivant, par le menu, les prérogatives correspondantes pour les uns et les autres (une voie de recours, un délai, une action en nullité, une prescription, etc.), avec pour résultat un équilibre procédural réglé comme un mécanisme d'horlogerie. Là où la procédure pénale constitutionnelle évoque une juridiction « impartiale », des articles du Code de procédure pénale tantôt interdisent, par exemple, que le juge d'instruction participe au jugement d'une affaire qu'il a antérieurement instruite, tantôt formulent des règles de récusation. Pour le dire autrement, les procédés normatifs utilisés diffèrent radicalement, si bien qu'il existe une béance entre une norme d'origine constitutionnelle indéterminée et une norme d'origine légale finement circonscrite (parfois par des chiffres : un nombre de jours, un nombre de jurés récusés, tant pour le ministère public, tant pour l'accusé – à ne pas diviser par quatre).

Que devient le contrôle de constitutionnalité, alors, en cas de confrontation entre des normes de « tension » si différente ? Parce qu'il n'existe, en réalité, aucune commune mesure entre elles, leur rapprochement procède non pas d'une comparaison, mais d'une appréciation librement opérée par l'organe de contrôle

¹ D'où la facilité avec laquelle les publicistes ont endossé la convention.

lui-même, sans autre entrave que son arbitraire. Bref, lorsque le Conseil constitutionnel invoque, au soutien de sa décision, tel ou tel article de la Constitution ou de la Déclaration des droits de l'homme ou du citoyen, il se retranche derrière un paravent qui ne résiste pas au plus léger des zéphyr : la distance entre la norme constitutionnelle invoquée et celle prétendument contrôlée est telle qu'elle ne peut être comblée que par la règle, bref la norme, que le Conseil crée lui-même de toutes pièces pour parvenir à les relier entre elles. Sans doute, le publiciste ne s'en formalisera guère, puisque, depuis son plus jeune âge, il a été nourri de la jurisprudence du Conseil d'État, et accoutumé ainsi à une conception de la légalité qui est étrangère à celle du privatiste : il sera donc conduit à considérer qu'une norme très générale n'est en rien incompatible avec un contrôle de légalité, à ceci près que la légalité dont il parle n'a aucun rapport avec la conception que le privatiste, et plus encore le pénaliste, s'en font. L'incompréhension radicale des publicistes à l'égard de l'opposition fondatrice que les privatistes opèrent, spécialement en matière pénale, entre le pouvoir d'interprétation du juge et son pouvoir créateur – bref normatif – en est une illustration particulièrement éloquente : le dialogue est celui de sourds.

De la façon dont le Conseil constitutionnel procède pour combler l'abîme entre les normes en cause, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen fournit un exemple caricatural. Ce texte n'est qu'une simple proclamation incantatoire, qui, si elle ne manque pas de grandiloquence (« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »), n'en est pas moins dénuée de tout contenu normatif. Mais c'est précisément parce que cette disposition est apparemment sans intérêt qu'elle en a beaucoup, puisqu'elle peut donc remplir toutes les utilités : de fait, l'article 16 est devenu la bonne à tout faire constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel (le même que celui qui condamne les lois sans norme...) ne s'est-il pas placé sous son égide pour régler un problème de frais irrépétibles ? On conviendra que le rapport entre l'article 16 et ces sommes est à peu près aussi étroit que celui qui relie une division de chars d'assaut à un corps de ballet de l'Opéra de Paris. Dans ces conditions, il ne faut pas s'étonner si le Conseil lui a rattaché, aussi :

- le droit à un recours juridictionnel effectif, qui comprend le droit d'obtenir l'exécution des décisions juridictionnelles,
- l'exigence d'impartialité dans l'exercice de fonctions juridictionnelles,
- le principe de la séparation des autorités de poursuite et de jugement qui en résulte,
- le respect du caractère spécifique des fonctions juridictionnelles,
- l'exigence d'indépendance des organes assurant des fonctions juridictionnelles,
- l'objectif de bonne administration de la justice,
- le droit à un procès équitable,
- le principe du contradictoire, qui s'accompagne du droit d'être jugé dans un délai raisonnable,
- le respect des droits de la défense, qui implique l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties,
- l'interdiction de modifier rétroactivement une règle de droit en ne respectant pas l'autorité de la chose jugée, ni le principe de non-rétroactivité des peines et sanctions.

Autant dire qu’au regard de la conception privatiste de la légalité et des exigences qui l’accompagnent, cette liste, qui n’est d’ailleurs pas exhaustive, est tout bonnement risible.

Comment douter, alors, que les « visas » du Conseil constitutionnel soient aussi creux que des coquilles vides, simples alibis pour légitimer une solution qui, en réalité, a son origine ailleurs ; une fois le coup de chapeau protocolaire négligemment donné à tel ou tel article ou principe, le Conseil constitutionnel, en réalité, décide ce qu’il veut, ce qui est très exactement le propre du politique : il se comporte tel un organe souverain. En cette qualité, il se dispense d’ailleurs parfois de toute motivation, se contentant d’asséner sa vérité, de manière parfois ici encore caricaturale : une loi institue-t-elle des règles de perquisition dans les lieux abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale et ces règles sont-elles contestées dans une question prioritaire de constitutionnalité ? Le Conseil répond que le législateur a instauré entre les intérêts en présence « une conciliation qui n’est pas déséquilibrée² ». La même loi régleme-t-elle la classification de certains lieux au titre du secret de la défense nationale ? Ici, on apprend que la conciliation en revanche « est déséquilibrée³ ». Il est possible que cette différence des solutions soit justifiée, mais, dans les deux cas, le Conseil constitutionnel ne daigne guère s’en expliquer : il délivre son oracle, sans aucune argumentation, encore moins démonstration, à la façon dont le prestidigitateur, après quelques passes, sort le lapin du chapeau. Encore, l’objectivité oblige-t-elle à reconnaître qu’en pareil cas, il déploie du moins un effort minimum : en d’autres circonstances, il ne fait pas même semblant de respecter les formes⁴. Mais faut-il s’en étonner ? Pour le Conseil, la question que pose la protection des secrets de la défense nationale n’est pas de nature juridique : il y répond à partir de considérations d’un autre ordre et il ne s’agit ensuite que de donner à cette réponse un habillage juridique, de manière argumentée lorsque le droit le permet ou par un simple diktat lorsqu’une démonstration juridique est hors d’atteinte en termes convaincants. C’est précisément en cela qu’il est une juridiction politique : son office est, pourrait-on dire, non pas juridique, mais méta-juridique. Pour lui, le droit n’est qu’un moyen, pas une fin – l’un de ses membres en fit d’ailleurs un jour l’aveu candide en soulignant qu’à l’inverse d’un juge, il n’avait pas à avoir un respect sourcilleux du droit, et que là était sa supériorité (cette déclaration extravagante n’a suscité, que l’on sache, aucune réaction)...

Nous attendons l’objection : le juge judiciaire est-il lui-même à l’abri de considérations politiques lorsqu’il tranche telle ou telle question ? Il faudrait être naïf, effectivement, pour croire que lorsqu’il s’est prononcé sur l’homicide par imprudence du fœtus, il ne s’est déterminé qu’à partir de considérations exclusivement juridiques. Mais ici comme ailleurs, l’amalgame ne démontre rien : une chose est d’être une juridiction dont la fonction est politique, comme l’est celle du Conseil constitutionnel, autre chose est la prise en compte de données politiques par une juridiction dont le rôle n’est pas de cette nature. Trouver un point commun entre deux réalités que tout oppose pour prétendre qu’elles sont identiques est un argument qu’il convient de réserver à l’usage des bateleurs.

² CC, 10 nov. 2011, n° 2011-192 QPC.

³ *Ibid.*

⁴ Voir, parmi d’autres exemples, CC, 9 avril 2015, n° 2015-464 QPC, qui constitue, de ce point de vue, un modèle difficilement surpassable.

Dans une discipline comme le droit pénal, soumise, plus que toute autre, au respect de la légalité, pareille consécration du juge, serait-il constitutionnel, est problématique. Qu'on ne voie pas là le point de vue borné du positiviste obsédé de technique juridique et de hiérarchie des normes : faut-il rappeler que la légalité criminelle se veut protectrice des libertés individuelles ? Or, le Conseil constitutionnel, fort de l'arbitraire qui est le sien, n'a cessé d'approuver à l'époque récente le recul de ces libertés, avec, notamment, une conception subitement très restrictive de l'article 66 de la Constitution, fort différente de l'acception première qu'il en avait retenue ; avec, récemment, l'aval qu'il a donné à une extension de la police administrative au détriment de la police judiciaire, au prétexte de l'état d'urgence ; avec l'application rétroactive de sanctions plus sévères, au motif qu'elles ne seraient pas des peines, mais avec toutefois un régime différent selon que la mesure en cause s'accompagne ou non d'une privation de liberté (de telle sorte que la question de savoir s'il s'agit d'une peine ou non est, en réalité, indifférente). Bref, la cohérence voulue n'est pas celle du droit, car l'objectif poursuivi lui est étranger. Dans ces conditions, les notions juridiques utilisées ne sont qu'instrumentales.

*
**

Le Conseil affiche en effet à l'endroit des catégories juridiques une désinvolture qui témoigne du peu d'importance qu'il leur accorde : en raison de la noblesse de sa mission, il s'estime apparemment au-dessus d'elles, qu'il s'agisse de celles qu'il a lui-même posées ou à plus forte raison de celles du droit pénal.

L'attitude du Conseil à propos de ses propres catégories a été clairement illustrée de façon ici aussi caricaturales par ses palinodies relatives à la règle pénale dite *non bis in idem*, qui interdit non seulement de sanctionner deux fois, mais encore de poursuivre deux fois la même personne pour les mêmes faits. Initialement, le Conseil, qui n'a jamais voulu consacrer la valeur constitutionnelle de cette règle (pourquoi donc, alors qu'elle est destinée à protéger les libertés⁵ ?), avait admis que l'on puisse, s'agissant d'un même fait, cumuler une sanction pénale et une sanction para-pénale (comme les sanctions infligées hier par la Commission des opérations de bourses, aujourd'hui par l'Autorité des marchés financiers). Le séisme est venu de l'autre côté des Alpes, après un détour par Strasbourg : avec le célèbre arrêt Grande Stevens, la Cour européenne des droits de l'homme a donné l'impression de vouloir condamner ce type de cumul⁶. Dans un premier temps, le Conseil a refusé de s'incliner (comportement suffisamment rare pour mériter d'être souligné) en élaborant une construction alambiquée, à partir de critères confus dont l'un, totalement artificiel et purement instrumental (celui des ordres de juridiction en cause), lui a paru avoir l'avantage de permettre de sauver les doubles poursuites⁷, en pensant spécialement au droit fiscal, matière politiquement sensible entre toutes. Mais par la suite, dans une nouvelle affaire, le Conseil a autorisé la poursuite

⁵ Le Doyen Légal en fit la démonstration dans une analyse magistrale, en comparant ladite règle avec le cas du concours idéal (mais peut-on croire que le Doyen Légal est lu au Conseil constitutionnel ?).

⁶ À la vérité, depuis lors, elle a passablement atténué sa position – tout en prétendant le contraire –, à l'évidence sous la pression des États : avez-vous dit « politique » ?

⁷ CC, 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC, n° 2015-462 QPC.

pénale d'un fraudeur ayant pourtant été déjà condamné à des sanctions fiscales, alors qu'en application de ce critère il n'aurait jamais dû l'être⁸. Il est vrai que l'intéressé était un homme politique ayant occupé des fonctions ministérielles le destinant à lutter contre la fraude fiscale, et l'on devine sans peine quelle aurait été la réaction de l'opinion si celui qui lui avait menti « les yeux dans les yeux » avait échappé à ces secondes poursuites pour les mêmes faits. Mais le plus extraordinaire n'est pas là : le critère de l'ordre de juridiction, inventé pour rendre possibles de nouvelles poursuites, ayant fait la preuve de son inefficacité, le Conseil l'a purement et simplement abandonné, ne cherchant donc pas même à dissimuler qu'il n'avait été retenu que pour les besoins de la cause – besoins, notons-le au passage, qui avaient été par conséquent fort mal appréciés par les auteurs de cette remarquable trouvaille. Comment pourrait-on nier le caractère politique d'une instance qui se comporte de pareille façon ? Qu'est-ce, en effet, que cette « jurisprudence » qui, sur une question aussi importante que la règle *non bis in idem*, change du jour au lendemain, selon la tête du justiciable ?

Quant aux catégories du droit pénal, enfin, il est loisible d'évoquer l'incompétence : le Conseil rend des décisions qui révèlent une méconnaissance sidérante des notions pénales élémentaires et, plus grave, des catégories protectrices des libertés dans le procès pénal. Il serait possible, ainsi, de retracer ses solutions sinusoidales en matière de peines accessoires ou complémentaires, deux catégories éprouvées du droit pénal auxquelles il n'a jamais voulu se référer, pas plus qu'à leur régime, pour leur préférer la notion nouvelle de peines automatiques, lesquelles ont commencé par être censurées en dépit du pouvoir accordé au juge pénal d'en relever le condamné⁹, pour finalement être validées, notamment à cause de cette possibilité d'un relèvement – ou d'une dispense de peine¹⁰ –, si bien que notre berger ne reconnaît pas son troupeau, même en comptant les pattes : les positions du Conseil constitutionnel en matière de peines accessoires ou complémentaires sont incohérentes. Mais l'accent sera plutôt mis sur le problème des voies de recours, complexe il est vrai, même pour un secrétaire de préfecture : en la matière, le Conseil s'est surpassé.

L'article 575 du Code de procédure pénale interdisait à la partie civile, sauf exception, de se pourvoir seule contre les arrêts de la chambre de l'instruction indépendamment d'un pourvoi en cassation du ministère public : la règle se voulait protectrice des droits de la personne poursuivie et de la présomption d'innocence (pas même évoquée dans la décision, qui comporte pourtant citation, selon une méthode aussi singulière qu'elle est chère au Conseil, d'une litanie d'articles du Code de procédure pénale en rapport plus ou moins direct avec la difficulté soulevée), puisqu'était interdit ainsi un acharnement de la partie civile forcément suspect au regard de l'attitude du parquet, sans rien sacrifier des droits de celle-ci, dès lors qu'elle demeurait libre d'exercer son action devant les juridictions civiles, non tenues de respecter la décision de la juridiction d'instruction dont les décisions n'ont pas autorité de la chose jugée à leur égard. Bref, cette solution conciliait tous les intérêts en présence et de façon équilibrée, ce que la Cour européenne des droits de l'homme, interrogée sur ce même article sous le rapport du droit à un procès

⁸ CC, 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC.

⁹ CC, 15 mars 1999, n° 99-410 DC ; CC, 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC.

¹⁰ CC, 27 janvier 2012, n° 2011-211 QPC ; CC, 16 octobre 2015, n° 2015-493 QPC.

équitable, avait d'ailleurs admis sans mal¹¹, elle qui n'a pas toujours attesté une parfaite maîtrise des subtilités de l'action civile à la française. Le Conseil a pourtant abrogé l'article 575¹² dans des conditions qui démontrent une totale incompréhension de la difficulté soulevée, puisqu'il prétend qu'« en privant ainsi une partie de l'exercice effectif des droits qui lui sont garantis par le code de procédure pénale devant la juridiction d'instruction, cette disposition apporte une restriction injustifiée aux droits de la défense ». De l'aveu même du Conseil, pareille affirmation est inepte, puisque, ainsi qu'il l'a relevé dans cette même décision sans craindre la contradiction, « la partie civile n'est pas dans une situation identique à celle de la personne mise en examen ou à celle du ministère public¹³ », observation quant à elle parfaitement exacte, et qui l'a d'ailleurs conduit à juger, sur une question en tout point équivalente, celle du droit d'appel de la partie civile contre une décision de relaxe, que l'impossibilité qui lui est faite de remettre en cause la décision sur l'action publique est légitime¹⁴. Mais quelle est la cohérence de cette bouillie ? Aussi est-il aisé de comprendre que, quelque peu échaudée sans doute par ces précédents préoccupants, la chambre criminelle ait refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité qui, s'inspirant du funeste précédent de l'article 575, dénonçait l'impossibilité faite à la partie civile de provoquer la réouverture d'une instruction après non-lieu et contestait le monopole ainsi reconnu en la matière au ministère public : apparemment, la Cour de cassation a jugé prudent d'éviter une nouvelle erreur et décidé de sauver l'article 190 des ardeurs iconoclastes du Conseil¹⁵. Tout cela n'a donc ni queue, ni tête, sauf à penser, avec un annotateur averti et bienveillant¹⁶ que, s'agissant du moins de l'abrogation de l'article 575, elle a procédé d'une « décision délibérément orientée, exprimant clairement une politique pénale¹⁷ » : politique, on y revient.

Revient aussi en mémoire, à cet instant, le mot de Rossi : « mépriser la théorie, c'est avoir la prétention excessivement orgueilleuse d'agir sans savoir ce qu'on fait, et de parler sans savoir ce qu'on dit ». Mais, dans le cas du Conseil constitutionnel, la phrase est inappropriée, puisque pour mépriser la théorie, il faut du moins savoir qu'elle existe. Or tout indique que, certaines d'être omniscientes, ses « petites mains » ne veulent pas faire l'effort de la connaître, pas même celui consistant à ouvrir le premier manuel de procédure pénale venu pour s'instruire des rudiments de la matière. L'auraient-elles fait que, concernant l'appel contre les ordonnances du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention et à propos de l'article 186 du Code de procédure pénale, elles auraient évité une confusion qui vaudrait un zéro pointé à un étudiant en droit soumis à un contrôle de procédure pénale. Pour déterminer en effet l'étendue du droit d'appel de la personne mise en

¹¹ Cour EDH, 3 décembre 2002, n° 48221/99, Berger c/ France.

¹² CC, 23 juillet 2010, n° 2010-15/23 QPC.

¹³ Voir, pour une affirmation identique et exacte elle aussi, concernant la personne mise en examen, CC, 13 juillet 2011, n° 2011-153 QPC.

¹⁴ CC, 31 janvier 2014, n° 2013-363 QPC.

¹⁵ Cass. crim., 9 mars 2011, n° 11-80630.

¹⁶ Car cet auteur postule donc que le problème posé par l'article 575 a été compris ; nous voudrions en être nous-même convaincu.

¹⁷ B. DE LAMY, « Inconstitutionnalité de l'article 575 du code de procédure pénale : la partie civile promue par le Conseil constitutionnel », *RSC*, janvier-mars 2011, p. 188 [https://actu.dalloz-etu-diant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/FEVRIER_2014/RSC2011-188.pdf].

examen, le Conseil soulève – d’office – le grief selon lequel « seul le droit d’appel de la personne mise en examen » serait « limité et exceptionnel » et s’en sert pour asseoir sa décision¹⁸ : depuis 1967, et sa première édition, un traité de référence enseigne que « Pas plus que l’inculpé, la partie civile n’a le droit d’attaquer n’importe quelle ordonnance du juge d’instruction¹⁹ » – il faut en conclure qu’il n’y a donc pas d’ouvrage de procédure pénale dans la bibliothèque du Conseil²⁰. En revanche, l’orgueil évoqué par Rossi, en l’occurrence celui que fonde l’assurance de tout savoir parce qu’on a appris à diviser par quatre, est bien en cause – en même temps, peut-être, que l’absence de modestie suffisante –, le tout étant de décider si, compte tenu des enjeux, le comportement qui en procède est bien tolérable²¹.

Philippe Conte

Professeur à l’Université Panthéon-Assas, Directeur de l’Institut de criminologie et de droit pénal de Paris

¹⁸ CC, 13 juillet 2011, précité.

¹⁹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 1^{ère} éd., Paris, Cujas, 1982, n° 1042.

²⁰ L’erreur commise est à ce point ahurissante que l’on en cherche l’explication. Elle est sans doute due à l’article 186 lui-même, qui affirme que la partie civile peut faire appel des « ordonnances faisant grief à ses intérêts », soit une formule en apparence très générale qui aura donc conduit les « petites mains » du Conseil, qui l’ont reproduite, à conclure à un droit d’appel sans limite (voir cons. 4, où il est souligné que, prétendument à l’inverse, « la liste des ordonnances du juge d’instruction dont [la personne mise en examen] peut interjeter appel est limitativement énumérée »). Mais il faut lire jusqu’au bout : l’article vise les seuls intérêts « civils ». En conséquence, l’appel de la partie civile est évidemment sans effet sur l’action publique, hormis exceptions, si bien que son droit d’appel est limité, comme celui de la personne mise en examen. Cette incapacité proprement consternante à saisir les rapports, certes subtils, de l’action civile avec l’action publique au cours du procès pénal est donc une constante du Conseil constitutionnel.

²¹ Pour ce qui nous concerne, nous avons pris le parti d’en rire : voir Ph. CONTE, « Farce constitutionnelle », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 2, avril-juin 2016, p. 261-264.

Comprendre le « bloc de constitutionnalité » *

Dans un article consacré au bloc de constitutionnalité, et qui commençait par affirmer que celui-ci « n’exist[ait] pas » mais était pourtant « fort utile », Jean-Michel Blanquer avait pu relever que l’expression renvoyait à « une notion étiquette » regroupant « sous un même terme des acceptions très diverses, et qui compense l’indétermination du sens par la banalité de l’évidence ». L’auteur relevait que l’idée de bloc impliquait celle d’homogénéité alors que le bloc de constitutionnalité, qu’il qualifiait opportunément de « système de références », avait toujours recouvert « une pluralité d’éléments dissemblables¹ ». Avant et après cet article, d’autres études ont pu insister sur l’hétérogénéité et les fragilités de l’idée de bloc de constitutionnalité. Mais la première caractéristique de la notion, relevée par la plupart des études critiques en question, consiste dans sa robustesse et sa force pédagogique. Quiconque prétend revenir sur le bloc de constitutionnalité semble donc se condamner, tout à la fois, à répéter des vérités déjà dévoilées par d’autres et à ne parvenir à rien, car la notion semble imperméable à toute critique.

Il se peut bien. Mais, dans le même temps, est-il permis de s’arrêter à ce dogme du bloc de constitutionnalité comme à ce qu’il est convenu d’appeler un horizon indépassable ? Si l’on prend le parti contraire, la première démarche qui s’impose consiste à essayer de comprendre la philosophie sous-jacente au triomphe de cette idée de bloc de constitutionnalité. Tel sera l’objet de la première partie de cet article (I). Dans les trois parties qui suivent, je me propose de clarifier en quoi consiste le bloc de constitutionnalité et de faire apparaître l’imprécision – et ultimement l’inutilité, voire la nocivité – de cette notion. En premier lieu, il importera de faire apparaître le bloc de constitutionnalité comme le résultat d’opérations visant à convertir des ressources juridiques en véritables sources, c’est-à-dire à les transformer en droit positif (II). Si cette opération de conversion ne suscite pas d’objection, le résultat n’en est pas pour autant clair. Loin que l’on puisse prétendre des normes de référence du contrôle de constitutionnalité qu’elles constituent un « bloc », force est de dire que leur périmètre est particulièrement incertain, beaucoup de normes effectivement utilisées n’étant pas incluses dans le bloc de constitutionnalité tel qu’il est habituellement délimité (III). Il n’y a pas plus de netteté du point de vue ce qui se passe à l’intérieur du « bloc » : sa finalité première est de permettre

* Une version plus brève de cet article est à paraître aux *Mélanges en l’honneur de Frédéric Sudre* (Paris, LexisNexis, à paraître). Je remercie les organisateurs de la conférence à l’Institut Villey de m’avoir permis de présenter ici cette seconde version, plus longue et modifiée. Je suis aussi très reconnaissant envers Olivier Beaud, Bruno Dugeron, Jean-Marie Denquin et Patrick Wachsmann de leurs commentaires sur des versions préliminaires de cet article.

¹ J.-M. BLANQUER, « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? », in *Mélanges Jacques Robert : Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 227.

l'assimilation entre des normes énoncées par le juge constitutionnel et des sources issues du pouvoir constituant ou rattachées à son exercice, ce qui est à l'origine d'un rapport de forte indétermination entre les premières et les secondes (IV).

I. LE BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ ET LE CHANGEMENT DE THÉORIE CONSTITUTIONNELLE

A. Le cas français : une constitution à géométrie variable

Louis Favoreu avait proposé de ne plus parler de « bloc de constitutionnalité » mais tout simplement de « constitution ». L'affirmation avait le mérite de la simplicité, mais elle posait évidemment un problème majeur : ne voit-on pas d'emblée que le bloc dit « de constitutionnalité » contient, justement, des règles qui ne sont pas constitutionnelles (lois et ordonnances organiques², directives communautaires³, voire dispositions législatives ordinaires⁴) ? Peut-on se contenter, à ce sujet, de prétendre paisiblement que l'on se trouve dès lors confronté à une « constitutionnalité entendue au sens large » ? Que penser ainsi de l'opinion, venant d'un commentateur particulièrement autorisé, selon laquelle certaines des dispositions organiques ainsi prises en compte (qui plus est adoptées par voie d'ordonnances sur le fondement de l'ancien article 92 de la Constitution) devaient être « regardée[s] comme ayant une valeur *quasi constitutionnelle*⁵ » ? Sur quel fondement ? Comment faut-il repenser la théorie du pouvoir constituant et le rôle attribué au peuple dans l'adoption de la constitution pour la rendre compatible avec une telle affirmation ? Ne voit-on pas aussi, au moins intuitivement, que le bouleversement opéré est tel que le mot « constitution », à supposer qu'il mérite d'être conservé pour décrire la nouvelle réalité, prend un sens radicalement différent ? Ces questions ont déjà souvent été posées, et on ne s'autorise pour les poser encore que de l'absence, non pas même de réponse, mais de véritable débat à leur sujet.

On se trouve donc dans une situation insatisfaisante, et pour en sortir, il faut essayer de comprendre la philosophie qui a présidé au triomphe de cette idée de bloc de constitutionnalité. Cette philosophie peut se résumer de manière suivante : le juge constitutionnel a élaboré un ensemble de normes de référence à géométrie variable en vue de contrôler la loi (ordinaire ou organique), les règlements des assemblées, et accessoirement, *via* l'article 54, les traités qui lui sont soumis. Cette idée de « géométrie variable » est très apparente dans les écrits de Louis Favoreu : il pouvait ainsi parler d'une « composition du bloc [qui] varie selon la nature des

² Dans le cas du contrôle des règlements des assemblées.

³ Voir la décision n° 98-400 DC du 20 mai 1998 (LO déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution).

⁴ L'exemple classique étant l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, qui n'a pas valeur organique et a été modifiée par de nombreuses lois ordinaires.

⁵ Au sujet de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959. Voir B. GENEVOIS, « Normes de référence du contrôle de constitutionnalité et respect de la hiérarchie en leur sein », in *L'État de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 337 (nous soulignons). La même remarque devrait désormais s'appliquer à la **Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances** qui a remplacé ce texte fondateur.

actes soumis au contrôle⁶ » et se contenter, en guise d'explication, de décrire dans des rubriques séparées les « règles [sic] » s'imposant dans le contrôle des différents types d'actes. La véritable logique de la chose est, à notre sens, exprimée par Bruno Genevois, qui a présenté l'extension des normes de référence du contrôle effectué par le Conseil constitutionnel comme résultant « des exigences inhérentes à la hiérarchie des actes juridiques⁷ ». L'existence du bloc de constitutionnalité, qui résulte de la diversification des normes de référence en considération de l'acte contrôlé, s'explique par la diversité des compétences confiées au Conseil constitutionnel par la Constitution de 1958. Ce respect « des exigences de la hiérarchie des normes » va au-delà de la garantie par le juge du principe de constitutionnalité. La preuve en est que le pseudo-bloc de constitutionnalité inclut désormais bien des normes qui, comme le reconnaît le même auteur, « ne peuvent se réduire à la seule Constitution ». Dès lors, on serait même tenté de dire qu'à la lumière du phénomène résumé par la métaphore du bloc de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel apparaît comme autre chose qu'un simple juge de la constitutionnalité des lois : ne serait-il pas désormais un organe de contrôle de la primauté sur la loi des règles supra-législatives, avec la considérable – mais désormais fortement écornée⁸ – exception du contrôle de la conventionnalité, en principe laissé aux juridictions ordinaires du fait de la jurisprudence « IVG » de 1975 ? Lorsque le Conseil constitutionnel censure une loi de finance sur le fondement d'une méconnaissance de la LOLF, ou qu'il censure une disposition du règlement d'une assemblée du fait de la violation d'une loi organique, est-il à proprement parler encore un juge constitutionnel ? Il est permis de voir les choses différemment. Il est, pour s'inspirer de la formule de Bruno Genevois, le garant des exigences de la hiérarchie des normes dans les limites des compétences que lui attribue la constitution. Il est, par exemple, dans les cas qu'on vient de voir, le juge de la « légalité organique ». Il est ainsi intéressant de relever que, dans la configuration « élargie » du bloc de constitutionnalité, certaines normes de référence sont issues d'actes ayant auparavant été soumis au contrôle obligatoire du Conseil constitutionnel. Ce point mériterait d'être plus développé, mais pourquoi faire du Conseil constitutionnel un juge de la constitution quand il contrôle en réalité le respect de normes infra-constitutionnelles ? Faire du respect de ces normes infra-constitutionnelles une condition de constitutionnalité – c'est-à-dire que la constitution n'est censée être respectée que si, par assimilation en quelque sorte, des normes inférieures le sont également – est-il toujours suffisant ? Il y a là, même si on prend en compte le fait que la constitution impose la prise en compte de telles normes inférieures, une forme d'artifice. Ne vaudrait-il pas mieux dire que le Conseil constitutionnel exerce différentes sortes de compétences en matière de contrôle du respect de la hiérarchie des normes et qu'il est, selon les cas, juge de la constitution, juge de la légalité organique, voire marginalement (voir *supra*) de la conventionnalité ? Ramener tous ces contrôles à un contrôle de constitutionnalité n'est-il pas trop englobant ? Est-ce tout simplement réaliste ou est-

⁶ L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel (1975) », in *La Constitution et son juge*, préf. D. Maus, X. Philippe, A. Roux, Paris, Economica, 2014, p. 543.

⁷ B. GENEVOIS, « Normes de référence du contrôle de constitutionnalité et respect de la hiérarchie en leur sein », in *L'État de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, *op. cit.*, p. 324.

⁸ Voir les observations à ce sujet de J. Bonnet et A. Roblot-Troizier : J. BONNET et A. ROBLOT-TROIZIER, « Repenser le bloc de constitutionnalité sous l'effet des rapports entre ordres juridiques : pour une redéfinition des sources de la constitutionnalité », in B. BONNET (dir.), *Les rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 409-438.

ce une manière de masquer ce qui se passe réellement en termes de rapports normatifs ?

B. Le reflet d'une mutation globale du droit constitutionnel

À un niveau plus élevé de généralité, le bloc de constitutionnalité n'est autre qu'une manifestation d'une orientation contemporaine majeure du droit constitutionnel, selon laquelle *il n'y a plus – il ne doit plus y avoir – de différence entre ce qu'énonce le juge et ce que contient la constitution*. D'où le fait que la notion de constitution, en France, ait évolué sous l'empire d'une mutation de ce qu'il est convenu d'appeler les normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Cette confusion ou cet amalgame, comme on voudra, ne va pas de soi. Elle est le résultat d'une élaboration patiente dont il faut dénouer l'écheveau. Il peut sembler utile de présenter cette évolution comme le résultat d'une assimilation systématique entre deux idées distinctes : celle de « norme » et celle de « source ». À la norme issue de l'interprétation juridictionnelle on attribue des caractères de la règle écrite : en particulier les caractères de stabilité et de systématisme formelle (notamment le fait de s'insérer dans une hiérarchie). Ce processus n'est pas propre à la France, et si on en cherche l'origine récente, on peut la faire remonter au moins jusqu'à la polémique née de la décision *Cooper v. Aaron* (1958) de la Cour Suprême des États-Unis. L'importance de *Cooper* est grande, car ce cas montre comment on est passé à un nouveau régime de positivité⁹ : celui dans lequel le texte et l'interprétation se confondent. Par une formule forte, la Cour avait dit en 1958 que « l'interprétation du XIV^e amendement énoncée par cette cour dans l'affaire *Brown* est la loi suprême de ce pays » au sens de l'article VI de la Constitution, encore connu sous le nom de « clause de suprématie ».

En France, malgré une culture juridique et politique très différente, on peut repérer une mutation comparable, qui remonte au moins aux prises de positions de Georges Vedel sur les bases constitutionnelles du droit administratif. La tentation d'identifier source constitutionnelle et norme dégagée par le juge est très apparente dans le fameux article éponyme de 1954 : « ce n'est pas à des spéculations théoriques, écrivait alors l'éminent auteur, mais à la jurisprudence que nous demandons de nous indiquer la base constitutionnelle du droit administratif. En vertu de quel titre constitutionnel existe-t-il une administration [et] les administrateurs exercent-ils leurs compétences¹⁰ ? » Georges Vedel s'appuyait spécialement sur deux grandes jurisprudences du Conseil d'État : *Heyriès*¹¹ et *Labonne*¹². Ainsi, l'interprétation livrée par le juge se voyait-elle revêtue de l'autorité et de la majesté de la source elle-même, c'est-à-dire de la constitution écrite.

La même manière de procéder se rencontre également chez Louis Favoreu. Dans son étude sur le « Principe de constitutionnalité », où il consacre une partie entière au bloc de constitutionnalité, l'auteur remonte à la décision du 8 juillet 1966 par laquelle le Conseil constitutionnel avait énoncé que

⁹ Sur cette notion, je me permets de renvoyer à mon livre : D. BARANGER, *Penser la Loi. Essai sur le Législateur des temps modernes*, Paris, Gallimard, 2018, p. 89 *sqq.*

¹⁰ G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *Études et documents du Conseil d'État*, n° 8, 1954, p. 36.

¹¹ CE, 28 juin 1918, n° 63412.

¹² CE, 8 août 1919, n° 56377.

la conformité à la Constitution du règlement des assemblées parlementaires doit s'apprécier tant au regard de la Constitution elle-même que des lois organiques prévues par elle, ainsi que des mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions prises en vertu de l'al. 1^{er} de l'article 92 de la Constitution.

Louis Favoreu commente ainsi cette formule :

cette déclaration de principe *ajoute au texte de la constitution bien d'autres éléments* [...] la conformité à la constitution englobe la conformité à des dispositions expresses mais incluses dans des textes extérieurs à la Constitution ; mais surtout le fait que la conformité est vérifiée à l'égard de principes fondamentaux ou généraux que le juge constitutionnel *définit lui-même à partir des textes* dont ils sont issus¹³.

L'intérêt du propos de Louis Favoreu réside dans sa prétention exclusivement descriptive : il entend exposer le changement qui a eu lieu dans la jurisprudence. Plusieurs points méritent ici l'attention: 1^o C'est ce changement dans la jurisprudence qui conduit à la redéfinition de la constitution, d'où le fait, de la part de cet auteur, de traiter longuement du bloc de constitutionnalité dans une étude consacrée au « principe de constitutionnalité » sans s'en expliquer le moins du monde. 2^o C'est dans l'opération de comparaison en question – le contrôle de constitutionnalité – qu'est déterminé le contenu de « l'instrument de référence » de la comparaison – la constitution – qui n'est donc « plus déterminé[e] une fois pour toutes » mais « varie selon la nature des actes soumis au contrôle¹⁴ ». 3^o Enfin, l'auteur ne parvient nullement à une conclusion philosophiquement « réaliste », sur le modèle du « réalisme américain » ou sur celui de la « Théorie réaliste de l'interprétation » défendue par Michel Troper (selon laquelle, en résumé, le juge définit librement la majeure de son syllogisme juridictionnel). Au contraire, et telle est la signature de sa pensée, Louis Favoreu en conclut que si, en effet, « le juge définit lui-même » les normes de référence de son contrôle, il le fait cependant « à partir des textes dont [...] sont issu[e]s » les normes de référence en question. De la sorte, il peut en même temps insister sur le rôle créateur du juge, défendre l'idée d'un contrôle à géométrie variable et cependant citer avec approbation à de nombreuses reprises Georges Vedel selon qui « le Conseil constitutionnel ne s'estime pas maître des sources du droit constitutionnel¹⁵ ».

Rien n'est accidentel dans tout cela. Pour ne pas conclure que le juge constitutionnel aurait excédé ses pouvoirs, il était nécessaire pour la doctrine de parvenir à formuler une sorte d'oxymore. *Il fallait que les normes de référence restassent appelées « constitution » ou que, par convention, l'on appelât « constitution » les normes de référence.* Il fallait en effet dire tout à la fois, et comme si cela relevait de l'évidence, que le juge produit des normes de valeur constitutionnelle et que ces normes ne sont pas son œuvre, mais qu'elles sont directement tirées de la source positive qu'est la constitution formelle.

¹³ L. FAVOREU, *La Constitution et son juge*, op. cit., p. 546.

¹⁴ *Ibid.*, p. 543.

¹⁵ *Ibid.*, p. 557 et *passim*. Louis Favoreu appréciait tant cette citation de G. Vedel qu'on la retrouve au moins trois fois, à chaque fois *in extenso*, dans la collection de ses articles parue sous le titre *La Constitution et son juge*.

Ainsi, dans les écrits de Louis Favoreu, on trouve des passages continus de l'une à l'autre notion, par exemple lorsqu'il écrit que :

le juge constitutionnel français doit s'appuyer sur les dispositions contenues dans les textes constitutionnels [...] On peut constater en effet, en se livrant à une étude de la jurisprudence, qu'à partir de 1980, il y a un resserrement des catégories de normes de référence.

La contradiction n'engendre pas d'embarras de la part de l'éminent constitutionnaliste. Au contraire, il s'en félicite. La constitution, devenue bloc de constitutionnalité, est *rigide comme une source* : à l'idée de source, le bloc de constitutionnalité vient prendre la « valeur objective et permanente » du droit écrit¹⁶. Elle est en même temps *souple comme une norme*. Ne relève-t-il pas « un phénomène de densification des normes de référence lorsque le Conseil constitutionnel enrichit progressivement la signification et la portée d'une disposition constitutionnelle par une interprétation constructive » ? L'arbre des textes constitutionnels écrits « s'alourdit¹⁷ » sans cesse, au cours d'un éternel printemps jurisprudentiel, de fruits toujours plus nombreux et pleins de suc. Ce n'est pas autre chose qui fut dit plus tard par Louis Favoreu, quand il estima que le système des sources constitutionnelles n'était pas autre chose que la hiérarchie des normes :

On désigne par sources du droit les catégories de normes [...] d'où procèdent les normes juridiques qui composent un ordre juridique déterminé [...] [D]ans tous les cas, le système des sources procède fondamentalement de la constitution¹⁸.

La stratégie ici à l'œuvre – affirmer que le bloc de constitutionnalité n'est pas autre chose que la constitution elle-même – revient à faire comme si les *normes* dégagées par le juge constitutionnel étaient en même temps des *sources*, c'est-à-dire qu'elles revêtent un caractère de stabilité qui dépasse le moment où l'interprétation est opérée. Elles ne sont pas seulement les composantes d'un syllogisme dont l'énoncé est nécessaire à la solution d'un litige. Elles sont – et demeurent – la constitution elle-même. Elles peuvent, si on nous pardonne l'expression, « resservir » et s'insérer dans une hiérarchie stable et connaissable par tous. Ainsi, le processus connu sous le nom de constitutionnalisation des branches du droit résulte-t-il selon Louis Favoreu de « l'accumulation » des « normes jurisprudentielles ». Nulle difficulté à raisonner ainsi, puisque le même auteur a pu juger par ailleurs que le « système des sources » consistait en des « catégories de normes » composant l'« ordre juridique¹⁹ ».

C. Normes, sources, ressources

Si la logique profonde du droit constitutionnel moderne consiste dans l'identification de l'autorité de la constitution écrite à celle des interprétations qu'en donne le juge, ce mouvement suppose un glissement assez profond du sens des concepts qu'on emploie. Il faut dire, en résumé, que les caractères usuellement attribués à la règle écrite (stabilité, imputation au souverain ou à son représentant) sont désormais transférés sur la norme interprétée. On fait « comme si » ce qu'a dit le juge ne se distinguait pas de ce qu'a dit le constituant ou le législateur ordinaire, mais

¹⁶ G. VEDEL, « neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le Débat*, vol. 55, n° 3, 1989, p. 48-49.

¹⁷ L. FAVOREU, *La Constitution et son juge*, op. cit., p. 560.

¹⁸ Voir le précis de L. FAVOREU e. a., *Droit Constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1998, § 174, p. 161.

¹⁹ *Ibid.*

au contraire s’y incorporait totalement. Dans le langage courant des juges et des professionnels du droit, on ne fait même plus la différence entre les deux et cela ne préoccupe personne. Cette pratique se traduit par des figures stylistiques s’apparentant à des oxymores : un auteur traitant des objectifs de valeur constitutionnelle n’hésitera pas ainsi à les qualifier de « normes écrites » qui sont le fruit « d’une démarche interprétative » sans que la contradiction interne à l’expression ne semble susciter son embarras²⁰. La raison en est que les objectifs de valeur constitutionnelle sont une création du juge (une norme), mais qu’il est bon de les rattacher, là où cela est possible, à des textes du bloc de constitutionnalité (des sources) pour les légitimer. Les formules de ce type ne sont donc pas accidentelles : elles résultent de la logique même du bloc de constitutionnalité. Je me propose d’interpréter cette logique du droit constitutionnel à partir d’une distinction entre *normes* et *sources* : tout est fait pour que nous confondions les unes et les autres. La politique du juge constitutionnel est tout entière renfermée dans cette prétention. Et pour comprendre cette politique du juge, il faut en construire, sans son aide, la philosophie du droit sous-jacente. Pour commencer, il faut donc poser quelques définitions qui me serviront ultérieurement.

1) *La norme*. J’entends par « norme » une unité d’interprétation du sens d’un énoncé de langage contenu dans un acte. La norme n’est pas dissociable de l’opération ponctuelle d’interprétation. Elle peut entrer dans des relations hiérarchiques avec d’autres normes, mais seulement dans les limites de l’opération en question (exemple : une décision juridictionnelle) : « La norme est la portion de signification [composée] à partir des divers énoncés produits par les acteurs du droit²¹ ».

Mais à propos de la norme ainsi définie, deux choses doivent être dites. 1^o Ce que l’on ne comprend pas, c’est en quoi elle peut survivre à l’acte d’interprétation²². 2^o L’acte juridique qui est objet de l’interprétation joue un rôle dans ladite interprétation : sinon il ne serait pas question d’une interprétation, mais d’une libre création de sens. Ainsi, il me semble très peu vraisemblable – et conceptuellement contradictoire – de considérer que l’interprétation est totalement libre, et que l’interprète est souverain vis-à-vis du texte interprété. Ce texte, qui joue un rôle – comme facteur de détermination – dans l’interprétation, a une vertu de stabilité qui est indéniable et que, par définition, la norme ne peut pas avoir. En d’autres termes, l’acte (*l’instrumentum*) doit être appréhendé en tant qu’il est une « source ».

2) *La source*. La fonction de l’idée de source est double. 1^o « Source » veut d’abord dire pedigree, c’est-à-dire format de validité d’un acte donné, en fonction de critères juridiques (le plus souvent formels en droit moderne) qui opèrent comme des tests de validité. Le pedigree permet de distinguer droit et non-droit, donc ce qui a valeur de source et ce qui n’a pas une telle valeur.

²⁰ P. DE MONTALIVET, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, 2006 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-20/les-objectifs-de-valeur-constitutionnelle.50643.html>]. L’auteur s’explique de ce choix de termes dans sa thèse : P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2006, p. 32.

²¹ R. GUIBOURG, cité dans G. TUSSEAU, *Les normes d’habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 46.

²² Je me permets de renvoyer à ce sujet – celui de la « volatilité » ou « non-stabilité » de la norme juridique – à mon étude : D. BARANGER, « Notes sur l’apparition de la souveraineté (et des droits de l’homme) », *Jus Politicum*, n° 9, *Constitutions écrites dans l’histoire*, juillet 2013, p. 267 [http://juspoliticum.com/uploads/pdf/IMV_annuaire4_T15_Baranger_130326-3.pdf].

2° « Source » veut dire ensuite qu'il existe un *instrumentum* et que cet *instrumentum* contient une règle. C'est à ce stade, et à cette fin, que je penserais souhaitable de redonner cours au terme de « règle », longtemps utilisé par la science du droit avant la victoire triomphale, presque universelle, du mot « norme ». Il pourrait en effet être utile de conserver le terme de « règle » pour décrire la norme potentielle, ou issue de l'intention « brute » du législateur²³, et qui est latente dans le texte juridique valide non encore appliqué, non encore soumis à interprétation par les organes d'application. La source désigne donc ici ce qui sert de référence ou disons de « cible » pour l'acte d'interprétation.

Il est parfaitement possible de dire que la source est un acte, ou qu'elle en suppose un. On dira ainsi couramment que « la Constitution de 1958 », au sens de la loi constitutionnelle du 4 octobre 1958, est une « source du droit ». Mais en même temps, on voit que les définitions modernes de la norme la rendent indépendante de tout support et de toute origine. L'indépendance à l'égard de tout support est liée à la distinction entre acte et norme : la norme est la signification, une réalité intellectuelle. L'acte est un support matériel, une réalité sensible (écrit, parole, etc.). Or, le phénomène juridique revêt un caractère normatif et non matériel. Cette émancipation du raisonnement à l'égard de tout support pour la norme juridique est perceptible dans la théorie réaliste de l'interprétation : la norme est le fait de l'interprète, qui ne doit rien (est-il affirmé) à ce qu'il interprète, puisqu'il procède à un acte de volonté, non de connaissance. Par conséquent, pour conserver un sens à l'idée de source, il faut distinguer entre la source et la norme. La source est potentiellement normative. Elle contient d'ores et déjà des énoncés relatifs à des obligations touchant à la conduite humaine. Mais elle ne contient que des normes « en attente » d'une interprétation qui permettra de les appliquer à des cas particuliers. C'est souvent à cela que renvoie le mot « règle » : la règle de l'article 1134 du Code civil, la règle de l'article 62 de la Constitution, etc. La règle existe – et a un contenu intellectuel effectif, c'est-à-dire qu'elle est déjà une norme – avant toute interprétation, et l'existence de ce contenu normatif de la règle est un des facteurs qui conditionnent l'interprétation. Autrement dit, l'interprétation juridictionnelle (ou administrative, souvent oubliée par la théorie du droit) est une production de norme qui porte sur une norme pré-existante, celle que j'appelle ici « règle ». C'est pour cela que le juge est un « *lawfinder* » (quelqu'un qui dit le droit) et non un « *lawgiver* » (quelqu'un qui donne le droit).

3) *La ressource*. En dernier lieu, je propose d'associer à l'idée de source du droit celle de ressource juridique. Il faut parler de ressources juridiques lorsqu'il est question de contenus ou de « matériau » qui servent dans deux contextes : 1° Dans le processus conduisant à la formation d'une source. Une source du droit vient à l'existence par le fait qu'on en vient à considérer comme légalement impératives certaines assertions pour lesquelles n'étaient émises jusque-là qu'une prétention à (une revendication de) la normativité juridique. Elles étaient des « ressources » du raisonnement juridique, et elles deviennent des « sources ». 2° En vue de permettre un raisonnement juridique lorsqu'une source n'est pas disponible.

²³ Il peut en effet y avoir plusieurs théories en concurrence sur le point de savoir ce qui constitue la règle en tant que « norme-cible », ensuite livrée à l'interprétation. On peut aller dans le sens d'une norme objective, indépendante de l'intention des auteurs (travaux préparatoires, etc.) ou bien encore on peut intégrer cette intention. Je ne tranche pas ce point ici.

Sur la base de ces propositions de vocabulaire, mon propos visera maintenant à interpréter cette notion de bloc de constitutionnalité. Le fil directeur de cette interprétation consistera à dire que le bloc de constitutionnalité recouvre, selon la formule de Jean-Michel Blanquer, un « système de références » (ou de renvois) entre sources, plutôt que, comme on le dit en général, un ensemble de « normes », ce qui me semble inadéquat. Il s'agira en outre de montrer que l'expression « bloc de constitutionnalité » désigne une méthodologie et une série de principes de comportement du juge à l'égard de ces sources bien plutôt qu'un ensemble cohérent et homogène de normes.

II. LE BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ ET LA CONVERSION DE RESSOURCES EN SOURCES

A. Les opérations de conversion

Une ressource est donc un énoncé n'ayant pas de pedigree adéquat – ou dont le pedigree est contesté –, mais pouvant néanmoins recevoir une interprétation et donc être le support de normes. Le raisonnement juridique n'a pas toujours une source à sa disposition. On ne peut pas poser comme principe qu'à toute question de droit correspond une réponse dans l'ordre juridique. En revanche, les autorités productrices du droit ont à leur disposition des ressources intellectuelles et argumentatives qui leur permettent de résoudre les problèmes qui leurs sont soumis. Or, le bloc de constitutionnalité se comprend avant tout, historiquement, comme le processus par lequel le statut de source, l'octroi d'un pedigree, a été conféré à des dispositions qui étaient jusque-là, non pas extra-juridiques, mais dépourvues de ce statut de source.

L'insertion de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité en est l'exemple le plus frappant. En 1973, le Conseil constitutionnel a pour la première fois rangé la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 au nombre des normes de référence de son contrôle au titre de l'article 61, al. 2 de la Constitution.

C'est l'effet de la décision dite « taxation d'office » et de son second considérant :

Considérant, toutefois, que la dernière disposition de l'alinéa ajouté à l'article 180 du code général des impôts par l'article 62 de la loi de finances pour 1974, tend à instituer une discrimination entre les citoyens au regard de la possibilité d'apporter une preuve contraire à une décision de taxation d'office de l'administration les concernant ; qu'ainsi ladite disposition porte atteinte au principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution...²⁴

Auparavant, de 1789 à 1973, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (DDHC) n'était pas une des sources du droit constitutionnel positif. Malgré une discussion doctrinale active sous la III^e République, elle ne s'était jamais vue reconnaître ce statut. Mais, pour autant, la DDHC était indiscutablement tenue pour une ressource du raisonnement en droit public. Cela avait été reconnu très clairement par le commissaire du gouvernement Corneille dans ses conclusions sur

²⁴ Décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, Loi de finances pour 1974.

l'arrêt Baldy de 1917 : « La Déclaration des droits de l'homme est, explicitement ou implicitement, au frontispice des constitutions républicaines²⁵ ».

Et plus tôt encore, Gaston Jèze, quand il avait commenté l'arrêt Roubeau (9 mai 1913) – par lequel le Conseil d'État avait dégagé le principe de l'égalité devant la loi – en avait conclu que la Déclaration de 1789 était présente à l'arrière-plan de cette décision, et qu'il faudrait désormais lui reconnaître une pleine valeur juridique :

[...] il ne faut pas dire que les Déclarations des droits, les Garanties des droits sont dénuées d'efficacité juridique [...]. Ce sont vraiment des règles juridiques, dont la violation peut entraîner la nullité des actes juridiques accomplis par les agents administratifs²⁶.

L'histoire de la conversion en sources de ces ressources, de ces règles potentielles, contenues dans la Déclaration de 1789 est assez longue et repose, comme on le sait, sur l'intervention de la juridiction administrative. Bien avant 1971, le Conseil d'État, spécialement, a fait usage de ces ressources en les convertissant en principes généraux du droit. Le Conseil constitutionnel n'a pas procédé autrement (c'est-à-dire par voie de conversion de ressources en sources) à l'occasion de sa décision du 16 juillet 1971. La référence du Préambule de 1946 aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République permet désormais au juge de « dégager » de nouveaux principes tout en garantissant un ancrage dans un texte écrit. Le verbe « dégager » est – dans le langage de la doctrine de contentieux constitutionnel et tel que je l'emploie ici à mon tour – un terme conventionnel, absolument vide de sens et qu'on pourrait remplacer par n'importe quel autre : constater, créer, reconnaître, etc. Louis Favoreu dit par exemple des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qu'ils sont « des normes *constatées* par le Conseil constitutionnel à partir de textes législatifs ». Ce que recouvre en réalité ce vocabulaire objectiviste – qui tend à présenter la référence aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République comme un acte de pure connaissance – n'est autre que l'identification de la norme interprétée par le juge avec la source écrite. Un mathématicien écrirait simplement sur son tableau noir : *norme = source*.

Dans le cas des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, cette source écrite est double : le Préambule de 1946 au niveau constitutionnel et – en principe – une ou plusieurs lois adoptées sous des régimes républicains. Il semble plus adéquat de dire, comme Louis Favoreu en 1980, que « le Conseil constitutionnel a *donné valeur de droit positif* à des dispositions ou des principes que l'on croyait “endormis” à jamais ou insusceptibles d'application²⁷ ».

Le cas des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République nous montre que le processus est encore plus complexe que cela, car il conduit le juge à créer de nouvelles catégories de sources, au sens où il détermine les conditions génériques auxquelles certains énoncés acquièrent un certain statut de droit positif. En d'autres termes, il définit leur pedigree, c'est-à-dire les critères formels de leur validité. Par sa jurisprudence relative aux principes fondamentaux reconnus par les

²⁵ CE, 10 août 1917, Leb. p. 637.

²⁶ D. MASLARSKI, « La conception de l'État de Gaston Jèze », *Jus Politicum*, n° 3, *Autour de la notion de constitution*, décembre 2009 [<http://juspoliticum.com/article/La-conception-de-l-Etat-de-Gaston-Jeze-147.html>], note 316.

²⁷ L. FAVOREU, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, n° 13, *Le Conseil constitutionnel*, avril 1980, p. 18 [<http://www.revue-pouvoirs.fr/L-apport-du-Conseil.html>].

lois de la République, le Conseil constitutionnel n'avait rien fait d'autre que d'élaborer une batterie de tests qui constituent le « pedigree » de cette catégorie de source. C'est ce qui est généralement déduit des termes de la décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, Loi portant amnistie. Mais ce thème des décisions semblant contenir une batterie de critères pour les décisions futures – les « leçons de droit » données par le juge, si chères à une certaine doctrine – pose quelque peu problème. D'abord, le Conseil constitutionnel ne donne pas toujours de telles leçons de droit (consistant à déterminer les critères d'identification de telle ou telle catégorie normative). Ainsi, il n'en a pas donné, pour prendre ce seul exemple, concernant les objectifs de valeur constitutionnelle. Ensuite, même quand il se livre à un tel exercice, notre juge constitutionnel est loin de toujours s'y tenir, comme le montre le cas des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. La définition scolaire des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République consistant à égrener les termes mêmes qui composent l'expression (ce sont des principes ; ils sont reconnus dans des lois ; ces lois doivent être des lois républicaines ; lesdits principes ont le caractère de fundamentalité, etc.) ne procure ainsi en aucun cas une typologie adéquate des critères effectivement appliqués par le juge pour « accepter » ou « rejeter » un tel principe. Ainsi, et cela est bien connu, contrairement à ce que semble imposer cette critériologie, certains principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ne sont reliés par la décision qui les « reconnaît » à aucune loi républicaine²⁸. En réalité, on se confronte ici à un problème complexe qui sera abordé plus loin : celui de l'indétermination du rapport entre, d'une part, les normes « dégagées » par le juge et, d'autre part, les sources dans lesquelles ces normes sont censées être ancrées.

B. Conversion ou refus de conversion ?

La conversion de la ressource en source ne va pas de soi : elle résulte d'une décision de l'interprète. Citons deux cas allant en sens opposé.

1) *Les cas positifs*. Le considérant n° 11 de la décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988 se lit comme une formule de conversion d'une ressource – laissée à l'extérieur du bloc de constitutionnalité – en une catégorie de sources :

11. Considérant que la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

Si le Conseil constitutionnel refuse de traiter la tradition républicaine comme une source du droit, il admet que celle-ci puisse justifier une annulation si elle a « donné naissance » à un principe fondamental reconnu par une loi de la République. La tradition républicaine reste une ressource, mais elle doit être convertible en principes fondamentaux reconnus par les lois de la République pour être convertie en source.

Un autre exemple se trouve dans l'alinéa 14 du Préambule de 1946 : « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ».

²⁸ C'est le cas par exemple du respect des droits de la défense dans la décision n° 76-70 du 2 décembre 1976. Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, op. cit., p. 104, note 179.

Cette formule se comprend comme une « porte d'entrée » ménagée pour accueillir le droit international coutumier en droit interne. Par le biais de cette catégorie normative des « règles du droit public international », le bloc de constitutionnalité a été rendu perméable à des sources internationales elles-mêmes marquées par une forte indétermination. Le lien a pu être établi doctrinalement entre cette catégorie constitutionnelle interne et les « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » auxquels se réfère l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice. L'alinéa 14, comme les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, permet donc de convertir des ressources du droit international en sources du droit interne. Qu'il s'agisse de « ressources » se justifie ici par le statut qu'occupent ces principes du droit international relativement au droit interne.

2) *Les refus de conversion : l'exemple du droit naturel.* Le juge peut être amené à ne pas retenir des ressources qui auraient pu sembler de bonnes « candidates » au statut de droit positif. Il opère alors ce qu'on pourrait appeler un refus de conversion. Ainsi, dans la décision « mariage pour tous » (2013-669 DC) du 17 mai 2013, le Conseil constitutionnel a-t-il refusé de prendre en considération l'idée

que, par son caractère fondamental, la définition du mariage relèverait de la compétence du constituant ; que le mariage entre personnes de même sexe méconnaîtrait un « enracinement naturel du droit civil » selon lequel l'altérité sexuelle est le fondement du mariage ; que l'ouverture du mariage à des couples de même sexe « détournerait l'institution du mariage à des fins étrangères à l'institution matrimoniale ».

Il a répondu par une motivation sommaire : « Qu'en outre, doit en tout état de cause être écarté le grief tiré de ce que le mariage serait “naturellement” l'union d'un homme et d'une femme ».

Cette position n'est nullement inattendue. Le juge français a toujours tenu le droit naturel soigneusement à l'écart. On le voit clairement à la position adoptée par lui relativement à la notion de supraconstitutionnalité, fréquemment rattachée par la doctrine orthodoxe (et notamment par Georges Vedel) à celle de droit naturel. Le droit naturel se comprend dans ce contexte comme un nom donné à un ensemble indéfini de prétentions (injustifiées) de certaines ressources juridiques à être converties en sources.

Les opérations de conversion de ressources en source font partie, à n'en pas douter, de l'essence même de l'activité juridictionnelle. Cela soulève le point intéressant – pour le théoricien du droit – des conditions de la « positivation » : autrement dit le passage de normes « candidates » à la positivité en normes « reçues » dans le droit positif. En particulier, cela nous apprend que ces conditions de positivation ne sont pas d'avance fixées par le constituant ou par toute autre autorité « faisant le droit ». Au contraire, une partie importante de ce qui se passe là relève – et c'est certainement là un invariant dans tous les systèmes juridiques quelque peu complexes – des autorités « disant le droit ». Dire le droit, cela commence par dire *ce qu'est le droit* : déterminer ce qui est et ce qui n'est pas du droit. C'est là une des fonctions de la théorie des sources du droit et de son usage concret dans les systèmes juridiques.

On se doit cependant de distinguer ce qui se passe de ce point de vue de ce qui va nous occuper dans la suite de cette étude. Le bloc de constitutionnalité ne sert pas seulement à permettre la positivation de ce qui auparavant n'était pas positif. Il permet aussi de faire apparaître comme règle écrite – ou rattachée à elle – ce qui relève de la manifestation de volonté du juge.

III. LES NORMES DE RÉFÉRENCE UTILISÉES PAR LE JUGE MAIS NON INCLUSES DANS LE BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ

« Toute la constitution, rien que la constitution, tel paraît être le champ des règles applicables par le juge constitutionnel français²⁹ ». Cette formule rassurante du doyen Vedel visait à faire apparaître le caractère à la fois exhaustif et limitatif du bloc de constitutionnalité : un bloc en quelque sorte « hermétiquement clos », parfaitement scellé et dont les frontières sont à la fois correctement délimitées et parfaitement protégées contre les incursions extérieures. À y regarder de plus près, la formule suscite quelque interrogation. L'esprit même du bloc de constitutionnalité n'était-il pas d'élargir et de fluidifier la définition même de la constitution ? Ce point a déjà été abordé au début de cet article : en admettant même que certains textes constitutionnels du passé aient vocation à revivre, que dire des textes de valeur organique, voire de certaines lois ordinaires rangées au nombre des normes de référence du contrôle de constitutionnalité ? Sont-ils « toute la constitution et rien que la constitution » ? Qui plus est, la frontière est-elle si étanche que cela ? En admettant que désormais il faille tenir pour acquis que « la constitution est un bloc », ses limites nouvelles sont-elles au moins correctement définies et gardées contre des intrusions clandestines, c'est-à-dire des énoncés juridiques employés comme normes de référence sans être officiellement rangés dans le « bloc » ?

A. Le statut des « textes » constitutifs du bloc de constitutionnalité

Le Conseil constitutionnel a, pour l'essentiel, maintenu une certaine continuité dans la manière dont il a délimité les textes du bloc de constitutionnalité. On ne compte que de rares exceptions, comme celle se trouvant dans la décision n° 91-290 DC du 9 mai 1992 (loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, *Rec.*, p. 50) et dans laquelle, pour établir l'existence et la valeur constitutionnelle du « concept de peuple français », le juge avait énoncé que : « la référence au “peuple français” figure d'ailleurs depuis deux siècles dans de nombreux textes constitutionnels ».

Le Conseil semblait renoncer ainsi à ne retenir que les textes « républicains ». Mais cette référence – qui a pu être qualifiée de « *dictum* » par la doctrine³⁰ – ne faisait que compléter un faisceau de citations textuelles tirées des textes habituels : la Déclaration de 1789 et les deux préambules de 1946 et 1958.

Dans l'ensemble, donc, le problème ne vient pas tant de la propension du juge à étendre le périmètre des textes utilisés – sinon lorsque le constituant autorise expressément cette extension comme il l'a fait en 2005 s'agissant de la Charte de l'environnement – qu'à créer des standards qui lui permettent, dans le respect de principe de son attachement aux sources écrites, de s'émanciper des contraintes qui semblent résulter de ce « textualisme ». Plusieurs catégories de normes de référence du contrôle de constitutionnalité n'ont pas été incluses par la doctrine autorisée dans le bloc de constitutionnalité du fait qu'elles étaient « non écrites ». Ainsi en a-t-il été des principes de valeur constitutionnelle et d'autres standards jurisprudentiels. À chaque fois, comme on va le voir, la raison doit en être trouvée dans

²⁹ G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », *Journées de la Société de législation comparée*, vol. IV, 1984, p. 283.

³⁰ M. VERPEAUX, P. DE MONTALIVET, A. ROBLOT-TROIZIER et A. VIDAL-NAQUET, *Droit constitutionnel, les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, 2^e éd., 2011, p. 70-71.

la nécessité de rapprocher les normes du juge des sources du constituant « politique », c'est-à-dire des textes positifs. Là où le juge crée des normes qui ne se rattachent pas à ces textes, il n'est nullement désavoué. Il suffit de prétendre que ces exceptions n'en sont pas. Comme on le verra, elles sont pourtant loin d'être quantitativement ou qualitativement négligeables.

B. Le statut des standards jurisprudentiels ne pouvant pas être rattachés à un texte du « bloc »

Se pose la question de la présence au nombre des normes de référence du contrôle de constitutionnalité de standards jurisprudentiels qui n'existent que du fait de l'interprétation du juge constitutionnel. Cette catégorie est bien remplie et n'a fait que s'alourdir depuis les années 1970. Ce phénomène aux multiples facettes est de nature à affaiblir la thèse de la complétude – ou si l'on préfère de l'exhaustivité – du bloc de constitutionnalité, qui n'a pas lieu d'être s'il n'est pas exhaustif.

1. Les principes de valeur constitutionnelle dépourvus de référence à un texte

On rencontre couramment l'affirmation selon laquelle l'existence de certains « principes de valeur constitutionnelle » ne se rattachant à aucun texte n'est pas de nature à fragiliser la doctrine Vedel (la position textualiste) ou la théorie du bloc de constitutionnalité. Selon Louis Favoreu, il n'est pas question d'inclure dans le bloc de constitutionnalité « les principes généraux du droit à valeur constitutionnelle » qui en auraient constitué une cinquième composante. Il n'en existerait à vrai dire qu'un seul cas véritable : celui du principe de continuité des services publics dans la décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979. Encore, volant au secours du juge, plusieurs auteurs ont-ils proposé de rattacher ce principe à l'article 5 de la Constitution. Il est intéressant de relever que ce lien serait alors d'origine doctrinale, le juge n'ayant pas cru bon de l'affirmer explicitement. Et, s'agissant de la notion de continuité, il faut remarquer que le juge l'a utilisée à plusieurs reprises sans lien avec l'article 5 : ainsi lorsque le Conseil a jugé qu'il « appartenait au Parlement et au Gouvernement, dans la sphère de leurs compétences respectives, de prendre toutes les mesures d'ordre financier nécessaires pour assurer la continuité de la vie nationale³¹ » en vue de résoudre les difficultés nées de la censure d'une loi de finances. L'article 5 n'explique donc pas tout. Il vaudrait mieux, pour cela, aller chercher du côté d'une théorie de l'État sous-jacente à ces usages de l'idée de continuité. Ce qui doit persister, ce dont la continuité doit être assurée, par-delà les services publics, la vie nationale, etc., c'est bien l'État lui-même.

Par ailleurs, il est permis de douter que cela soit le seul cas. Citons par exemple le considérant n° 26 de la décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, qui mentionne les « principes de valeur constitutionnelle relatifs au prix des entreprises transférées du secteur public au secteur privé » selon lesquels l'évaluation de ce prix doit être « opérée de façon objective et impartiale dans le respect des techniques appropriées³² ». D'autres cas sont moins nets, comme celui du principe de dignité de la

³¹ CC, n° 79-110 DC, 24 décembre 1979, Loi de finances pour 1980, *Rec.* p. 36.

³² Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, *Rec.* p. 17. Voir à ce sujet les observations de J. JEANNENEY, *Les lacunes constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2016, p. 363-364.

personne humaine, dont on verra plus loin qu'il constitue plutôt un exemple de lien diffus avec un texte.

2. Les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

Louis Favoreu n'avait pas hésité à interpréter la décision *Maastricht I* n° 92-308 DC du 9 avril 1992, comme une vérification de sa thèse selon laquelle le bloc de constitutionnalité ne contenait que quatre composantes (Déclaration de 1789, Préambule de 1946, Constitution de 1958, principes fondamentaux reconnus par les lois de la République). Or, il est bien connu que la décision *Maastricht I* avait vérifié la conformité du traité contrôlé avec « les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » en distinguant celles-ci de « la constitution » : « au cas où des engagements internationaux contiennent une clause contraire à la constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles, etc. » (cons. 14). L'explication donnée par l'auteur pour maintenir malgré tout sa définition rigoureuse du bloc de constitutionnalité était la suivante : la première formule renverrait à « des clauses directement contraires à des normes contenues dans l'un des quatre éléments du bloc de constitutionnalité et individualisable ». Au contraire, et de manière plus surprenante, les « conditions essentielles » seraient une « formule générale recouvrant des atteintes à des normes non individualisables ou identifiables par référence à une disposition précise de la constitution », sauf à tout rattacher à l'article 3 de la Déclaration de 1789 et à celui de la Constitution de 1958³³. En un mot : il y aurait des normes individualisables et d'autres secrètes ou invisibles. Mais même en l'admettant, ces normes clandestines – comparables au droit secret des systèmes juridiques archaïques – ne sont-elles pas néanmoins des normes de référence du contrôle de constitutionnalité ? Il est bien évident que c'est le cas, puisqu'elles ont pu, comme en 1992, justifier le prononcé de déclarations d'incompatibilité de la part du Conseil constitutionnel.

3. Les standards innommés employés par le Conseil constitutionnel

a) Les standards liés à l'intérêt général

Enfin, le juge constitutionnel français est aussi un abondant producteur de standards jurisprudentiels qui ne sont rattachés à rien, ne serait-ce que parce qu'ils ne sont jamais considérés comme jouant un rôle dans le raisonnement juridictionnel, alors que tel est manifestement le cas. Ils ne sont pas explicitement catégorisés par le juge et la doctrine ne s'y intéresse guère³⁴. On ne les range donc pas dans le bloc de constitutionnalité et on ne recherche pas de lien avec des textes le composant. Le propre de ces standards est de n'exister souvent qu'à l'état de bribe (de morceau de phrase) et de n'être rangés dans aucune des catégories habituellement utilisées pour recenser les normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Spécialement, ils ne sont pas (à notre connaissance) classés parmi les objectifs de valeur constitutionnelle, qui leur ressemblent à certains égards. Ainsi, dans la décision

³³ L. FAVOREU, « Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le développement du "droit constitutionnel international" » (1993), in *La Constitution et son juge*, op. cit., p. 672.

³⁴ Je me permets sur ce point de renvoyer à mon étude : D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 7, *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?*, mai 2012, p. 1-38 [<http://juspoliticum.com/article/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre-la-justice-constitutionnelle-478.html>].

n° 81-141 DC, qui vit naître les objectifs de valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel les avait rapprochés d'un autre impératif qu'il incombait au législateur de concilier avec l'exercice de la liberté de communication : les « contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle » (cons. 5). Ces « contraintes » ressemblent d'assez près à une réalité purement factuelle, mais ce n'est pas comme cela que le juge les a utilisées, puisqu'elles sont entrées en ligne de compte dans une opération de « conciliation » normative entre des libertés et différents impératifs. Elles revêtaient donc un caractère normatif, même si la nature de cette normativité est difficile à caractériser. Le juge avait pu parler à ce sujet, sans les distinguer d'avec les objectifs de valeur constitutionnelle cités juste après, « d'impératifs » auxquels la loi satisfaisait à ses yeux, même s'il n'avait pas jugé utile de dire pourquoi³⁵.

Ce cas où le juge se souciait de préoccupations touchant à la conduite des politiques publiques, et où il intégrait ces préoccupations dans un raisonnement normatif, n'est pas resté isolé. Citons par exemple le « but d'apaisement politique ou social » justifiant une amnistie en 1988³⁶, ou encore les « exigences de la conscription » qui servirent en 1993 à écarter la reconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de nationalité³⁷, ou, enfin, plus récemment, « la complexité juridique du régime de l'application des peines » qui fut mobilisée en vue d'interdire « que les citoyens assesseurs participent au jugement de toute question autre » que « l'appréciation, par les juridictions de l'application des peines, des conditions de fond qui déterminent l'aménagement des peines³⁸ ». Beaucoup d'entre eux sont liés à la définition de l'intérêt général et s'apparentent à des *policy arguments*³⁹. Ainsi, près de vingt ans avant l'avènement de la Charte de l'Environnement, le Conseil constitutionnel avait classé un certain nombre de préoccupations environnementales (« le caractère naturel des espaces, la qualité des paysages ou le maintien des équilibres biologiques ») sous la bannière assez accommodante des « fins d'intérêt général⁴⁰ ». On pourrait d'ailleurs dire que tous les *policy arguments* ou presque qu'on identifie dans la jurisprudence constitutionnelle française pourraient être ramenés à un seul : l'intérêt général (ou, selon l'expression employée dans la décision n° 86-218 DC, un « impératif d'intérêt général »).

b) Les standards institutionnels

De ces standards, on pourrait rapprocher d'autres énoncés normatifs du juge, tenant lieu de référence pour son contrôle de constitutionnalité, et qu'il a progressivement égrenés dans ses arrêts sans souci apparent de les relier à des textes du

³⁵ Voir le cons. 6 : « considérant que les dispositions de la loi [...] répondent aux impératifs ci-dessus ».

³⁶ Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, Loi portant amnistie.

³⁷ Décision n° 93-321 DC, Loi réformant le code de la nationalité.

³⁸ Décision n° 2011-635 DC du 4 août 2011, Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.

³⁹ Sur cette notion, je me permets de renvoyer à D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 7 [<http://juspoliticum.com/article/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre-la-justice-constitutionnelle-478.html>], p. 22 sq.

⁴⁰ Décision n° 85-189 DC du 17 juillet 1985, Loi relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement.

bloc de constitutionnalité. Ces standards apportent des éclairages sur les institutions et sur ce que la décision 62-20 DC du 6 novembre 1962 appelle leur « esprit ». Pour écarter sa compétence s'agissant d'un éventuel contrôle des lois référendaires sur la base de l'article 61 de la Constitution, le juge constitutionnel avait pu dire que :

Il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale. (cons. 3)

De manière relativement rare, le Conseil constitutionnel avait alors, dans le considérant suivant (n° 4), pris soin de dire que cette « interprétation » se trouvait « expressément confirmée » par l'article 17 de la loi organique du 7 novembre 1958. C'était là reconnaître de manière éclatante que les standards énoncés dans le considérant précédent (n° 3) n'étaient pas exprès et ne se rattachaient à aucune disposition écrite, ce que renforce le fait de les qualifier d'« interprétations ». La catégorie des standards institutionnels non écrits s'est trouvée augmentée en 2001 dans la décision par laquelle le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution la loi organique modifiant la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale de manière à permettre que les élections législatives se déroulent après l'élection du Président de la République et non avant. Le juge avait alors justifié cette inversion du calendrier des deux scrutins, entre autres choses, par « la place de l'élection du Président de la République au suffrage universel direct dans le fonctionnement des institutions de la cinquième République⁴¹ ».

Des énoncés tout à fait comparables se retrouvent en dehors du contrôle de constitutionnalité proprement dit, et particulièrement dans le cadre de la compétence du Conseil en matière de votations référendaires. Le type s'en trouve dans les exigences formulées par la décision « Hauchemaille » de 2000 :

En vertu de la mission générale de contrôle de la régularité des opérations référendaires qui lui est conférée par l'article 60 de la Constitution, il appartient au Conseil constitutionnel de statuer sur les requêtes mettant en cause la régularité d'opérations à venir dans les cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de *compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires, vicierait le déroulement général du vote ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics*⁴².

Dans tous ces cas, il s'agit pour le juge – de manière au total très compréhensible et probablement nécessaire – de procéder à une interprétation systémique de la Constitution. Beaucoup de juges constitutionnels étrangers – par exemple le juge allemand – se livrent à des interprétations comparables. On peut apprécier diversement les interprétations portées par le Conseil constitutionnel sur la nature du régime né en 1958, mais le fait qu'il se livre à de telles appréciations n'est pas en lui-même critiquable. C'est même très probablement indispensable et cela relève d'une fonction interprétative tout à fait ordinaire de la part d'un « gardien de la constitution ». Mais quand il est question de faire le tableau complet des normes

⁴¹ Décision n° 2001-444 DC du 9 mai 2001.

⁴² Décision n° 2000-21 REF du 25 juillet 2000, nous soulignons.

de référence du contrôle de constitutionnalité, ces énoncés sont prudemment laissés à l'écart. Ces personnages restent toujours hors du cadre. Ils ne sont jamais sur la photo.

C. Une exclusion de plus en plus fragile : les règles d'origine internationale

1. Les limites de la jurisprudence « IVG »

La notion de bloc de constitutionnalité date d'une période où prévalait dans toute sa rigueur la formule de principe de la décision n° 74-54 DC « Interruption Volontaire de Grossesse », selon laquelle « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international » (cons. 7). Mais à partir des années 1990, le contrôle de constitutionnalité des lois a pris en considération de manière croissante des sources internationales.

Dès lors, l'exclusion pure et simple des traités internationaux du « bloc de constitutionnalité » – proposée par Georges Vedel et également préconisée par Louis Favoreu – ne se justifie certainement plus. Il a en effet été démontré que le Conseil constitutionnel n'hésitait pas à inclure, en tant que de besoin, des dispositions issues de traités internationaux au nombre des normes de référence de son contrôle. L'incorporation des traités internationaux au nombre des sources du contrôle de constitutionnalité ne résulte semble-t-il pas de l'article 55 de la Constitution ni de la formule du Préambule de 1946 (al. 14), selon laquelle « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». Ces deux dispositions ne sont pas à l'origine d'une sorte de « clause générale d'incorporation » des sources conventionnelles dans le « bloc » des sources constitutionnelles. C'est ce qui ressort de la jurisprudence « IVG » de 1975 : « une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution ». Dans la logique de cette jurisprudence, contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité sont mutuellement exclusifs. De ce point de vue, la jurisprudence de 1975 n'est pas périmée et ses effets continuent à se faire sentir.

En revanche, le juge constitutionnel a fini par admettre en pratique – sans le reconnaître explicitement – que « les traités [...] expressément visés par la Constitution conditionnent la constitutionnalité des lois entrant dans leur champ d'application ou les mettant en œuvre ». Lesdits traités deviennent alors, par l'effet de ce renvoi, des sources du contrôle de constitutionnalité. Un exemple de cette inclusion d'un traité dans les sources du contrôle de constitutionnalité se trouve dans la décision n° 98-400 DC du 20 mai 1998 (Loi organique relative à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales). Les visas de la décision faisaient référence à « la Constitution, dans sa rédaction résultant, notamment, de la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 » qui, entre autres choses, a créé dans la Constitution un titre XIV : « Des Communautés européennes et de l'Union Européenne » contenant les articles 88-1 à 88-4. C'est l'article 88-3 qui était pertinent en l'espèce, en tant qu'il prévoyait que « sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France » et renvoyait à une loi organique pour déterminer ses conditions d'application. Cette disposition constitutionnelle faisait donc de la conformité au Traité sur l'Union Européenne (TUE) une condition de la constitutionnalité de la loi organique (« selon les modalités prévues par le TUE »).

C'est pourquoi le traité était cité, en seconde place, dans les visas de la décision. Le Conseil constitutionnel était donc fondé à vérifier le respect par le législateur organique des dispositions de ce traité. Or, il se trouve que l'article 8 B du traité de Rome, ajouté à ce dernier par le TUE en 1992, renvoyait pour sa part à une directive fixant les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales pour les citoyens de l'Union. C'est la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel a pu considérer que le renvoi de l'article 88-3 s'étendait non seulement aux traités de Rome et de Maastricht, mais encore à cette directive, qui est donc à son tour citée (en 3^e lieu) dans les visas de la décision.

Il est à noter que, dans sa décision 98-400 DC, le Conseil constitutionnel a pris soin de relever que l'article 88-3 avait « *expressément* subordonné la constitutionnalité de la loi organique [...] aux normes communautaires ». Ainsi, l'inclusion du TUE et de la directive prise pour son application dans les sources du contrôle de constitutionnalité de la loi organique se présente comme une exception, résultant de la volonté expresse du constituant, au principe posé par la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975.

2. Renvoi à un traité et constitutionnalisation

On a pu considérer que de telles clauses constitutionnelles de renvoi à des instruments internationaux, comme celle contenue dans l'article 88-3 de la Constitution mais aussi celle contenue dans l'article 53-2 de la Constitution, n'avait pas pour effet de constitutionnaliser lesdits traités, puisque ces derniers n'acquièrent pas de ce seul fait valeur constitutionnelle : « le pouvoir constituant se contente d'en imposer le respect par une disposition constitutionnelle qui y renvoie⁴³ ». Cette position est compréhensible, puisque, à chaque fois, la disposition constitutionnelle a été insérée dans la Constitution en vue de faire cesser une incompatibilité entre celle-ci et un traité, et afin de rendre possible la ratification dudit traité. Mais, d'un autre côté, une telle analyse nous semble sous-estimer la portée normative des clauses constitutionnelles concernées, dites de révision-adjonction. Ainsi, que fait l'article 88-3, sinon de décider que « le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France » et que « ces citoyens ne peuvent exercer les fonctions de maire ou d'adjoint ni participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs » ? Le fait que ces normes soient désormais constitutionnalisées se fait certes « sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne ». Mais il n'en reste pas moins que la Constitution contient désormais des normes nouvelles, et non un simple renvoi à un traité international. On le voit d'ailleurs au fait que le pouvoir constituant a habilité au passage le législateur organique en vue de déterminer les conditions d'application du nouvel article. On peut dire la même chose au sujet de l'article 53-2 de la Constitution : « La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998 ».

Il faut probablement opérer ici une distinction. En effet, les traités, instruments de droit international, ne sont pas en eux-mêmes constitutionnalisés. Mais il semble impossible de nier que des contenus normatifs issus de ces traités ou pouvant en être déduits (il est créé une cour pénale internationale et son existence doit être

⁴³ J. BONNET et A. ROBLOT-TROIZIER, « Repenser le bloc de constitutionnalité sous l'effet des rapports entre ordres juridiques : pour une redéfinition des sources de la constitutionnalité », in B. BONNET (dir.), *Les rapports entre ordres juridiques*, op. cit., p. 356.

prise en compte en droit interne français; le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux citoyens de l'Union résidant en France) sont en quelque sorte prélevés par le législateur constituant et insérés dans la constitution nationale. Il y a transfert de contenu normatif et donc constitutionnalisation de normes issues de sources internationales. Certes les traités visés « n'intègrent pas [...] le bloc de constitutionnalité⁴⁴ ». Mais, d'un autre côté, celui-ci voit sa composition changer du fait de l'adjonction de nouvelles règles (au sens proposé pour ce terme au début de cet article) dont le contenu provient du traité et se trouve incorporé dans la Constitution.

3. Les règles du droit public international

Les « règles du droit public international » visées dans l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946 constituent un cas assez différent du précédent. Elles sont mentionnées dans une disposition du bloc de constitutionnalité : ledit alinéa du Préambule, qui a valeur constitutionnelle et qui se trouve dans une source constitutionnelle écrite. Mais il ne s'agit pas ici d'un renvoi exprès à un ou plusieurs instruments de droit international, comme dans le cas des traités explicitement cités par une disposition constitutionnelle. En réalité, le cas est assez proche de celui des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République⁴⁵. Le Préambule annonce l'existence d'une catégorie normative sans en énoncer le contenu. Longtemps, le juge constitutionnel n'a pas fait usage de cette catégorie : soit il a écarté un moyen tiré de leur violation par une formule ambiguë et procédant par voie de prétérition (« que les dispositions de la loi déferée au Conseil constitutionnel qui concernent [l'île de Mayotte] ne mettent en cause aucune règle du droit public international⁴⁶ ») ; soit encore le contrôle n'avait pas lieu d'être s'agissant d'une mesure législative n'ayant pas l'effet visé par les requérants (82-139 DC, nationalisations) ou d'une disposition « sans contenu normatif » (8 août 1985, 85-196 DC, évolution de la Nouvelle Calédonie, n° 1). Puis, dans un second temps, à partir de 1992, le Conseil constitutionnel a fait usage de la catégorie normative annoncée mais non énoncée par le Préambule de 1946 d'une manière plus large. Dans sa décision 92-308 DC (*Maastricht I*), il a placé « au nombre » – une formule, relevons-le au passage, identique à celle employée concernant les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans la décision n° 71-44 DC (liberté d'association) – des règles du droit public international visées par l'al. 14, « la règle "*Pacta sunt servanda*" qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ». Dans sa décision n° 98-408 DC, il a ensuite rapproché l'al. 14 du Préambule de 1946 et l'al. 15 du même texte, ainsi que les articles 53 et 55 de la Constitution de 1958 et l'article 26 de la Constitution de 1946 pour considérer qu'il résultait de ces « textes de valeur constitutionnelle » que la France pouvait

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Bruno Genevois a pu pour sa part établir un parallèle avec les principes généraux du droit interne. Cette comparaison se conçoit bien, mais il reste une différence, qui consiste dans la référence à cette catégorie des « règles du droit international public » dans le texte constitutionnel écrit, ce qui n'est pas le cas s'agissant des « principes généraux du droit », pure création prétorienne. Voir B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international. À propos de la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 », *RFDA*, 1999, p. 285.

⁴⁶ Décision n° 75-59 DC du 30 décembre 1975, cons. 6.

« conclure des engagements internationaux en vue de favoriser la paix et la sécurité du monde et d'assurer le respect des principes généraux de droit international public ». En particulier, le juge en a déduit que la France pouvait participer à un engagement prévoyant la création d'une « juridiction internationale permanente destinée à protéger les droits fondamentaux ». Par ailleurs, de manière implicite, la même décision semble établir un lien entre ces « règles du droit public international » ou encore les « principes généraux » du même droit public international et la « règle "*Pacta sunt servanda*", en application de laquelle tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ». Un lecteur avisé de la jurisprudence constitutionnelle⁴⁷ a pu regretter que cette « promotion » des « principes généraux du droit public international » ait manqué dans cette jurisprudence d'un « ancrage constitutionnel [...] plus clairement explicité ».

On s'est contenté ici de recenser un certain nombre de cas dans lesquels l'idée de bloc de constitutionnalité ne semble pas adéquatement couvrir toute l'étendue des normes créées par le juge constitutionnel. Tous les efforts sont pourtant faits pour rattacher, de manière plus ou moins plausible, ces normes aux sources répertoriées dans le « bloc ». Mais il arrive aussi, ce qui semble être le cas des arguments d'intérêt général, que certains éléments soient purement et simplement ignorés en tant que composantes normatives de l'argumentation du juge.

Après avoir tenté de compléter – au moins partiellement⁴⁸ – ce tableau des normes de référence du contrôle de constitutionnalité pour montrer qu'il contient « plus de choses » (pour s'inspirer de la fameuse phrase de Hamlet)⁴⁹ que ce que donne à voir la liste restreinte des composantes du bloc de constitutionnalité, il faut maintenant, et pour finir, se tourner vers ce dernier. Il importe en effet de comprendre ce qui se passe « à l'intérieur » du bloc de constitutionnalité, à savoir le rapport qui s'établit entre les règles contenues dans le bloc (les sources) et les énoncés normatifs produits par le juge. Le fond du problème en ce qui concerne le bloc de constitutionnalité est l'identification entre les normes dégagées par le juge constitutionnel et la Constitution elle-même. Tout le problème est là : la notion même de bloc de constitutionnalité vise à opérer une telle identification, laquelle n'est pas entièrement vraisemblable, pour des raisons que l'on va tenter maintenant d'esquisser.

IV. LE « BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ » ET L'AMALGAME ENTRE SOURCES ET NORMES

Il est de l'essence même de la doctrine du bloc de constitutionnalité que de le présenter comme un ensemble de règles clairement délimitées et présidant à un contrôle aux fondements rigoureux. L'extension des normes de référence du contrôle de constitutionnalité n'ouvrirait pas une boîte de Pandore, mais constituerait une garantie d'un meilleur respect de l'état de droit, c'est-à-dire de la soumission au droit des organes supérieurs de l'État et spécialement du législateur. Pour que

⁴⁷ B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international. À propos de la décision no 98-408 DC du 22 janvier 1999 », art. cité, p. 285.

⁴⁸ Je renvoie ainsi à des études ultérieures l'analyse plus complète des « objectifs de valeur constitutionnelle » et des « exigences de valeur constitutionnelle ».

⁴⁹ « Il y a plus de choses sur la terre et dans le ciel, Horatio, qu'il n'en est rêvé dans votre philosophie » (W. SHAKESPEARE, *Hamlet*, Acte 1, scène 5).

la théorie du bloc de constitutionnalité joue adéquatement son rôle explicatif – c'est-à-dire décrit correctement ce que fait le Conseil constitutionnel – deux conditions devraient en effet être satisfaites. D'abord, il faudrait que le périmètre des normes de référence du contrôle de constitutionnalité soit clairement délimité et clos. On vient de voir que c'était loin d'être le cas. Ensuite, il faudrait que les sources recensées dans le bloc déterminent effectivement et de manière constante les solutions adoptées par le juge. Or, ce n'est pas plus le cas, ce dont on va désormais exposer les raisons.

A. Un juge qui « ne s'estime pas maître des sources » ?

Il est difficile de ne pas relever la nature tautologique de la formule si fréquemment citée de Georges Vedel selon laquelle le Conseil constitutionnel « ne s'estime pas maître des sources du droit constitutionnel ». En effet, outre le fait qu'on imagine mal un juge constitutionnel se réclamant de la position contraire, le propre d'une source est bien sûr d'être objective et d'être précisément ce dont l'interprète ne saurait se rendre maître. En un mot, le propos précité revient à dire : « une source est une source » et « un juge est un juge ». Il n'apprend rien de précis, hormis éventuellement, comme avait pu le relever Véronique Champeil-Desplats⁵⁰, un certain virage stratégique de la part d'une juridiction désireuse de conforter sa légitimité après le début des années 1980 au terme d'une phase expansionniste caractérisée, précisément, par l'élargissement des normes de référence de son contrôle.

L'idée d'une source dont le juge ne peut se rendre maître ne signifie pas nécessairement que l'interprète se rend transparent par rapport à l'énoncé qui tient lieu de source à son raisonnement. Elle signifie que la source est une référence stable, qu'elle « dit toujours la même chose » – comme l'affirme Platon au sujet de la loi – et que c'est toujours la même source qui est sollicitée lorsque la chose en question doit être dite. Elle signifie également – en lien avec la maxime vedélienne selon laquelle le bloc de constitutionnalité n'est « rien que la constitution » mais « toute la constitution » – qu'il existe une référence dans une source pour tout ce qui est dit par le juge et que cette référence est stable. En d'autres termes, le rapport entre la source et la norme issue de l'œuvre d'interprétation du juge doit être toujours le même. On pourrait parler à propos de cette situation idéale d'un lien *déterminé* entre la source et la norme, ou disons d'un lien de forte détermination de la norme juridictionnelle par la source et les énoncés qu'elle contient.

Il existe pourtant des raisons de penser que cette forte détermination n'existe pas, ou du moins que les exemples de la situation contraire – un lien de détermination « faible » ou de relative *indétermination* – ne sont pas rares. De ce point de vue, on ne prétendra d'ailleurs pas fournir autre chose, dans les lignes qui suivent, que des pistes en vue d'une présentation satisfaisante.

B. La force des liens faibles : l'indétermination de la relation entre normes jurisprudentielles et textes de référence

Nombreux sont en effet les cas où le problème provient, non pas de l'absence totale de texte, mais du caractère vague – fortement indéterminé – du lien effectué

⁵⁰ Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Aix-en-Provence et Paris, Economica, 2001, p. 251 sqq.

par le Conseil entre ce(s) texte(s) et le principe énoncé. Cette liaison à forte indétermination semble en effet assez courante et c'est elle qui mérite l'attention si l'on veut comprendre ce qui se passe sous le label accommodant du « bloc de constitutionnalité » ou sous couvert de la « doctrine Vedel » de la référence systématique à un texte. On se contentera ici d'identifier trois phénomènes jurisprudentiels qui illustrent cet état de chose : les assemblages de sources ; les influences à distance ; et les liens « évanescents ».

1) *Les assemblages de sources*. Le juge constitutionnel français n'hésite pas, dans un certain nombre de cas, à composer un assemblage de références tirées du bloc de constitutionnalité pour justifier l'existence d'une norme issue de son activité de création prétorienne.

Certaines combinaisons de textes – comme celle des articles 2 et 17 de la DDHC en ce qui concerne le droit de propriété – sont assez homogènes d'un point de vue thématique. Toutefois, que dire par exemple de « l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », qui impose au législateur, selon le Conseil constitutionnel, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules dépourvues d'équivoques et « découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789⁵¹ » ? Mais d'autres sont à l'évidence beaucoup plus « constructives » et dans de tels cas on voit comment les cocktails de sources servent pour le juge à « mettre à jour » la Constitution dans le sens d'une interprétation « vivante » de celle-ci (*living constitution*). Ainsi en est-il du « droit pour toute personne de posséder un logement décent » qui a été relié par le juge – de manière aussi claire et convaincante que possible – aux alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946 par la décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995⁵². De manière plus générale, la pratique est structurelle dans le cas des objectifs de valeur constitutionnelle qui sont « construits » à partir d'un cocktail de textes si nombreux que la variété des principes fondés sur leur base est à peu près illimitée. On peut toujours, si on le souhaite, approuver la chose et conclure que « le juge constitutionnel utilise la part de création que comporte son pouvoir d'appréciation pour *épaissir les exigences normatives* [sic]. Mais cette création est étroitement liée à la norme écrite⁵³ ». Encore faut-il avoir une conception assez souple de l'idée de « lien étroit » pour parvenir à une telle conclusion... Le problème ne se pose évidemment pas lorsque le Conseil constitutionnel a choisi de qualifier d'objectif de valeur constitutionnelle des énoncés se trouvant directement dans le texte de la loi constitutionnelle de 1958 (tel l'équilibre financier de la sécurité sociale).

Bien d'autres cas pourraient encore être recensés en dehors de la catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle. Ainsi, la décision n° 98-408 DC – déjà analysée dans cet article – montre comment le Conseil constitutionnel tend, assez fréquemment⁵⁴, à construire des faisceaux de normes de référence pour en tirer des

⁵¹ Voir par ex. la décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 (loi de protection sociale) ou la décision n° 2017-747 DC du 16 mars 2017, Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse, § 5.

⁵² Loi relative à la diversité de l'habitat. Voir les cons. 5, 6 et 7.

⁵³ J. TRÉMEAU, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 1999, p. 766, cité par P. JAN, « Bloc de constitutionnalité », *Juris-Classeur administratif*, fasc. n° 1418, septembre 2010, § 113 (nous soulignons).

⁵⁴ Y compris dans la même décision (cons. 22) pour déduire le « principe de légalité des délits et des peines des articles 7 et 8 » de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. B. Genevois

déductions relativement floues : ici, ce sont plusieurs textes constitutionnels écrits qui furent mobilisés pour parvenir à une solution *ad hoc*. Pourquoi en effet ajouter la catégorie des « principes généraux du droit public international » à celle des « règles » du même droit public international ? Cet assemblage visait à justifier, sans lien de connexité logique très fort, la création de la cour pénale internationale à partir de dispositions générales relatives, pour l'essentiel, aux sources et à l'autorité du droit international. Par ailleurs, comme le même auteur a pu le relever, pourquoi en appeler à un tel faisceau de références pour reconnaître une règle (*pacta sunt servanda*) appuyée dans la décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992 sur le seul alinéa 14 du Préambule de 1946 ?

Mais le « record » des participations appartient sans nul doute à l'article 16 de la Déclaration de 1789. Ce texte se trouve souvent incorporé dans ces assemblages jurisprudentiels qui ont pour effet de dissoudre pratiquement tout lien de connexité logique entre la solution retenue et le texte issu du bloc de constitutionnalité qui lui sert de « base ». Ainsi l'article 16 a-t-il pu être utilisé par exemple en liaison avec d'autres articles de la DDHC, tel l'article 4 de la DDHC pour établir le principe selon lequel « le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 ». Mais il a aussi été assemblé avec les articles (2 et 17) relatifs au droit de propriété, avec l'article 7, l'article 9, l'article 11, etc. Il constitue aussi une base pour plusieurs objectifs de valeur constitutionnelle : ainsi en est-il de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi (du moins dans la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2016, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information), ou de l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice (décision n° 2013-235 QPC). Et l'article 16 est aussi « marié » à des dispositions du texte de 1958, par exemple les articles 5 et 20, en vue de faire échec à une disposition d'une loi de finance modifiant le traitement du président de la République et du Premier ministre (décision n° 2016-635 DC, cons. 80). Le même article 16 DDHC est encore associé avec l'article 13 C en vue de censurer un dispositif permettant aux assemblées d'opposer leur veto à la nomination de présidents de chaînes par le CSA (décision n° 2009-577 DC, Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, cons. 13).

2) *Les influences à distance*. Dans cette dernière décision (n° 2009-577 DC), on pourrait aller jusqu'à penser que la séparation des pouvoirs est devenue un principe non écrit, puisque, dans le considérant déjà évoqué (n° 13), elle est mentionnée sans référence à l'article 16 DDHC. Mais il est vrai que celui-ci fait son apparition un peu plus loin, dans le cons. 30 :

30. Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ; que la Constitution attribue au Gouvernement, d'une part, et au Parlement, d'autre part, des compétences qui leur sont propres...

Cela conduit à repérer l'existence d'un autre phénomène : celui des influences de sources écrites « à distance ». En effet, le juge est loin de toujours placer à proximité l'une de l'autre la source relevant du bloc de constitutionnalité et l'énoncé de

(B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international. À propos de la décision no 98-408 DC du 22 janvier 1999 », art. cité, p. 285) relève que « la jurisprudence antérieure se référait au seul article 8 de la Déclaration, ce qui était suffisant ».

la norme de référence qui en procède, ou du moins semble en procéder. On a pu ainsi relever que le principe de valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toutes sortes d’asservissements et de dégradation ne semblait, dans la décision « bioéthique » de 1994, rattaché directement à aucun alinéa précis du Préambule de 1946 (décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994, rec. p. 100). Mais, à la lecture de l’ensemble du considérant concerné, on voit que le juge associe clairement ledit principe avec la formule par laquelle le Préambule de 1946 énonce que,

Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d’asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés.

En réalité, le phénomène est assez courant et il pourrait expliquer le cas d’un certain nombre de principes constitutionnels semblant ne se rattacher à aucun texte. En effet, le texte n’est pas toujours aussi absent qu’il y paraît. Ainsi, dans le cas de l’objectif de valeur constitutionnelle de « caractère pluraliste des courants d’expression socioculturelle », une partie de la doctrine a pu considérer que le fondement écrit en était l’article 11 de la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789. Ce fondement n’est pas explicite dans la décision n° 82-141 DC. Mais, dans la même décision, cette composante du bloc de constitutionnalité est présente à quelques phrases de distance et peut être assez logiquement reliée à l’objectif : tout le monde comprend ou peut comprendre que la liberté de communication des pensées et des opinions est mieux garantie si une diversité de médias peut exister et s’exprimer. Textuellement, l’article 11 est présent à distance, mais cette présence éclaire le sens de l’objectif constitutionnel reconnu un peu plus loin. Le problème se complique du fait que, dans des décisions ultérieures, le même objectif de valeur constitutionnelle a été rattaché non pas à un, mais à plusieurs textes du bloc de constitutionnalité autres que l’article 11 Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789.

3) *Les liens évanescents.* Enfin, le juge constitutionnel français est loin de maintenir toujours un lien constant entre une certaine source et une certaine norme de contrôle. Dans la décision considérée comme ayant inauguré la catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle (n° 81-141 DC communication audiovisuelle), le juge ne citait *aucune* source du bloc de constitutionnalité pour faire exister les objectifs de « sauvegarde de l’ordre public », de « respect de la liberté d’autrui » et de « préservation du caractère pluraliste des courants d’expression socioculturels ». Par la suite, il semble que le silence ait perduré concernant la sauvegarde de l’ordre public. Mais l’objectif de valeur constitutionnelle de pluralisme, etc., a, comme on l’a vu, été rattaché à un cocktail de références du bloc de constitutionnalité.

On peut aussi prendre l’exemple du principe « selon lequel l’autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet ». Le Conseil constitutionnel l’a d’abord rattaché plus ou moins directement à l’article 66 de la Constitution en 1993. Puis, en 2004⁵⁵, il l’a énoncé sans rattachement clair à aucun article d’un texte du bloc de constitutionnalité, même s’il semblait alors être envisagé dans l’or-

⁵⁵ Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. 98.

bite du principe de séparation des pouvoirs (lequel trouve son fondement dans l'article 16 de la Déclaration de 1789). Le juge l'a rangé alors parmi les « principes ou règles de valeur constitutionnelle », sans autre précision. Enfin, on le trouve encore, par exemple, dans la QPC « garde à vue » de 2010⁵⁶, énoncé sans aucune référence textuelle, même si le juge conclut son raisonnement en écartant toute violation de l'article 66 de la Constitution. On n'est dès lors plus très loin d'une influence « à distance ».

Au bout du compte, les phénomènes d'assemblages, d'influence à distance, ou d'évanescence ne sont pas rares. Le plus frappant est que les mêmes normes de référence du contrôle de constitutionnalité peuvent relever cumulativement de plusieurs pratiques de ce type, souvent parce que le juge évolue dans la façon dont il les rattache à des dispositions de droit écrit.

CONCLUSION

La plupart des procédés analysés dans cet article pourraient être considérés comme relevant d'une indispensable et incompressible marge de discrétionnalité qui fait partie intégrante de l'activité juridictionnelle et doit être reconnue à tout juge constitutionnel. La difficulté réside toutefois dans le fait que ces techniques juridictionnelles – assez classiques – ne sont pas conformes à ce que le juge et la doctrine justificative qui commente son activité ont à dire sur les normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Rien de tout cela ne paraît en parfaite adéquation avec l'idée d'un « bloc de constitutionnalité » ni avec le formalisme et le textualisme très marqués qui sont des traits distinctifs de la doctrine publiciste française. Le bloc de constitutionnalité ne délimite donc nullement le périmètre des normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Il n'explique pas plus l'usage que fait le juge de ces normes de références qui sont, pour leur part, contenues dans le « bloc ». Il n'y a pas de « bloc », puisqu'il se passe des choses à l'extérieur de la frontière imaginaire qu'il est censé délimiter et que ce qui se passe à l'intérieur est obscur, ne recouvrant aucun lien déterminé entre la source et la façon dont elle est interprétée. Ce qui est désigné par « bloc de constitutionnalité » n'est pas une donnée objective du droit positif. C'est *l'idéologie du contentieux constitutionnel français*. Il n'est pas question pour nous de dire qu'il reste possible de penser la constitution en dehors des interprétations qu'en donne le juge. Le courant de l'histoire du droit constitutionnel a pris à l'évidence un sens contraire. Mais encore faut-il disposer d'une théorie réaliste – au sens le plus ordinaire du terme⁵⁷ – de la manière dont le juge constitutionnel utilise la constitution. En France, nous n'en sommes pas encore là.

Denis Baranger

Professeur de droit public à l'Université Paris II Panthéon-Assas.

⁵⁶ Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*, cons. 26.

⁵⁷ C'est-à-dire d'une théorie qui ne substitue pas à la réalité une image plus à sa convenance.

Le Conseil constitutionnel et les sources du droit constitutionnel

Traiter du Conseil constitutionnel et des sources du droit constitutionnel à l'occasion d'une journée d'études consacrée à l'analyse critique des transformations des différentes branches du droit par la jurisprudence du Conseil constitutionnel peut paraître iconoclaste, et ce pour deux raisons : d'abord, parce que la transformation du droit constitutionnel par la jurisprudence constitutionnelle relève d'une telle évidence qu'il est possible de s'interroger sur la pertinence même d'une telle étude ; ensuite, parce que la jurisprudence constitutionnelle est tout à la fois une composante de la branche du droit qu'est le droit constitutionnel et le vecteur essentiel de la constitutionnalisation des différentes branches du droit.

La transformation envisagée ici porte sur les sources du droit constitutionnel : elle a trait à la manière dont le Conseil constitutionnel participe, par sa jurisprudence, à la diversification des sources du droit constitutionnel, au point qu'il puisse apparaître nécessaire de mettre de l'ordre dans le désordre ou d'imaginer des théories structurantes¹.

Du point de vue de la justice constitutionnelle, les sources du droit constitutionnel sont communément présentées à travers l'expression de « bloc de constitutionnalité ». Pourtant, le Conseil constitutionnel n'emploie jamais cette expression, sauf lorsqu'il reprend l'argumentation des auteurs de la saisine dans le cadre du contrôle *a priori* de la constitutionnalité de la loi². Il lui préfère une expression plus technique, mais aussi plus précise, de « normes de référence du contrôle de constitutionnalité » ou, selon les cas, celle de « principes et règles de valeur constitutionnelle ».

Utilisée par la plupart des juristes français, l'expression de « bloc de constitutionnalité » est une pure construction doctrinale et dogmatique, élaborée à partir de l'étude de la jurisprudence. L'expression apparaît pour la première fois sous la plume de Claude Emeri et Jean-Louis Seurin commentant à la *Revue du droit public*

¹ M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique, Entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Presse universitaire Saint-Louis, 2002 ; M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006 ; D. DE BÉCHILLON, « Cinq Cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 33.

² CC n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, cons. 22.

la décision n° 69-37 DC du 20 novembre 1969 du Conseil constitutionnel³. Les auteurs entendaient mettre en évidence le fait que, dans cette décision, la constitutionnalité des règlements des assemblées parlementaires s'apprécie « tant au regard de la Constitution elle-même que des lois organiques prévues par celle-ci ainsi que des normes législatives nécessaires à la mise en place des institutions, prises en vertu de premier alinéa de l'article 92 de la Constitution⁴ ». À l'origine, l'expression « bloc de constitutionnalité » avait donc vocation à souligner la diversité des normes de référence du contrôle de constitutionnalité composées de normes de valeurs juridiques diverses ayant pour point commun de conditionner la constitutionnalité des normes contrôlées.

Le sens de l'expression se transforme lorsqu'elle est reprise par Louis Favoreu, particulièrement dans son article sur le « principe de constitutionnalité⁵ », pour rendre compte des conséquences découlant de la décision du 16 juillet 1971 relative à la liberté d'association⁶. Comme le reconnaît Louis Favoreu lui-même⁷, l'expression « bloc de constitutionnalité » est née, par mimétisme, de celle de « bloc de légalité », que l'on trouve chez Maurice Hauriou sous la dénomination de « bloc légal⁸ » et qui désigne, au-delà des lois proprement dites, les règles qui s'imposent aux autorités administratives. Le « bloc légal » ou « bloc de légalité » exprime l'entrée des « règles réglementaires [...] dans la légalité entendue au sens large, c'est-à-dire au sens d'un bloc de règles dont les dispositions doivent être observées pour la validité des actes particuliers⁹ ».

Alors que l'expression « bloc de constitutionnalité » permettait d'exprimer la diversité des règles s'imposant au législateur dans le contrôle de constitutionnalité, la diffusion et la banalisation de l'expression se sont accompagnées d'une évolution sémantique. Le « bloc de constitutionnalité » est aujourd'hui largement assimilé aux « normes constitutionnelles », à telle enseigne que Louis Favoreu lui-même, estimant que la notion de bloc de constitutionnalité a « rempli son office », propose son abandon au profit de celle de « Constitution¹⁰ ». Le « bloc de constitutionnalité » est en effet défini comme étant l'« ensemble des principes et règles de valeur constitutionnelle dont le respect s'impose au pouvoir législatif comme au pouvoir

³ Cl. EMERI et J.-L. SEURIN, « Vie et droit parlementaire », *RDP*, n° 86, 1970, en part. p. 678. Voir sur ce point, B. GENEVOIS, « Normes de référence du contrôle de constitutionnalité et respect de la hiérarchie en leur sein », in *Mélanges G. Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 323.

⁴ CC n° 69-37 DC du 21 novembre 1969, Résolution modifiant et complétant le règlement de l'Assemblée nationale.

⁵ L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges C. Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 35.

⁶ CC n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.

⁷ L. FAVOREU, « Le bloc de constitutionnalité », in *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 565, en part. p. 566.

⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, 2002 [1933], p. 577.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ L. FAVOREU, « Bloc de constitutionnalité », in O. DUHAMEL et Y. MÉNY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 87, en part. p. 88 ; et L. FAVOREU *e. a.*, *Droit constitutionnel*, 18^e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 135.

exécutif¹¹ ». Il s'agit donc des « dispositions de valeur constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel doit assurer le respect¹² ».

Assimilée aux normes constitutionnelles, l'expression « bloc de constitutionnalité » efface la distinction, au sein des normes de référence du contrôle de constitutionnalité, entre celles qui ont valeur constitutionnelle et celles qui, sans avoir cette valeur, conditionnent la constitutionnalité d'une norme contrôlée. Cette distinction est pourtant indispensable pour comprendre les évolutions des sources du droit constitutionnel.

Parmi les normes de référence du contrôle de constitutionnalité figurent en effet des normes issues d'autres branches du droit et c'est là l'une des facettes la « constitutionnalisation des branches du droit ». On y trouve des règles ou des principes issus du droit international, du droit européen et des différentes branches du droit interne, qui, à des degrés divers, trouvent une place parmi les normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Cette imprégnation des branches du droit oblige à abandonner l'expression de « bloc de constitutionnalité » en tant qu'il est assimilé aux normes de valeur constitutionnelle, voire à repenser la théorie des sources du droit constitutionnel.

L'expression « bloc de constitutionnalité » présente un autre défaut que l'on se contentera d'évoquer ici : cantonner les normes constitutionnelles au « bloc de constitutionnalité » revient à ne voir le droit constitutionnel qu'à travers le prisme de la justice constitutionnelle. Considérer que la source du droit constitutionnel se résume au « bloc de constitutionnalité », c'est oublier tout un pan du droit constitutionnel qui n'est pas justiciable devant le Conseil constitutionnel, correspondant à toutes les règles et principes non sanctionnés par le juge et résultant soit d'un article de la Constitution, soit d'une « convention de la Constitution¹³ ».

Le terme de « bloc » exprime l'idée d'un tout, d'un ensemble homogène et stable : « l'idée de "bloc" évoque celle de solidité et d'unité¹⁴ ». Or, précisément, les sources du droit constitutionnel ne sont ni homogènes, ni stables. Elles sont constituées d'un mélange de sources écrites et non écrites, d'interprétations des textes par les acteurs politiques et par le juge, de normes de valeur constitutionnelle et de normes conditionnant la constitutionnalité sans avoir valeur constitutionnelle, déduites du texte constitutionnel ou inspirées des diverses branches du droit et en perpétuelle évolution.

Face au foisonnement des sources dans l'ordre constitutionnel, la notion de « bloc de constitutionnalité » est devenue anachronique. La présentation traditionnelle d'un « bloc de constitutionnalité » composé de la Constitution, des textes que

¹¹ L. FAVOREU, « Bloc de constitutionnalité », art. cité, p. 87.

¹² G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, p. 35, en part. p. 49.

¹³ P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, 1997, 202 p. ; J.-P. CAMBY, « À propos des conventions de Constitution », *RDP*, 1998, p. 5 ; J. CHEVALLIER, « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP*, 1970, p. 1375 ; F. LEMAIRE, « Les conventions de la Constitution dans le système juridique français », *RFDC*, n° 35, 1998, p. 451 ; Y. MÉNY, « Les conventions de la Constitution », *Pouvoirs*, n° 50, 1989, p. 53.

¹⁴ L. FAVOREU, « Le bloc de constitutionnalité », in *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 565, en part. p. 566.

viser son Préambule – Déclaration des droits de l’homme, Préambule de la Constitution de 1946 et Charte de l’environnement –, ainsi que des principes et objectifs dégagés par le juge constitutionnel – principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et objectifs de valeur constitutionnelle – ne correspond plus à la réalité du contentieux constitutionnel. Personne n’ignore que le droit européen y est omniprésent et que le « droit vivant » tel qu’il s’exprime dans les différentes branches du droit n’est pas négligé par le juge constitutionnel.

C’est pourquoi on se propose de privilégier le terme de « source », dont on a bien conscience qu’il est lui-même polysémique et quelque peu suranné. Mais le retour en grâce de ce terme pourrait être favorisé par l’enchevêtrement des systèmes juridiques et des branches du droit.

La notion de source est problématique. L’expression est rarement « étudiée pour elle-même, mais [plutôt] pour ses éléments constitutifs¹⁵ », ce qui pose un autre problème : celui de l’établissement, par le droit, d’une liste des sources du droit, velléité à la fois « paradoxale » et « illusoire » en ce qu’en voulant figer les sources du droit, le droit nie leur pluralisme car il tente de faire découler la qualification de « source » de l’une d’elle¹⁶. Mais la notion de source reste « irremplaçable¹⁷ ». « Terme plastique¹⁸ », le terme de source permet en effet tout à la fois d’embrasser le texte et l’origine du texte – là d’où il jaillit –, d’appréhender l’élaboration et la production du droit. La source se distingue ainsi de la norme juridique entendue comme la « signification d’un acte par lequel une conduite est prescrite, ou permise et en particulier habilitée¹⁹ » et caractérisée par son insertion dans un système juridique ou ordre juridique qui lui confère sa validité²⁰. De la source naît la norme juridique, ce qui n’empêche pas que la norme juridique soit aussi une source du droit. Une norme juridique peut en effet constituer une source du droit lorsqu’elle est transposée d’un ordre juridique dans un autre ou d’une branche du droit dans une autre : la norme juridique se révèle alors être une source du droit et devient une nouvelle norme juridique dans cet autre ordre juridique ou branche du droit où elle a été transplantée.

¹⁵ P. DEUMIER et T. REVET, « Sources du droit », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1430.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ D. DE BÉCHILLON, *Qu’est-ce qu’une règle de Droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 219.

¹⁹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 7. L’auteur précise alors qu’il « faut distinguer nettement cette norme de l’acte de volonté qui la pose : elle est bien la signification spécifique de cet acte qui vise, en intention, la conduite d’autrui ; elle est cependant autre chose que cet acte ». Pour le professeur Béchillon, la « norme » peut être conçue comme la « signification d’une proposition de type verbal ou immédiatement compréhensible comme tel, au travers de laquelle il est cherché, directement ou indirectement, à imposer une conduite (ou, à tout le moins, la finalité d’une conduite) aux Hommes ou aux institutions » (D. DE BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l’État*, Paris, Economica, 1996, p. 39 *sqq.*).

²⁰ Ch. LEBEN, « De quelques doctrines sur l’ordre juridique », *Droits*, n° 33, 2001, p. 19, en part. p. 25 ; D. DE BÉCHILLON, *Qu’est-ce qu’une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 250 *sqq.* ; M. VIRALLY, « Notes sur la validité du droit et son fondement », in *Mélanges Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1975, p. 453, en part. p. 463.

Appliqué au droit constitutionnel, le terme de « source », par son caractère polysémique, permet justement d’embrasser toute la diversité de la matière constitutionnelle. La source formelle première est la Constitution, elle-même fruit du pouvoir constituant souverain, mais le droit constitutionnel se construit aussi par ses acteurs. Parmi ces acteurs, le Conseil constitutionnel contribue à la construction des sources du droit constitutionnel : il est, comme les autres pouvoirs publics, un instrument de la construction et de l’évolution du droit constitutionnel. Le Conseil constitutionnel est à la fois, et dans un même mouvement, une institution capable d’identifier les sources du droit constitutionnel et de les produire, sans pour autant disposer d’un monopole en la matière et sans disposer du dernier mot, celui-ci appartenant au pouvoir constituant.

Il s’agit ici de tenter de dresser un bilan de cette diversité ou, plus exactement, de cette diversification des sources du droit constitutionnel à travers la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de proposer *in fine* une typologie des sources du droit constitutionnel. L’hétérogénéité des exemples oblige à procéder par catégories. Comme toute catégorisation, elle comporte des limites intrinsèques et, sans aucun doute, une autre présentation pourrait être retenue.

L’étude de la jurisprudence constitutionnelle conduit à retenir deux modes de diversification des sources du droit constitutionnel : elle est tantôt le fruit de renvois exprès à des sources externes lorsque le texte constitutionnel intègre une référence explicite à une source du droit externe (I), tantôt le fruit de méthodes d’interprétations jurisprudentielles faisant écho aux différentes branches du droit (II).

I. LA DIVERSIFICATION DES SOURCES PAR RENVOIS EXPRÈS

La diversification des sources par renvois exprès résulte de l’existence, dans le texte constitutionnel, de dispositions qui se réfèrent expressément à des normes extérieures à la Constitution. Ces renvois exprès concernent des engagements internationaux et européens, comme des textes de droit interne tels des lois organiques ou l’accord de Nouméa.

A. Les renvois à des sources internationales et européennes

Les normes internationales et européennes ont une place dans la Constitution, définie par l’article 55 de la Constitution qui attribue aux engagements internationaux une autorité supérieure à celle des lois et par le Préambule de la Constitution de 1946 lequel, d’une part, reconnaît l’autorité des « règles du droit public international²¹ », auxquelles la République se conforme, et, d’autre part, accepte que la France consente « aux limitations de souveraineté nécessaires à l’organisation et à la défense de la paix²² ».

Dans un premier temps, cette double mention du droit international dans la Constitution n’a pas impliqué l’intégration de ce droit parmi les normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Au contraire, le Conseil a établi une séparation entre le contrôle de la constitutionnalité des lois relevant de sa compétence

²¹ Alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946.

²² Alinéa 15 du Préambule de la Constitution de 1946.

et le contrôle de leur conventionnalité, qui relève de la compétence des juridictions administratives et judiciaires au stade de l'application de la loi²³.

Toutefois, au gré des révisions constitutionnelles, procédant par « révision-adjonction » ou « révision-dérogation », le droit international et européen a pénétré les normes de référence du contrôle de constitutionnalité.

Ainsi, les traités relatifs à l'Union européenne ont fait leur apparition dans notre Constitution à partir de 1992 avec l'introduction d'articles ayant vocation à lever les obstacles constitutionnels à leur ratification. La technique utilisée, celle d'une référence explicite à des traités identifiés et datés, induit qu'à quasiment chaque modification des traités fondateurs de l'Union, une révision constitutionnelle s'impose. La référence explicite aux traités dans le texte constitutionnel affecte les normes de référence du contrôle de constitutionnalité en ce que les traités, ainsi expressément visés par la Constitution, conditionnent la constitutionnalité des lois qui entrent dans leur champ d'application ou les mettent en œuvre. Une parfaite illustration est offerte par la décision du 20 mai 1998 relative au droit de vote et d'éligibilité des citoyens européens aux élections municipales²⁴ : sur le fondement de l'article 88-3 de la Constitution reconnaissant ce droit « dans les conditions prévues par le Traité sur l'Union européenne », le Conseil constitutionnel a confronté la loi organique mettant en œuvre l'article 88-3 aux « modalités prévues » par le droit européen, lesquelles sont fixées dans une directive communautaire. Il a ainsi opéré un contrôle de la conventionnalité de la loi organique, en dérogeant à sa jurisprudence Interruption volontaire de grossesse²⁵.

Un scénario comparable d'intégration d'une source, formellement internationale, dans le contrôle de constitutionnalité, est envisageable sur le fondement de l'article 53-2, issue de la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999, qui mentionne le traité portant statut de la Cour pénale internationale : le Conseil constitutionnel est en effet en mesure de constater la violation de l'article 53-2, voire de l'article 67 de la Constitution qui y renvoie, par une loi d'amnistie si cette loi est incompatible avec le traité portant statut de la Cour pénale internationale qui fixe l'étendue de la compétence de cette juridiction.

Si ces traités internationaux et européens expressément visés par la Constitution peuvent servir de normes de référence du contrôle de constitutionnalité, ils ne sont pas constitutionnalisés en ce sens qu'ils n'acquièrent pas valeur constitutionnelle : le pouvoir constituant se contente d'en imposer le respect par une disposition constitutionnelle qui y renvoie. Dans tous les cas, la source, internationale ou européenne, de droit originaire ou de droit dérivé, peut être modifiée ou abrogée dans le respect des procédures propres à sa modification ou à son abrogation, telles qu'elles sont définies par le droit international ou européen. Elle entre alors en vigueur dans l'ordre interne sans révision constitutionnelle préalable, sauf si, à nouveau saisi, le Conseil constitutionnel constate que le traité modifié méconnaît des principes et des règles de valeur constitutionnelle²⁶.

²³ CC n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, *Rec.*, p. 19.

²⁴ CC n° 92-308 DC du 9 avril 1992, Traité sur l'Union européenne, *Rec.*, p. 55.

²⁵ Décision n° 74-54 DC précitée.

²⁶ Par exemple, CC n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes, *Rec.*, p. 344.

Le même mécanisme s'observe s'agissant de normes relevant du droit interne. Le Conseil constitutionnel utilise, dans le contrôle de constitutionnalité, des normes visées par la Constitution, mais qui restent extérieures à elle d'un point de vue formel.

B. Les renvois à des sources internes

Outre les renvois, dans le Préambule de la Constitution de 1958, à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et au Préambule de la Constitution de 1946, auxquels le Conseil constitutionnel a attribué une valeur constitutionnelle, d'autres dispositions constitutionnelles opèrent des renvois formellement comparables. Ainsi, les articles 76 et 77 de la Constitution visent explicitement l'accord de Nouméa – accord de droit interne conclu entre le gouvernement français et des partis politiques néo-calédoniens, dont plusieurs des stipulations s'avéraient contraires à la Constitution – et un article de la loi référendaire de 9 novembre 1988 et la loi organique du 19 mars 1999 définissant, de manière restrictive, le corps électoral en Nouvelle-Calédonie. Sur cette base, le Conseil constitutionnel a fait de l'accord de Nouméa une norme de référence de son contrôle des lois relatives à la Nouvelle-Calédonie²⁷. Le raisonnement retenu ici est parfaitement comparable à celui envisagé s'agissant du renvoi exprès aux « modalités prévues par le traité sur l'Union européenne » figurant à l'article 88-3 de la Constitution.

Ces renvois sont analysés par le Conseil constitutionnel comme signifiant que le pouvoir constituant fait obligation aux pouvoirs publics, et particulièrement au législateur, de se conformer à une norme qui n'est pas reprise en tant que telle dans le texte constitutionnel, mais qui constitue, par l'effet du renvoi, une exigence de constitutionnalité, sans avoir pour autant une valeur constitutionnelle. Ainsi des normes de droit international, européen ou interne, constituent des sources du droit constitutionnel sans être des normes de valeur constitutionnelle.

Les exemples envisagés jusqu'à présent portent sur des renvois exprès dans la Constitution à des textes identifiés et en vigueur au jour du renvoi. Mais les renvois à des textes à venir, ou renvois *in futurum*, offrent également la possibilité d'étendre les normes de référence du contrôle de constitutionnalité. L'illustration la plus caractéristique de ce type de renvois concerne les lois organiques chargées de mettre en œuvre, compléter ou préciser les dispositions constitutionnelles qui le prévoient. Par ce biais, les lois organiques deviennent des normes de référence du contrôle de la constitutionnalité des règlements des assemblées parlementaires. Cette jurisprudence ancienne apparaît dès 1959 dans la décision n° 59-2 DC du 17 juin 1959, Règlement de l'Assemblée nationale²⁸. Les lois organiques, dont l'objet même, est de fixer les conditions d'adoption de certaines lois, telles les lois de finances ou les lois de financement de la sécurité sociale, constituent des normes de référence dans le contrôle de la constitutionnalité des lois à raison de leur objet²⁹.

²⁷ CC n° 99-409 et n° 99-410 DC du 15 mars 1999, Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, *Rec.*, p. 51.

²⁸ CC n° 59-2 DC du 24 juin 1959, Règlement de l'Assemblée nationale, *Rec.*, p. 58.

²⁹ En ce sens, voir A. ROBLOT-TROIZIER, « La place des lois organiques dans la hiérarchie des normes », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *Les lois organiques et la mise en œuvre de la révision constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2009.

Les dispositions de ces lois organiques n'ont pas, pour autant, valeur constitutionnelle : en atteste, d'une part, l'abrogation, en 2005, sans révision de la Constitution, de l'ordonnance portant loi organique relative aux lois de finances du 2 janvier 1959 et, d'autre part, la supériorité qu'il convient de reconnaître aux engagements internationaux de la France sur les lois organiques³⁰.

Aussi, les normes de référence du contrôle de constitutionnalité n'ont-elles pas toutes valeur constitutionnelle, alors que toutes, par définition, conditionnent la constitutionnalité des normes contrôlées. Elles s'enrichissent ainsi de normes extérieures qui constituent des sources du droit constitutionnel.

Ce premier constat de la diversification des sources fondée sur des dispositions de renvoi doit être complété par un second, plus informel, moins visible à la lecture du texte constitutionnel, mais bien réel dans la jurisprudence : celui d'une diversification par construction jurisprudentielle.

II. LES MÉTHODES JURISPRUDENTIELLES D'INTÉGRATION DE SOURCES EXTERNES

Par sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel procède à la consécration en droit constitutionnel de normes issues de sources diverses. Reposant toujours, ou presque toujours, sur un fondement constitutionnel textuel, l'intégration se fait selon diverses modalités interprétatives au terme desquelles le Conseil constitutionnel identifie de nouvelles normes de référence du contrôle de constitutionnalité issues des différentes branches du droit. Cette identification concerne tant des sources internationales et européennes, que des sources internes.

A. Les méthodes d'intégration des sources internationales et européennes

Quant à l'intégration de sources internationales et européennes, deux techniques peuvent être distinguées.

La première correspond à l'hypothèse où le Conseil constitutionnel identifie, au gré de ses décisions, les normes relevant d'une catégorie visée par le texte constitutionnel.

Cette méthode, que l'on peut qualifier de « technique de l'attraction », consiste, pour le juge constitutionnel, à attirer dans les normes de référence de son contrôle une norme qu'il identifie sur le fondement d'une disposition constitutionnelle se référant à une catégorie de normes externes. Parce que la Constitution vise parfois,

³⁰ À cet égard, les lois organiques ne figurent pas parmi les normes de référence du contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux exercé par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 54 de la Constitution (voir déc. n° 93-318 DC et n° 93-319 DC du 30 juin 1993, *Rec.*, p. 153 et p. 155). Par ailleurs, les lois organiques peuvent faire l'objet d'un contrôle de conventionnalité exercé, sur le fondement de l'article 55 de la Constitution, par les juridictions ordinaires (en ce sens, voir les conclusions non publiées du Premier avocat général près la Cour de Cassation, Louis Joinet, sur l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 2 juin 2000, *Mlle Fraisse* : « les lois organiques étant par nature infraconstitutionnelles, elles peuvent être soumises au contrôle de conventionnalité » et le raisonnement suivi par la Cour de cassation dans l'arrêt *Mlle Fraisse* confirme l'idée que le caractère organique d'une loi n'est pas un obstacle au contrôle de sa conventionnalité).

non des textes clairement identifiés, mais des catégories de normes externes, le Conseil constitutionnel précise la consistance et le contenu de la catégorie normative en intégrant, dans les normes de référence de son contrôle, des normes issues du droit international ou européen. La référence générale aux traités ou accords internationaux à l'article 55 de la Constitution n'a pas conduit à leur intégration aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Mais le Conseil constitutionnel s'est fondé sur l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946, qui vise les « règles du droit public international », pour se référer aux « principes généraux du droit international ». Y est intégré aujourd'hui, certes avec une utilisation plus que limitée, le principe *pacta sunt servanda* qui implique que « tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi³¹ ». Ainsi, dans sa décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, Traité portant Statut de la Cour pénale internationale, notamment, les stipulations d'un engagement international visant à sanctionner l'État qui s'est soustrait délibérément à ses obligations internationales nées d'une convention, « ne méconnaissent pas les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » dans la mesure où de telles stipulations « découlent de la règle "*Pacta sunt servanda*", en application de laquelle tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi³² ».

Une autre illustration est offerte par l'interprétation jurisprudentielle de l'article 88-1 de la Constitution, duquel le Conseil constitutionnel déduit une obligation constitutionnelle de transposer les directives communautaires³³.

La seconde technique est celle de « l'assimilation », qui consiste à assimiler une norme constitutionnelle à une norme conventionnelle. Ainsi les normes conventionnelles, en particulier européennes, constituent des sources du droit constitutionnel. Le Conseil constitutionnel se fonde certes sur des dispositions constitutionnelles qui en constituent le fondement juridique, mais il leur donne un sens identique à des normes de droit international général ou, le plus souvent, de droit européen. Les exemples sont nombreux et connus : le droit au recours juridictionnel effectif, le droit au procès équitable, la définition de la liberté individuelle transposée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ou le principe de dignité de la personne humaine.

Ces exemples témoignent de l'intégration du droit européen comme source d'inspiration dans l'énoncé des droits ; il est aussi une source d'inspiration quant aux garanties qui leur sont attachées. L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle relative aux validations législatives en donne une bonne illustration tant le contrôle de ces validations s'est coulé dans le moule des exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme³⁴.

Non hermétiques aux normes internationales et européennes, les sources du droit constitutionnel ne le sont pas non plus aux normes de droit interne.

³¹ CC n° 92-308 DC du 9 avril 1992, Traité sur l'Union européenne (dit Maastricht I), et CC n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, Traité portant statut de la Cour pénale internationale.

³² Déc. précitée.

³³ CC n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique ; CC n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information.

³⁴ CC n° 2013-366 QPC du 14 février 2014, *SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France*, cons. 3.

B. Les méthodes d'intégration de sources internes

Le constat de l'intégration de sources externes dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité, par le prisme d'un fondement textuel, vaut également pour les sources issues des différentes branches du droit interne. Les exemples, là aussi, sont nombreux et l'objet du présent colloque est précisément d'en montrer diverses illustrations. Il s'agira donc ici de se contenter de quelques exemples s'attachant à identifier la méthode du Conseil constitutionnel.

La jurisprudence constitutionnelle témoigne en effet de l'intégration dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité de normes – règles ou principes – issues de diverses branches du droit : il s'agit donc de normes de valeur infra-constitutionnelles qui préexistent à leur intégration aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel procède par « absorption-implication ».

Il considère, selon cette méthode, qu'une disposition constitutionnelle implique nécessairement le respect d'une règle existante. Le Conseil constitutionnel trouve ainsi dans la Constitution le fondement d'une règle relevant d'une branche du droit interne, telle qu'une règle de droit civil ou pénal. L'exemple de l'utilisation par le Conseil constitutionnel de la règle énoncée à l'article 1240, ex-1382, du Code civil en est une bonne illustration. Dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi sur le PACS, le Conseil ne se réfère pas expressément à l'article 1382 du Code civil, mais il juge que l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 implique que « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer³⁵ ».

Dans la même décision, le Conseil constitutionnel juge que le principe de liberté, énoncé à l'article 2 de la Déclaration des droits de 1789, implique « le respect de la vie privée », principe qui trouve sa source formelle dans l'article 9 du Code civil³⁶.

Dans ces différentes hypothèses, ce n'est pas la source textuelle qui est visée, mais la norme qui est reprise, comme lorsque le Conseil constitutionnel reprend le droit au recours juridictionnel effectif ou le droit au procès équitable de la Convention européenne des droits de l'homme. La source textuelle est niée, mais la norme constitue une (res)source pour le droit constitutionnel ; elle est une source d'inspiration venant nourrir les sources constitutionnelles pour devenir une norme de référence du contrôle de constitutionnalité.

La diversification des sources dans le contrôle de constitutionnalité se fait enfin par la prise en compte de la jurisprudence des juridictions administratives et judiciaires. Particulièrement depuis l'entrée en vigueur de la QPC, la jurisprudence du Conseil d'État et celle de la Cour de cassation trouvent un écho en droit constitutionnel.

On a beaucoup glosé sur le fait que, grâce à la QPC, le Conseil constitutionnel peut contrôler l'interprétation jurisprudentielle constante de la loi³⁷, et ce d'autant

³⁵ CC n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité, *Rec.*, p. 116 ; ce principe est rappelé dans une décision QPC : CC n° 2015-479 QPC du 31 juillet 2015, *Société Gecop*.

³⁶ CC n° 99-419 DC précitée.

³⁷ Notamment CC n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, cons. 2, consacrant le droit de « contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation

plus que la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel se sont opposés sur cette question. Mais cette évolution fait aussi des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État une (res)source pour procéder au contrôle de constitutionnalité de la loi.

Le Conseil constitutionnel s'en remet en effet aux hautes juridictions à chaque fois qu'il utilise leur jurisprudence pour justifier de la constitutionnalité de la loi : la constitutionnalité de la loi repose alors sur l'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. Ainsi le Conseil constitutionnel a-t-il pris en considération la protection du droit de propriété qui, en vertu d'une jurisprudence constante du Conseil d'État, oblige à réparer les dommages éventuellement causés aux propriétés privées lors d'opérations réalisées pour l'exécution de travaux publics en application de la loi du 29 décembre 1892³⁸. De même, dans la décision n° 2012-210 QPC, le Conseil constitutionnel se réfère expressément à la jurisprudence constante du Conseil d'État qui complète le silence de la loi quant aux motifs pour lesquels un maire peut, à titre de sanction, faire l'objet d'une révocation ou d'une suspension³⁹. De manière pour le moins surprenante au regard du principe de légalité des délits et des peines applicable aux sanctions administratives, le Conseil constitutionnel estime dans cette décision que la jurisprudence administrative peut pallier les carences du législateur. Même en matière pénale, le juge constitutionnel considère que la jurisprudence de la Cour de cassation est de nature à combler l'imprécision des dispositions législatives en dépit du principe constitutionnel de légalité des délits et des peines : le Conseil constitutionnel a ainsi considéré que la notion de « tradition locale ininterrompue », qui permet l'organisation de courses de taureaux et de corridas par dérogation au délit de sévices graves et actes de cruauté envers les animaux⁴⁰, est suffisamment précise et non équivoque dans la mesure où il existe une jurisprudence de la Cour de cassation, pourtant fluctuante, permettant d'identifier les critères de reconnaissance d'une telle tradition⁴¹.

Cette prise en compte de la jurisprudence des juridictions suprêmes dans le contrôle de constitutionnalité, témoignant de la constitutionnalisation du « droit vivant », est inévitable lorsqu'est instauré un contrôle *a posteriori* des lois. Mais elle pose la question de savoir si elle n'est pas de nature à figer la jurisprudence, lui faisant perdre son caractère évolutif.

*
**

jurisprudentielle constante confère » à la disposition législative en cause dans le litige ou la procédure.

³⁸ CC 2011-172 QPC, 23 septembre 2011, *Époux L. et autres*.

³⁹ CC 2011-210 QPC, 13 janvier 2012, *M. Ahmed S.*, cons. 5.

⁴⁰ Article 521-1 al. 1 du Code pénal.

⁴¹ CC 2012-271 QPC, 21 septembre 2012, *Association Comité radicalement anti-corrida Europe et autre*. Sur la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de cassation, voir le commentaire de la décision disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel. Voir également, A. ROBLOT-TROIZIER, « Une déliquescence des principes constitutionnels d'égalité et de légalité », *RFDA*, n° 1, 2013, p. 141.

Au terme de ce bilan, qui n'a pas d'autre ambition que de présenter la diversification des sources utilisées dans le contrôle de constitutionnalité, il devient possible de proposer une nouvelle typologie des sources du droit constitutionnel.

Les sources du droit constitutionnel constituent un ensemble hétérogène composé de dispositions constitutionnelles, mais aussi de normes d'origine externe de droit international et européen ainsi que de principes non écrits, voire de coutumes constitutionnelles, qui chacun à leur manière définissent une exigence constitutionnelle. Ces sources peuvent être regroupées en deux catégories qui se recoupent partiellement : il ne s'agit pas en effet de deux ensembles parfaitement distincts, mais plutôt de deux manières de concevoir les sources en fonction soit d'un critère tenant à la valeur juridique de la norme à laquelle elle donne naissance, soit d'un critère tenant à la « justiciabilité » de la norme qui en résulte, c'est-à-dire à la capacité du juge d'en assurer la sanction.

Les « sources constitutionnelles » constituent une première catégorie : cette catégorie donne naissance à des normes qui ont toute valeur constitutionnelle et renvoie à la notion de « Constitution » au sens large. Au sein de ces sources constitutionnelles, figurent les dispositions de la Constitution et des textes auxquels renvoie son Préambule, les énoncés constitutionnels issus de la jurisprudence, mais également des règles ou des principes constitutionnels, non écrits, nés de pratiques répétées des acteurs politiques s'imposant en tant que coutumes ou « conventions de la Constitution ». Dans leur grande majorité, ces sources constitutionnelles sont sanctionnées par les juges qui peuvent en imposer le respect dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de la loi, comme des actes administratifs ou des actes de droit privé. D'autres ne sont pas justiciables, mais s'imposent tout de même aux pouvoirs publics, en tant qu'exigences constitutionnelles à l'image des règles, écrites ou non écrites, relatives par exemple à la responsabilité gouvernementale ou à l'exercice du droit de dissolution.

La seconde catégorie, que l'on peut désigner sous l'appellation « sources de constitutionnalité », est constituée de sources dont sont issues des normes faisant l'objet d'une garantie juridictionnelle, des normes utilisées, explicitement ou implicitement, par le juge lorsqu'il doit apprécier la constitutionnalité de normes inférieures. Les « sources de constitutionnalité » couvrent à la fois des sources constitutionnelles de la première catégorie et des sources externes, particulièrement des ordres juridiques international et européen, ou « sources conventionnelles de conventionnalité », mais également des sources législatives, comme les lois organiques, ou même des accords politiques, tels l'accord de Nouméa visé par la Constitution, dès lors qu'ils servent de normes de référence du contrôle de constitutionnalité.

L'expression « sources de constitutionnalité » présente l'avantage d'envisager les normes de référence du contrôle de constitutionnalité non comme un « bloc » homogène, mais comme un ensemble hétérogène se caractérisant par sa fonction : conditionner la constitutionnalité. Elle présente, à ce titre, un intérêt pédagogique et pratique qui permet de disjoindre la valeur de la norme de sa fonction dans le contrôle juridictionnel. Elle permet surtout d'expliquer que les normes de référence du contrôle de constitutionnalité varient selon la norme contrôlée : traité, loi organique, règlement des assemblées, loi ordinaire, ayant ou non un objet spécifique, telle la loi de finances ou de financement de la sécurité sociale, la loi autorisant la ratification d'un traité, etc. L'appellation « sources de constitutionnalité », en ce qu'elle se distingue de celle de « sources constitutionnelles », offre ainsi une com-

préhension de l'utilisation, explicite ou non, de sources conventionnelles ou législatives dans le contrôle de constitutionnalité en fonction de la norme qui en fait l'objet, et donc de la variabilité des sources du contrôle de constitutionnalité.

Agnès Roblot-Troizier

Professeur de droit public à l'École de droit de la Sorbonne, Université Panthéon-Sorbonne Paris 1 et co-directrice du Master 2 Systèmes de justice et droit du procès. Déontologue de l'Assemblée nationale.

Le Conseil constitutionnel sur la souveraineté et ses approximations

Avec cette décision « Maastricht I », le Conseil constitutionnel a ainsi fixé un « seuil de tolérance » quant à l'appréciation qu'il porte sur le respect de la souveraineté nationale par un traité. [...] Mais on peut penser qu'il a également, sans le dire expressément, tenu compte de la spécificité de la construction européenne. [...] La jurisprudence « Maastricht I » tire les conséquences d'une réalité que certains peuvent regretter, mais dont l'évidence ne s'impose pas moins : le droit communautaire ne relève plus du droit international classique¹.

Dans notre livre sur *La puissance de l'État*, nous dénoncions « la myopie des juristes positivistes qui les empêch[ait] d'apercevoir la portée systématique de la notion de souveraineté qui est une sorte de “principe des principes” du droit public² ». Pour illustrer un tel propos, nous nous référons à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, en voie d'élaboration, sur la construction européenne :

La doctrine s'est bornée le plus souvent à gloser les décisions du juge constitutionnel, sans même s'apercevoir que la souveraineté ne peut pas se laisser enfermer dans n'importe quelle décision juridictionnelle, fût-elle du Conseil constitutionnel. Et cela pour au moins deux raisons : la première est que la souveraineté déborde le cadre des différentes dispositions constitutionnelles qui la mentionnent et auxquelles le juge est tenu de se référer ; soit elle détermine certaines dispositions constitutionnelles muettes à son égard (comme celle relatives au territoire à la citoyenneté, à la nationalité, au suffrage, etc.), soit elle se situe en dehors du texte constitutionnel tout en structurant la constitution *lato sensu*³.

¹ R. DUMAS, compte-rendu de la séance du 31 décembre 1977 (décision traité d'Amsterdam), p. 7-8. La formule du « seuil de tolérance » est reprise par le président du Conseil, Pierre Mazeaud, dans son rapport de 2004, Compte-rendu de la séance du 19 novembre 2004 (décision « Constitution européenne »), p. 15.

² O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 11-12.

³ *Ibid.*, p. 12. Il convient de préciser que dans nos recherches de thèse (1984-1988), nous avons étudié les trois principales décisions du Conseil constitutionnel, celle de 1970 – fonds propres communautaires –, celle de 1972 sur le Fonds monétaire international et de 1976 sur le Parlement européen. La querelle sur Maastricht est survenue lorsque nous récrivions la thèse pour la publication, ce qui nous a permis d'en parler dans la conclusion du livre, rédigée à la fin de l'année 1992.

Il est étrange, par exemple, que certains membres éminents de la doctrine française aient pu s'étonner que la Constitution de 1958 fût silencieuse sur la question de la souveraineté internationale⁴. Une simple lecture des textes constitutionnels français ou étrangers suffit à montrer qu'on trouve rarement une formule proclamant une telle souveraineté. Pourquoi ? Parce que celle-ci va de soi, étant présupposée par l'existence de l'État dont la constitution vise à organiser en son sein l'agencement de ses pouvoirs publics.

Nous poursuivions notre propos critique en invoquant une seconde raison, plus fondamentale :

[D]ans cette matière typiquement théorique, le juge est bien plus mal placé que la doctrine pour penser cet objet. C'est ce que reconnaissait à sa manière Charles Eisenmann lorsqu'il qualifiait la souveraineté de « concept issu de la doctrine » (par opposition au « concept issu du droit positif »)⁵. Par conséquent, ce n'est certainement pas le juge qui peut dire le dernier mot sur la notion de souveraineté ; inversement, la doctrine juridique trahit sa mission lorsqu'elle reste prisonnière de l'interprétation du juge constitutionnel, et refuse alors de penser cet objet qu'est la souveraineté⁶.

Une telle affirmation consistait à écarter l'analyse du contentieux constitutionnel français pour penser la souveraineté, ce qui nous a conduit à proposer la thèse selon laquelle l'expression moderne de la souveraineté était plutôt le pouvoir constituant, c'est-à-dire le pouvoir qui, précisément, ne pouvait pas être limité par la Constitution qu'il établissait.

Depuis que ce livre fut achevé, peu après les trois décisions relatives au traité de Maastricht (1992), le nombre de décisions du Conseil constitutionnel relatives à la souveraineté s'est multiplié. Cette augmentation du contentieux constitutionnel a provoqué une multiplication de commentaires doctrinaux dont la caractéristique demeure, pour l'essentiel, la réduction de la question de la souveraineté à celle de savoir ce que dit le Conseil constitutionnel de la souveraineté – peu importe au fond ce qu'il en dit, du moment que c'est lui qui le dit. Il s'agit de comprendre, souvent de *deviner*, le sens que l'on doit accorder à telle ou telle petite phrase, ou membres de phrase de telle ou telle décision du Conseil constitutionnel pour rechercher si et comment celui-ci aurait modifié sa jurisprudence sur tel ou tel point relatif à la souveraineté. Parfois, la doctrine passe totalement « à travers » une décision du Conseil constitutionnel, comme on le verra plus loin à propos de la décision de 1985 sur la peine de mort et comme le révèle Andrea Hamann dans

⁴ C'est ainsi que François Luchaire commence un de ses articles sur la souveraineté : « Aussi curieux que cela puisse être, la souveraineté n'apparaît pas dans les articles de la Constitution de 1958 comme la qualité d'un État échappant à toute contrainte d'autres États ou même d'une organisation internationale. » (F. LUCHAIRE, « La souveraineté extérieure dans la Constitution française et la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in D. MAILLARD DESGRÈES DU LOÛ (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 119).

⁵ Ch. EISENMANN, « Problèmes de méthodologie et de classifications », in *Archives de philosophie du droit*, n° 11, 1966, p. 29, réédité in Ch. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit et de droit constitutionnel*, texte réunis par Ch. Leben, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2002.

⁶ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 12

son article ici publié. La doctrine glose à l’aveugle⁷, et peut alors gravement se tromper. Misère du constitutionnaliste, dira-t-on.

Bref notre scepticisme à l’égard de l’étude du contentieux constitutionnel français, loin de décroître n’a fait que croître. Nous demeurons convaincus qu’en présence de tels sujets – à savoir les grandes notions de dogmatique constitutionnelle, comme la souveraineté ou encore la séparation des pouvoirs⁸ – la doctrine à plutôt intérêt à se distancier de la jurisprudence du Conseil si elle veut rester fidèle à sa mission. C’est ce qu’ont fait plus ou moins récemment, et chacun à leur façon – la liste n’est pas exhaustive, et elle ne peut l’être –, Jean Combacau dans son étude sur la souveraineté internationale⁹, Michel Troper sur le concept même de souveraineté¹⁰, Denis Baranger analysant sous un jour phénoménologique « l’apparition de la souveraineté¹¹ », ou encore Sébastien Roland invitant à penser la souveraineté « comme un concept-limite, et partant comme un point de butée¹² ». C’est dans cette perspective que nos anciens travaux sur la souveraineté s’inscrivaient. Mais dans le cadre contraint de ce colloque, il a bien fallu prendre pour objet principal de notre recherche la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la souveraineté. Cependant, à l’instar d’autres auteurs¹³, nous étudierons ce matériau de façon critique. Toutefois, comme l’a fait Andrea Hamann dans sa brillante contribution¹⁴, nous arriverons aux mêmes conclusions – critiques – en ayant recouru de

⁷ Alors que pour la jurisprudence du Conseil d’État, les conclusions du commissaire du gouvernement, devenu rapporteur public, évitent de telles bévues aux administrativistes, l’opacité qui préside au travail du Conseil constitutionnel et le laconisme de sa motivation rendent possibles de telles mésinterprétations doctrinales.

⁸ Nous nous permettons de renvoyer à notre article : O. BEAUD, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle (À propos de la décision du 9 août 2012) », *Jus Politicum*, vol. V, *Constitutions écrites dans l’histoire*, Paris, Dalloz, 2013, p. 181-221.

⁹ J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : La souveraineté internationale de l’État », *Pouvoirs*, n° 67, La souveraineté, novembre 1993, p. 47-58 [<http://www.revue-pouvoirs.fr/Pas-une-puissance-une-liberte-la.html>].

¹⁰ M. TROPER, « La souveraineté comme principe d’imputation », in D. MAILLARD DESGRÈES DU LOU (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, *op. cit.*, p. 69-80.

¹¹ D. BARANGER, « Notes sur l’apparition de la souveraineté (et des droits de l’homme) », *Annuaire de l’Institut Michel Villey*, vol. IV, Paris, Dalloz, 2012. Il étudie « la manière dont le langage du droit résout le problème de la manifestation de la souveraineté » (*ibid.*, p. 259).

¹² Il ajoute : « un en-deçà de de la souveraineté n’est pas plus pensable qu’une supra-souveraineté, l’idée d’une gradation de la souveraineté apparaît bien hypothétique » (S. ROLAND, « La souveraineté », in J.-B. AUBY (dir.), *L’influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 125).

¹³ Il ne faut pas croire pour autant que la doctrine spécialisée dans le contentieux n’a pas critiqué cette jurisprudence. Nous renvoyons à la thèse de J. ROUX, *Le principe de la souveraineté nationale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse de doctorat, Université de Montpellier I, 1998, dactyl. (nous remercions beaucoup l’auteur pour l’envoi de son volume). Il y a démontré que la jurisprudence du Conseil constitutionnel est difficile à suivre parce qu’elle procède d’un usage non maîtrisé de l’expression de souveraineté nationale – ce vocable recouvrant dans sa jurisprudence deux sens forts distincts : la « souveraineté démocratique » – la souveraineté *dans* l’État et, ou de l’organe – et la souveraineté de l’État, au sens d’ailleurs du contenu de la souveraineté, de la puissance publique donc.

¹⁴ A. HAMANN, « Sur un “sentiment” de souveraineté », *Jus Politicum*, 20-21, juillet 2018. Cet article fut rédigé avant le nôtre et nous fut adressé en tant que co-organisateur du colloque. Nous

manière privilégiée à l'étude des « délibérations » du Conseil. En effet, la principale source utilisée pour rédiger cet article a été le compte-rendu des délibérations tel qu'il figure dans l'ouvrage sur les *Grandes délibérations du Conseil constitutionnel*¹⁵, accessible sur internet¹⁶ ou aux Archives nationales¹⁷.

Une ultime précision concerne la question du *corpus* étudié. Le Conseil a été explicitement confronté à la question de la souveraineté dans trois grandes hypothèses. La première s'est produite lorsqu'il fut sollicité pour savoir s'il pouvait contrôler une « loi » adoptée par le peuple par voie de référendum une première fois, en 1962 (à propos de la révision relative à l'élection du président de la République au suffrage universel) et une seconde fois, en 1992 (à propos du traité de Maastricht). Ensuite, il a été saisi à de multiples reprises pour déterminer si certains traités – participation de la France au Fonds monétaire international (1970), ou la ratification d'un traité interdisant le recours à la peine de mort (1985), ou encore plus récemment, ratification du traité avec le Canada (CETA) – posaient un problème de conformité à la Constitution, au sens de l'article 54 de la Constitution de 1958. Enfin, le dernier bloc de jurisprudence concerne le massif « constitué » par la jurisprudence relative à la construction européenne. Ces diverses sollicitations du Conseil se reflètent dans la production de Leo Hamon, fin annotateur des décisions du Conseil¹⁸. Après avoir étudié les décisions du Conseil constitutionnel relatives d'abord aux rapports institutionnels ensuite aux libertés, il a commencé à examiner dans les années 1990 les rapports de l'État avec des entités internationales¹⁹. Toutefois, il était évidemment impossible d'étudier systématiquement toute la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le cadre d'un seul article. Il a fallu privilégier l'étude du premier et du troisième volets de cette jurisprudence, étant entendu que, pour la question européenne, nous avons décidé de nous limiter

avons donc une dette certaine à l'égard de son auteur dont le texte a conduit à remanier notre texte déjà en partie rédigé, pour ne pas faire trop double emploi avec le sien.

¹⁵ B. MATHIEU *e. a.* (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1985)*, Paris, Dalloz, 2014. Cet ouvrage est une source désormais précieuse pour toute étude de contentieux constitutionnel.

¹⁶ [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/comptes-rendus/comptes-rendus-des-seances.147301.html>].

¹⁷ Je remercie particulièrement Mme Caroline Piketty de la Section moderne des Archives Nationales de m'avoir laissé accéder, en février 2017, aux délibérations non encore ouvertes au public.

¹⁸ P. WACHSMANN, « Leo Hamon, annotateur des décisions du Conseil constitutionnel », in P. CHARLOT (dir.), *L'œuvre de Leo Hamon*, Paris, Dalloz, 2014, p. 149 *sqq.*

¹⁹ Voir notamment ses deux chroniques dans L. HAMON, « La souveraineté nationale, la Constitution... et les négociations "européennes" en cours », *Rec. Dalloz Sirey*, 43^e Cahier, 1991, p. 301 *sqq.* et note sous CC 23 et 25 juin 1991, *Rec. Dalloz Sirey*, 1991, p. 616-623.

à la jurisprudence procédant de la saisine autorisée par l'article 54 de la Constitution²⁰, bornant par ailleurs notre enquête à 2007, année de la décision sur le traité de Lisbonne²¹.

I. LE SURGISSEMENT DU SOUVERAIN DANS LA CONSTITUTION ET LE MALAISE QUI EN RÉSULTE

Les recherches « purement » doctrinales démontrent que, selon le point de vue adopté, la souveraineté change de sens selon qu'elle est rapportée à la personne morale qu'on appelle l'État, ou qu'on la rapporte à une institution, à un organe de l'État. La *summa divisio* oppose donc, d'un côté, la souveraineté *de* l'État à, d'un autre côté, la souveraineté *dans* l'État. Dans ce dernier cas, le mot de souveraineté, comme l'a bien vu Carré de Malberg, « sert à caractériser la position qu'occupe dans l'État le titulaire suprême de la puissance étatique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe²² ». Cette définition permet de saisir aussi bien le Monarque et le Parlement souverain de la III^e République ou du Parlement de Westminster, que la position du Président de la V^e République. Il est également fréquent en doctrine de décrire ainsi le peuple souverain en tant qu'il est conçu comme « corps électoral » et donc « organe primaire » (dit Jellinek). Toutefois, ce retour du Souverain dans l'édifice constitutionnel, sous le nom de souveraineté d'organe, n'est pas sans poser quelque difficulté au constitutionnaliste. Tout comme en droit international²³, la notion de souveraineté a mauvaise réputation en droit constitutionnel, parce qu'elle serait le symbole d'un absolutisme dépassé car antinomique à l'État de droit, ou au constitutionnalisme.

En effet, synonyme de pouvoir absolu, la souveraineté serait contraire à la séparation des pouvoirs dont le propre est d'interdire la concentration des pouvoirs au profit d'un organe de l'État. Elle entrerait ensuite en contradiction avec l'idée même de justice constitutionnelle et du contrôle de constitutionnalité des lois, qui a pour nécessaire conséquence de remettre en cause la souveraineté du Parlement. Enfin, l'existence d'une Constitution écrite à laquelle sont soumis tous les pouvoirs publics fait que ceux-ci deviennent nécessairement des pouvoirs *constitués*, ne pouvant plus être qualifiés de souverains parce que limités par le droit positif, de sorte que seul le pouvoir constituant (originaire) serait souverain. Il est donc paradoxal que le Conseil constitutionnel, institution censée être au service du constitutionnalisme, soit obligé d'examiner la question de la souveraineté d'un « organe », c'est-à-dire d'un pouvoir public agissant au sein de la Constitution, que ce soit le

²⁰ Nous laisserons de côté la jurisprudence des années 2004-2006 portant sur la transposition des directives, interprétée comme une exigence constitutionnelle en vertu de l'article 88-1 de la Constitution et issue d'une saisine du Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 6. Inaugurée par la décision sur la loi pour la confiance dans l'économie numérique (2004-96 DC du 10 juillet 2004), elle a été complétée par la décision 2006-540 DC du 27 juillet 2006 dans laquelle le Conseil constitutionnel décide que la transposition d'une directive européenne « ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti » (cons. 19).

²¹ C'est la dernière décision pour laquelle nous avons pu consulter le compte-rendu des délibérations.

²² R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Paris, Dalloz, 2003 [1920], p. 79.

²³ A. HAMANN, « Sur un "sentiment" de souveraineté », art. cité.

peuple, sollicité par voie référendaire (1962 et 1992), ou l'organe chargé de la révision constitutionnelle (1992).

A. Le surgissement du peuple en Souverain

Par deux fois, le Conseil constitutionnel a dû se poser la question de savoir s'il pouvait contrôler une loi adoptée par le peuple selon la voie référendaire. À chaque fois, il a décliné sa compétence. Voyons comment.

1. 1962 ou la souveraineté du peuple déclarée « incontestable » par le Conseil

Dans sa décision du 6 novembre 1962, le Conseil constitutionnel a estimé qu'il n'était pas compétent pour contrôler la loi adoptée par référendum modifiant le mode d'élection du président de la République. Lors de la séance du 6 novembre 1962, la délibération fut souvent d'un haut niveau, en raison surtout, d'ailleurs, des interventions de ses membres minoritaires.

Sur la question de fond, c'est-à-dire sur la régularité de la procédure, il n'y avait guère d'hésitation à avoir, puisque, dans son avis officieux antérieur, le Conseil constitutionnel avait déclaré l'inconstitutionnalité de la procédure²⁴, ce qui n'avait pas empêché le général de Gaulle de poursuivre la procédure. Le véritable problème portait donc sur la compétence du Conseil constitutionnel pour examiner la constitutionnalité d'une loi référendaire, sachant que l'article 61 de la Constitution était muet sur ce point. Le compte-rendu de la séance du Conseil révèle que la question de la souveraineté du peuple était bien sous-jacente à l'opposition des partisans de la thèse de l'incompétence du Conseil et ceux de la thèse inverse. Toutefois, il est remarquable d'observer que seuls ceux qui veulent justifier la compétence du Conseil constitutionnel l'invoquent, en quelque sorte négativement, pour lui opposer le principe inverse de la suprématie de la Constitution. En effet, les membres qui plaident avec succès la thèse de l'irrecevabilité de la saisine pour cause d'incompétence du Conseil – notamment le rapporteur (Jean Michard-Pellissier) et le président (Léon Noël) – se fondent très peu sur le principe de la souveraineté du peuple, raisonnant plutôt à partir de la lecture des textes – art. 61 C. et loi organique (relative au Conseil constitutionnel) – et de la référence aux travaux préparatoires de la Constitution de 1958. Au cours de la délibération, le rapporteur évoque une fois seulement le principe de la souveraineté du peuple, et dans les termes suivants : « Je crois qu'une fois que la Nation a décidé, tout contrôle ne peut être que sans objet. Et c'est donc tout naturellement que la Constitution ne l'a pas prévu²⁵. » L'absence de contrôle de constitutionnalité des lois référendaires découle donc du principe de la souveraineté du peuple.

Cet argument fait immédiatement réagir René Coty, qui apparaît comme le plus subtil défenseur de la thèse constitutionnaliste. Celle-ci consiste à opposer à la souveraineté du peuple la suprématie de la Constitution. Coty estime que le point de vue défendu par le rapporteur représente « une doctrine » – il faut entendre par là

²⁴ Reproduit dans B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU et X. PHILIPPE, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1986)*, Paris, Dalloz, 2014, 2^e éd., p. 100-112.

²⁵ M. MICHARD-PELLISSIER, « Compte-rendu de la séance du 6 novembre 1962 », in B. MATHIEU *e. a.*, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, op. cit.*, p. 116.

une doctrine parmi d'autres. Il objecte aussitôt : « Est-ce la doctrine de la Constitution²⁶ ? » Il avance alors une série d'arguments pour fonder la compétence du Conseil, arguments que nous ne pouvons pas tous évoquer et dont certains sont juridiquement très subtils²⁷. On s'arrêtera donc uniquement sur l'argument conséquentialiste qu'il invoque pour obliger les autres membres du Conseil à réfléchir à ce qui se passerait si l'on interdisait le contrôle du Conseil constitutionnel des lois référendaires parce que, précisément, elles seraient référendaires. Si l'on admettait – dit Coty – la toute-puissance de la « sagesse populaire », il faudrait alors reconnaître le cas suivant : qu'« un président de la République soit élu, qu'il ait le désir de se débarrasser des assemblées, invoquant l'article 11, il pourra abolir la Constitution par plébiscite, établir un régime qui ne sera plus la République. Voilà où vous aboutissez²⁸. » Ce même argument est repris par Vincent Auriol qui craint que la procédure référendaire puisse être un moyen trop facile de détruire « par pans successifs la Constitution²⁹ ». À l'opinion critique des deux anciens présidents de la IV^e République vient s'ajouter celle de René Cassin qui y apporte le crédit de son parcours antérieur (professeur agrégé de droit privé, puis légiste de la « France Libre », et, enfin, vice-président du Conseil d'État) :

Le refus d'examiner une loi référendaire créerait une fissure dans l'exercice de notre contrôle ; supposez que par référendum, on porte atteinte au principe de non-rétroactivité des lois pénales, à celui de l'égalité politique des femmes, aux garanties contenues dans le Préambule. Tout cela peut être anéanti par référendum. M. le président Coty a fait allusion à la forme républicaine du gouvernement. Par l'article 11, on peut faire une révolution légale. Vous avez le droit d'envisager une révolution. Mais vous n'avez pas le droit d'en mettre le principe dans la Constitution³⁰.

C'est une autre manière de soutenir que, à l'instar de l'article 16, l'article 11 de la Constitution de 1958 peut être instrumentalisé et devenir une arme de destruction massive du constitutionnalisme. René Cassin ose d'ailleurs énoncer l'idée que « le peuple s'est lui-même tracé des règles. Si on ne les respecte pas, on va ouvrir des brèches par où la Constitution sera emportée³¹ ». En d'autres termes, dès lors que le peuple s'exprime dans le cadre de l'article 11, il est une autorité *constituée*, soumise donc à la Constitution, comme tous les autres pouvoirs publics. Par voie de conséquence, le Conseil constitutionnel devrait être compétent pour contrôler ce type d'expression populaire.

Enfin, parmi les autres arguments avancés par les défenseurs de la thèse du contrôle de constitutionnalité de la loi référendaire, il faut mentionner spécialement l'argument soutenu par Auriol sur l'usurpation de souveraineté potentiellement incluse dans toute loi référendaire : reconnaître la validité incontestable de toute

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Notamment celui selon lequel en contrôlant uniquement la régularité de la procédure utilisée, le Conseil constitutionnel n'entrerait pas en conflit avec « le verdict populaire » qui portait sur le fond (élire le président de la République au suffrage universel direct). Le Conseil, s'il contrôlait, agirait de la même façon que la Cour de cassation contrôlant la régularité d'une décision de la cour d'assises (*ibid.*, p. 117).

²⁸ *Ibid.* Il cite à titre d'exemple Pétain voulant abolir le régime parlementaire par plébiscite.

²⁹ *Ibid.*, p. 120.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, p. 121.

expression référendaire, c'est admettre par avance qu'une « fraction du peuple français peut s'approprier la souveraineté nationale³² ». Une telle argumentation revient à contester, indirectement mais nécessairement, l'idée que la volonté de la majorité du peuple vaut décision de l'ensemble du peuple, et remettre en cause cette présomption inhérente au principe majoritaire, principe sans lequel la démocratie ne peut fonctionner. Mais, en même temps, elle rappelle que le peuple n'est jamais unanime et que la *vox populi* n'est pas celle d'une acclamation unanime. À tous ces arguments, les partisans de la compétence du Conseil constitutionnel ajoutent l'autorité du doyen Vedel qui, dans son cours de droit constitutionnel, aurait professé que

les lois adoptées par référendum peuvent être déferées au Conseil constitutionnel et qu'un référendum inconstitutionnel ne peut pas avoir plus de valeur juridique qu'une élection irrégulière ; or, celle-ci peut bien être annulée, bien que le peuple ait voté³³.

Il est frappant pour le lecteur de cette délibération que les partisans de la thèse de l'incompétence qui l'emportent (6 voix contre 4)³⁴ ne discutent pas l'objection constitutionnaliste de Coty, Auriol et Cassin (rejoint par Vallery-Radot). Ils se réfugient derrière les arguments de texte, préférant donc une interprétation exégétique, étroite, qui sert évidemment leur dessein de déclarer l'incompétence du Conseil constitutionnel. Pourtant, quand on lit la décision, l'argument de la souveraineté du peuple apparaît bien décisif. Il y a là un hiatus évident entre le contenu de la délibération et le contenu de la décision, finalement retenu. Celui-ci mentionne un « esprit de la Constitution » peu évoqué par la majorité des membres lors de la délibération, tandis que le considérant décisif se termine par l'invocation des « lois qui, adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale » (DC n° 62-20 du 9 novembre 1962, cons. 2). Une telle décision revient à considérer que l'expression d'une décision du peuple est injusticiable parce que le peuple est souverain. Une telle décision considère donc que, une fois que le peuple a voté, il n'est plus possible d'objecter avec succès un argument d'inconstitutionnalité de type procédural, résultant en l'espèce de l'utilisation de l'article 11 au lieu de l'article 89. L'argument de l'incompétence du Conseil prévaut alors sur l'irrégularité de la procédure³⁵.

2. Le 26 septembre 1992 : une confirmation ambiguë de la jurisprudence antérieure

Pour ce qui concerne la décision du 26 septembre 1992 (dite *Maastricht III*), le problème se posait de manière un peu différente. Après les péripéties qui avaient marqué l'épisode de la ratification du traité proprement dit, ayant exigé une révision constitutionnelle en raison d'une décision de contrariété rendue par le Conseil le 9 avril 1992 (*Maastricht I*, voir *infra*), c'est le peuple, et non le Parlement, qui, sur

³² *Ibid.*, p. 120.

³³ *Ibid.* Nous n'avons pas trouvé trace de cette assertion dans son *Cours de droit constitutionnel* de 1960-1961 publié aux Cours du droit. Il est toutefois possible que le cours mentionné soit celui professé non à la faculté de droit de Paris, mais à l'Institut d'études politiques de Paris.

³⁴ Les quatre minoritaires sont, comme on l'a deviné, Coty, Cassin, Auriol et, en plus, Vallery-Radot.

³⁵ Il va de soi que le seul contrôle judiciaire de constitutionnalité devrait être prévu antérieurement au référendum proprement dit, entre le moment où il est fait appel au peuple et le moment où le peuple vote.

le fondement de l'article 11, fut sollicité par le président de la République pour adopter la loi autorisant l'approbation du traité de Maastricht. Lors du scrutin du 20 septembre 1992, la majorité du peuple approuva par référendum ledit traité, ce qui provoqua immédiatement une saisine des députés, emmenés par Pierre Mazeaud. Pour la seconde fois, le Conseil devait trancher la question de savoir s'il pouvait examiner la constitutionnalité d'une loi référendaire.

La délibération de la séance du 23 septembre 1992 n'est pas, selon nous, du même niveau que celle de 1962. Le rapporteur, le professeur Jacques Robert, résume l'argument des saisissants dont l'un des objectifs est de démontrer que la décision d'incompétence du 6 novembre 1962 n'est plus susceptible de fonder la jurisprudence du Conseil constitutionnel en raison de l'évolution du contrôle de constitutionnalité et surtout à cause d'un précédent majeur, la décision de juin 1976, en vertu de laquelle le Conseil a admis qu'une loi référendaire pouvait être modifiée par une loi ordinaire (parlementaire) – ce qui est une autre manière de prétendre que la loi adoptée par le peuple n'est pas souveraine. La saisine soulevait, en outre, un nouvel argument relatif à l'objet de la loi proprement dite : alors qu'en 1962, la loi déferée avait un objet mixte (à la fois constitutionnel et organique), la loi ici déferée à l'examen du Conseil constitutionnel était une loi autorisant l'approbation d'un traité, ayant donc valeur de loi ordinaire. Sa spécificité tenait à l'auteur de l'approbation, le peuple se substituant de façon exceptionnelle au Parlement d'ordinaire compétent pour donner une telle « autorisation » à un traité déjà conclu. Ces arguments sont balayés presque d'un revers de la main par le rapporteur, qui s'appuie non seulement sur les textes – en particulier les dispositions de la loi organique relative au Conseil constitutionnel –, mais surtout sur la décision du 6 novembre 1962. Il considère en effet que « l'apport fondamental » de cette dernière décision consiste en ce que « l'esprit de la Constitution s'oppose à ce que le Conseil contrôle l'expression directe de la souveraineté nationale³⁶ ». Il conclut son rapport en indiquant que « pressé par le temps », il soumit un projet de décision qui « “colle” autant que faire se peut à la décision de 1962 » qu'il « ratifie³⁷ » tout en suggérant une solution alternative, appelée plus loin « solution 2 », qui est la suivante : si le Conseil constitutionnel pourrait être compétent pour vérifier la régularité des élections, il ne l'était pas pour « contrôler le fond de l'expression populaire³⁸ ».

Pour une fois, le rapporteur n'est pas suivi par les autres membres du Conseil constitutionnel. C'est surtout le président (Badinter) qui semble irrité par la motivation proposée, ne pouvant s'empêcher de remarquer ironiquement à propos de « l'esprit de la Constitution » : « nous ne faisons pas tourner les tables constitutionnelles³⁹ ». La discussion qui suit porte principalement sur la question de savoir laquelle des deux solutions pour justifier l'incompétence est la plus judicieuse : soit reprendre l'argumentation de 1962, soit la faire évoluer en jouant sur l'opposition entre le possible contrôle de régularité des élections et l'impossible contrôle de l'expression populaire sur le fond (« solution 2 »). Le consensus semble se nouer entre les membres du Conseil constitutionnel sur l'idée que ce dernier ne peut pas

³⁶ Compte-rendu de la séance du 23 septembre 1992, p. 14.

³⁷ *Ibid.*, p. 14-15.

³⁸ *Ibid.*, p. 15.

³⁹ *Ibid.*, p. 19.

s'opposer à la voix du peuple souverain, une fois qu'elle s'est valablement exprimée. C'est le président qui l'affirme avec force, renvoyant sur ce point les deux solutions envisagées : « Nul ne peut aller contre la volonté du peuple dès lors qu'elle s'est exprimée, selon une procédure régulière⁴⁰ ». Plus loin, il réitère cette position de principe : « il faut un contrôle préalable du Conseil. Mais quand le peuple a parlé le juge se tait⁴¹ ». Il est rejoint par Maurice Faure qui déclare, tout aussi abruptement : « Une fois que le souverain s'est prononcé, il n'y a plus rien à faire⁴² ». On dirait, à première vue, du Carl Schmitt dans le texte, c'est-à-dire une consécration du décisionnisme. Le peuple, quand il intervient, serait au-dessus de la Constitution. Toutefois, ce serait une erreur d'interpréter ainsi ces deux interventions, car il faut, au contraire, les situer dans la lignée de la limite tracée par Coty en 1962 : le peuple doit avoir été *régulièrement* sollicité. Le contrôle de la constitutionnalité de la procédure est bien implicitement considéré comme étant non seulement possible, mais nécessaire. En revanche, si la consultation du peuple est régulière en la forme, une fois que le peuple a tranché, le juge ne peut plus rien faire et donc ne peut s'opposer à la volonté populaire. Or, en l'espèce, nul ne doutait cette fois de la régularité de la saisine du peuple sur le fondement de l'article 11 (évoquant la ratification référendaire des traités ayant « des incidences sur le fonctionnement des institutions »). Ainsi le principe démocratique doit-il l'emporter. C'est ce qu'énonce avec force Robert Badinter qui défend la « solution 2 », en estimant que « le fait que la loi référendaire ne soit pas censurable par le Conseil constitutionnel ne résulte pas seulement de la Constitution, mais prend sa source dans la théorie de la souveraineté elle-même, dans un principe fondamental⁴³ ».

Le texte même de la décision ne nous paraît pas refléter fidèlement le contenu du compte-rendu. En effet, après avoir relevé, comme en 1962, que le texte de la Constitution de 1958 est muet sur la question de sa compétence pour contrôler la constitutionnalité d'une loi référendaire, le Conseil constitutionnel justifie son incompétence en énonçant la phrase suivante :

[A]u regard de l'équilibre des pouvoirs établis par la Constitution, les lois que celle-ci a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple français, à la suite d'un référendum contrôlé par le Conseil constitutionnel au titre de l'article 60, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale⁴⁴.

Certes, la référence à l'« esprit de la Constitution » et au Conseil constitutionnel, « organe régulateur des pouvoirs publics », ont disparu de la décision de 1992, ce qui montre bien la volonté, apparue lors de la discussion entre les membres, de se distancier de celle de 1962. En revanche, la décision reconnaît, comme celle de 1962, une asymétrie entre la volonté du peuple, insusceptible de contrôle, et la volonté parlementaire soumise à un tel contrôle. Dès lors, l'expression de la souveraineté du peuple prévue à l'article 3 C est hiérarchisée, puisque l'expression directe

⁴⁰ *Ibid.*, p. 15.

⁴¹ *Ibid.*, p. 19.

⁴² *Ibid.*, p. 15. Il précise plus loin pour témoigner de son scepticisme à l'égard d'un contrôle procédural préalable (du type avis de 1962) : « Moi, je ne vois pas aux termes de quelles constructions juridiques nous pourrions nous remettre en cause les résultats d'une consultation populaire au suffrage universel. Le peuple a voté oui : comment décider que ce n'est pas conforme à ceci ou cela ? » (*ibid.*, p. 18).

⁴³ *Ibid.*, p. 17.

⁴⁴ Cons. 4.

échappe au contrôle du Conseil constitutionnel tandis que celle du Parlement – expression indirecte du peuple – y est soumise. Dans un tel contexte, il devient difficile de comprendre l’invocation par le Conseil d’« un *équilibre des pouvoirs* » qui est censé éclairer la solution alors que celle-ci est, en fin de compte, identique à celle de 1962 en ce qu’elle reconnaît la suprématie de la volonté du peuple.

Il est donc frappant de constater que le conflit frontal entre la souveraineté du peuple et le contrôle juridictionnel de la loi (une des expressions du constitutionnalisme) ne fait pas l’objet d’une discussion entre les membres du Conseil constitutionnel. Le président Badinter y fait certes allusion, implicitement, en évoquant, l’hypothèse « dans laquelle le Président [de la République] [fait] adopter par référendum une loi qui, empruntant la voie parlementaire, tomberait à coup sûr sous la censure du Conseil constitutionnel⁴⁵ », et donc le risque du détournement de procédure consistant à utiliser l’article 11 « pour éviter le contrôle de constitutionnalité⁴⁶ ». Une telle hypothèse n’est pas purement théorique, car le président, comme un autre membre (Rudloff), songe au rétablissement de la peine de mort par voie de référendum. Mais ces deux interventions ne provoquent pas de réaction, ni de débat. De même, le sérieux problème du domaine d’application de la loi référendaire, soulevé par les saisissants, n’est guère examiné par les membres du Conseil constitutionnel. En effet, il était loin d’être évident que la décision de 1962 pût jouer comme précédent, car, comme la saisine l’avait fait observer, la loi référendaire déferée au Conseil était une loi autorisant l’approbation d’un traité international et devait être considérée comme étant une loi ordinaire. Cette question est seulement effleurée à l’occasion d’une discussion entre le président et le rapporteur sur la différence de nature des actes « suivant que la souveraineté s’exprime directement ou pas ». Le rapporteur juge « contestable » la décision du 14 juin 1976 qui a déclaré conforme à la Constitution la loi organique relative au parrainage des candidats à l’élection présidentielle, et modifiant donc, formellement, la partie organique de la loi référendaire du 6 novembre 1962⁴⁷. C’est en raison de cette remarque que le secrétaire général du Conseil intervient spontanément en faisant une mise au point juridique sur cette délicate question de la valeur juridique d’une loi référendaire :

La question est celle du domaine dans lequel intervient la loi référendaire ; si ce domaine est constitutionnel, seule une loi constitutionnelle pourra venir la modifier ; s’il est organique, une loi organique pourra lui apporter des modifications, et s’il relève de la loi ordinaire, celle-ci peut modifier la loi référendaire. En 1962, il s’agissait d’une loi référendaire sur la forme qui portait à la fois sur le domaine constitutionnel et sur le domaine organique⁴⁸.

Une telle intervention soulevait l’intéressant problème juridique de savoir quel était le statut d’une loi référendaire une fois adoptée. Du point de vue de la hiérarchie des normes, l’argumentation du secrétaire général est inattaquable : une loi constitutionnelle peut toujours être abrogée ou modifiée par une autre loi constitutionnelle. C’est la position classique des membres du Conseil d’État, celle que

⁴⁵ *Ibid.*, p. 16.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 15 (formule du président Badinter).

⁴⁷ Décision n° 76-65 DC du 14 juin 1976.

⁴⁸ Compte-rendu de la séance du 23 septembre 1992, p. 19.

défendait Raymond Janot devant le Comité constitutionnel consultatif⁴⁹. On verra plus loin qu'elle peut cependant être discutée si l'on se place d'un autre point de vue, celui de la hiérarchie des organes, si l'on peut dire. Mais une chose est sûre : cette question n'a pas du tout intéressé les membres du Conseil constitutionnel, qui n'ont pas répliqué à cette observation, le rapporteur ne tentant même pas de défendre son point de vue critique sur la décision de 1976. Rien de surprenant en fait, tant les membres du Conseil, qui sont mal à l'aise avec les questions de « dogmatique juridique », les éludent soigneusement. Le même constat vaut pour la seconde des questions un peu compliquées posée cette fois par la deuxième décision du 2 septembre 1992 (*Maastricht II*), qui faisait intervenir un autre Souverain.

B. Maastricht II ou le surgissement d'un autre Souverain : le « pouvoir constituant »

La saisine du Conseil constitutionnel était la première application de la modification de la Constitution, consécutive à la décision du 9 avril 1992 (*Maastricht I*) ayant relevé certaines contrariétés du traité avec la Constitution de 1958. Le nouvel article 54, issu de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, étant désormais calqué sur l'article 61, les députés du RPR, emmenés cette fois par Charles Pasqua, contestaient de nouveau la constitutionnalité des dispositions du traité de Maastricht, remettant en cause, implicitement, mais nécessairement, la première décision du 9 avril 1962. Ce point relatif à l'autorité de la chose jugée ne retiendra point notre attention car, dans notre perspective, cette saisine est essentiellement intéressante en ce qu'elle contraignait le Conseil constitutionnel à trancher le point de savoir s'il pouvait contrôler le contenu d'une loi constitutionnelle adoptée à la suite d'une révision opérée par le Congrès (art. 89).

Le Conseil rejette une telle possibilité en énonçant que, exception faite des limitations temporelles, de forme et de fond, tirées principalement de l'article 89 al. 5, « le pouvoir constituant est souverain » ; de telle sorte qu'« il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter les dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ». Il en résulte que « rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle », une telle dérogation pouvant être « aussi bien expresse qu'implicite » (*Maastricht II*, cons. 19). Par voie de conséquence, le Congrès, qui fut l'organe de révision en 1992, pouvait très bien déroger à l'article 3 C pour ce qui concerne la participation des ressortissants européens aux élections municipales, en prévoyant une exception figurant dans le nouvel article 88-3. Cette liberté du « pouvoir constituant » se manifeste également par le fait qu'il a pu introduire dans la révision constitutionnelle des dispositions qui n'avaient rien à voir avec le « mandat » initial résultant de la déclaration de non-contrariété du 9 avril 1992 (modification des conditions de saisine de l'art. 54 ou encore l'art. 88-4).

Nous ne reprendrons pas ici nos critiques relatives à l'usage de l'expression de « pouvoir constituant » pour désigner ce que nous persistons à nommer le « pouvoir de révision constitutionnelle » au motif qu'un pouvoir constituant n'est justement pas un pouvoir constitué, et *vice versa*⁵⁰. Nous ne reviendrons pas davantage

⁴⁹ Cité par Vincent Auriol, dans le compte-rendu de la séance du 6 novembre 1962, dans B. MATHIEU *e. a.* (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1985)*, *op. cit.*, p. 119.

⁵⁰ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 314 *sqq.*

sur l'incohérence qu'il y a à qualifier de « souverain » un pouvoir (celui de réviser la Constitution) qui est soumis à des conditions juridiques expressément formulées dans certains articles de la Constitution, et au premier chef dans l'article 89 al. 5. Il ressort de la lecture du compte-rendu de la discussion du 2 septembre 1992 que ces petites « finesses » de vocabulaire, qui recouvrent de vrais problèmes conceptuels, ne furent pas du tout évoquées, le rapport de Maurice Faure étant adopté sans guère de débats. En termes imagés le rapporteur résume la saisine en disant qu'elle reproche au « constituant » (c'est-à-dire le Congrès) d'avoir péché par « défaut » et « par excès », notamment par défaut, car il n'aurait pas modifié les dispositions constitutionnelles nécessaires (entre autres l'article 3). Il y aurait donc une sorte d'incompétence négative de l'autorité ayant révisé la Constitution. À cet argument de principe, Maurice Faure répond par un rejet et, pour ce faire, se retranche derrière, d'une part, le constat – qu'il juge infaillible – de la souveraineté du pouvoir constituant⁵¹ et, d'autre part, l'autorité doctrinale – jugée tout autant infaillible – du doyen Vedel. En effet, sa doctrine du « lit de justice » justifierait la souveraineté du pouvoir de révision, car il conviendrait de laisser à un pouvoir public la faculté de surmonter le blocage résultant d'une « invalidation » par le Conseil constitutionnel, seul moyen d'éviter le « gouvernement des juges », jugé problématique parce que le juge n'a pas une légitimité démocratique équivalente à celle du peuple. « Alors – conclut Maurice Faure –, comme le dit lumineusement Georges Vedel, le souverain paraît en majesté et vient “dans une sorte de lit de justice” briser les arrêts du juge⁵² ». Cette liberté reconnue à l'autorité de révision se serait manifestée, poursuit le rapporteur, dès la décision du 9 avril 1992 (*Maastricht I*) dans laquelle le Conseil constitutionnel n'aurait pas voulu « “tenir la main” du constituant », « le laissant libre de choisir les voies et moyens à emprunter pour parvenir à l'objectif de rendre le texte constitutionnel compatible avec le Traité⁵³ ».

On se dispensera ici de critiquer cette doctrine « vedélienne » du lit de justice⁵⁴, si « lumineuse » soit-elle aux yeux de son ami Maurice Faure, en préférant souligner son inapplication dans le cas de l'espèce. En effet, loin de contredire la décision du Conseil constitutionnel du 9 avril 1992, le « pouvoir constituant » l'a sagement suivi en se conformant à l'objectif qu'elle a fixé : rendre compatible la Constitution de la V^e République en la modifiant en vue de rendre possible la ratification en droit interne du traité de Maastricht. En réalité, dans le cas précis de 1992, le pouvoir constituant aurait fait preuve de sa « souveraineté » s'il avait « brisé » la décision du Conseil constitutionnel, en modifiant la Constitution dans un sens *contraire* aux dispositions du traité de Maastricht. Par exemple, si le « Souverain » constituant – le Congrès – avait ordonné que le droit de vote dans les élections municipales ne

⁵¹ Les requérants « me semblent oublier ce point fondamental que le constituant est souverain. Et qu'il l'est tant du point de vue de la matière qu'il entend régler (il lui est simplement interdit, en vertu du dernier alinéa de l'article 89 de la Constitution de revenir sur la forme républicaine du gouvernement), que de la façon dont il entend régler cette matière » (Compte-rendu, séance du 2 septembre 1992, p. 12).

⁵² Compte-rendu, séance du 2 septembre 1992, p. 13. Maurice Faure se réfère à l'article de Vedel : G. VEDEL, « Schengen et Maastricht (À propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *RFDA*, n° 2, 1992, p. 173-184.

⁵³ Compte-rendu, séance du 2 septembre 1992, p. 13.

⁵⁴ Nous rejoignons notamment Claude Klein, excellent connaisseur de la question du pouvoir constituant, qui a judicieusement critiqué la théorie du Conseil constitutionnel comme « aiguilleur » dans l'ouvrage suivant : Cl. KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, p. 169-170.

pouvait être reconnu aux ressortissants communautaires, il y aurait bien eu l'équivalent d'un lit de justice. En effet, il aurait fait le contraire de ce que « prescrivait » le Conseil constitutionnel et serait apparu en majesté comme une sorte de Souverain moderne « brisant » une décision du Conseil. Mais, comme on l'a vu, il n'a pas du tout procédé ainsi. Par conséquent, à la supposer valable en soi, la doctrine du lit de justice ne s'est pas appliquée en l'espèce, et ne pouvait en rien justifier métajuridiquement l'injusticiabilité de la décision du Congrès.

Cette invocation du « lit de justice » n'est d'ailleurs pas la seule contradiction interne à ce rapport de Maurice Faure. En effet, en même temps que le rapporteur déclare que le pouvoir de révision constitutionnelle, le « pouvoir constituant », est souverain, il prend la liberté d'interpréter de façon très constructive l'article 88-3 de la Constitution qui posait un problème de cohérence interne. En effet, son premier aliéna renvoyait, pour la mise en œuvre du droit de vote et de l'éligibilité des ressortissants européens « aux modalités prévues » par le traité de Maastricht alors que le troisième et dernier alinéa disposait qu'on pourrait « renvoyer à une loi organique « pour déterminer les conditions d'application » de l'article 88-3. Il y avait donc un risque de contrariété entre les deux dispositions, de sorte que la seule possibilité envisageable pour sauver une telle rédaction défectueuse était, selon le rapporteur, d'interpréter l'article 88-3 comme imposant à la loi organique française l'obligation de respecter l'acte de droit européen dérivé fixant lesdites modalités. Ainsi, le rapporteur propose aux membres du Conseil de faire une « interprétation neutralisante » de l'article 88-3⁵⁵. Mais cela ne revient-il donc pas à contrôler le « pouvoir constituant » déclaré pourtant souverain ? En tout cas, sans discuter ni cette idée de souveraineté du « pouvoir constituant », ni la qualification de « pouvoir constituant », ni encore l'interprétation neutralisatrice, le Conseil constitutionnel avalise le rapport de Maurice Faure, comme en témoigne le contenu de la décision⁵⁶.

Par conséquent, dans sa décision *Maastricht II*, le Conseil constitutionnel avalise la théorie de la souveraineté de l'organe. En effet, elle considère que le Congrès (réunion de l'Assemblée nationale et du Sénat), organe doté du pouvoir de révision constitutionnelle, est l'organe souverain. C'est d'ailleurs un souverain particulier puisqu'il est prévu par la Constitution, donc un organe constitué. Cependant, on sait qu'en vertu de l'article 89 de la Constitution, le président de la République peut aussi solliciter le peuple pour ratifier une révision approuvée en premier lieu par les deux Chambres. Il ressort donc un constat paradoxal selon lequel il y a en réalité, un *double Souverain* dans la V^e République : d'une part, le peuple, que celui-ci soit sollicité en vertu de l'article 11, soit selon nous en vertu de l'article 89, et, d'autre part, le Congrès. Peut-on alors imaginer un conflit de souveraineté entre ces deux entités ? Plus précisément, doit-on, ou non, admettre qu'un organe autre que le peuple pourrait modifier ultérieurement l'expression de la volonté souveraine du peuple ? Pour être plus précis, le Congrès sollicité aux termes de l'article 89 pourrait-il modifier le contenu d'une loi constitutionnelle « référendaire » ? Pourrait-il revenir, par exemple sur l'élection directe au suffrage universel

⁵⁵ « Je vous propose donc de considérer que l'article 88-3 nouveau de la Constitution ne fait pas obstacle à la ratification, au bénéfice de l'interprétation neutralisante que je viens de décrire [...] » (Compte-rendu, séance du 2 septembre 1992 p. 19).

⁵⁶ Voir, outre le 13^e considérant précité, le 28^e considérant : « la loi organique devra respecter les prescriptions édictées à l'échelon de la Communauté européenne pour la mise en œuvre du droit reconnu par l'article I-8 B, paragraphe 1 ».

du président de la République ? Le Conseil constitutionnel a bien admis en 1978 que le Parlement pouvait modifier la partie organique de la loi du 6 novembre 1962 qui était référendaire. N'est-ce pas un précédent pour justifier l'application du même raisonnement pour une loi portant sur un domaine constitutionnel ? La question se pose alors de savoir si l'on peut maintenir le principe de la souveraineté du peuple dans un système constitutionnel où il y a deux voies, directe et indirecte, de son expression, de sorte que, du moins en théorie, on pourrait par la voie indirecte – par le Parlement (loi ordinaire) ou le Congrès (loi constitutionnelle) – remettre en cause la volonté exprimée par la voie directe par le peuple. N'est-ce pas d'ailleurs la question qui aurait pu être posée, lors de la ratification du traité de Lisbonne par le Parlement français en 2007 ? En effet ce traité reprenait pour l'essentiel, du point de vue matériel (contenu du texte), les termes du traité sur la Constitution européenne qui avait été rejeté par référendum en mai 2005. Dès lors, le Congrès, sollicité par le président de la République au titre de l'article 89, pouvait-il revenir sur une décision antérieure prise par le peuple ? Ou n'aurait-il pas fallu estimer que seul le peuple pouvait se prononcer sur le traité de Lisbonne ? Question explosive que le Conseil constitutionnel prit bien soin de ne pas même évoquer dans sa délibération du mois de décembre 2007 (traité de Lisbonne), alors que, sur le fond, le Congrès d'abord (révision), puis le Parlement ensuite (loi de ratification), en adoptant un traité matériellement fort semblable à celui du (projet de) traité établissant une « Constitution européenne » ont remis en cause le contenu de la décision populaire du 29 mai 2005 par laquelle le peuple français avait rejeté ce dernier. Il y avait au moins matière à débat, mais le Conseil constitutionnel ne s'en empare pas.

II. LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL FACE À L'EUROPE : UN GARDIEN DE LA SOUVERAINETÉ, MAIS DE QUELLE SOUVERAINETÉ ?

Le Conseil constitutionnel est – lit-on parfois – le gardien de la Constitution de la V^e République. Or, celle-ci, qui a été voulue prioritairement par les gaullistes, est forcément peu réceptive à la supranationalité et aux institutions européennes. L'article 54 de la Constitution attribue au Conseil constitutionnel, s'il est saisi⁵⁷, le soin de décider si tel ou tel traité – considéré comme un engagement international – « comporte une clause contraire à la Constitution ». Et s'il répond par l'affirmative, seule une éventuelle révision de la Conseil constitutionnel pourrait autoriser l'approbation dudit engagement international. Pour comprendre cet article, il faut se rappeler que les « gaullistes » n'avaient pas apprécié que le traité de Rome de 1957 fût approuvé par le Parlement en vertu d'une loi ordinaire, sans contrôle préalable de constitutionnalité⁵⁸. Un tel article 54 était censé remédier à cette lacune en instituant une procédure permettant de s'opposer, *via* le contrôle de constitutionnalité, au cas – théoriquement improbable (du moins tant que de Gaulle était à la tête de l'État) – où le pouvoir exécutif aurait négocié et conclu un traité allant à l'encontre de la Constitution perçue comme une expression de la souveraineté de l'État. En 1958, au moment de l'élaboration de la Constitution de la V^e République,

⁵⁷ On laisse ici de côté l'évocation des auteurs de la saisine, dont le nombre et la qualité ont évolué depuis la révision de 1992.

⁵⁸ C'est d'ailleurs l'affaire de la Communauté européenne de défense qui avait soulevé pour la première fois ce problème d'un traité contraire à la Constitution. Voir *infra*, II.

l'article 49 (qui deviendra l'article 54 C) déplut aux membres pro-européens du Comité consultatif constitutionnel. Pierre-Henri Teitgen, par exemple, regrette cette disposition teintée d'un « inquiétant nationalisme juridique⁵⁹ », mais Marcel Waline lui fait observer que les traités, supérieurs à la loi, ne sont pas encore des traités, juridiquement parlant, avant leur ratification et qu'un tel contrôle procédural et préalable est tout à fait possible en droit⁶⁰. Ainsi, l'office du Conseil constitutionnel, résultant de l'article 54, le conduit non seulement à défendre la Constitution contre des traités internationaux – en réalité des *projets* de traités – qui lui seraient matériellement contraires –, mais aussi à assumer le rôle de gardien tout à la fois de la Constitution et de la souveraineté. C'est ce rôle que le Conseil constitutionnel a endossé explicitement dans la décision du 9 avril 1992 (*Maastricht I*), où il met en avant le nécessaire respect de « respect de la souveraineté nationale ». Mais il doit concilier cette exigence avec les autres exigences résultant de l'avancement de la construction européenne, conciliation extrêmement difficile à réaliser en pratique. Un tel exercice d'équilibriste fut rendu de plus en plus difficile à réaliser au fur et à mesure de l'approfondissement de la construction européenne et des révisions-adjonctions de la Constitution qui en ont résulté.

A. La variation des standards pour protéger la souveraineté (1970-1985) et la fixation de la jurisprudence en 1992

Si cette prémisse du gardien de la souveraineté est valide, la seule question qui vaille d'être étudiée est celle de savoir comment le Conseil constitutionnel va interpréter la souveraineté. En a-t-il une acception extensive ou restrictive ? Dans le premier cas, il freinera ou empêchera la construction européenne par sa jurisprudence et, dans le second cas, il la favorisera. De ce point de vue, il a évolué, oscillant entre deux positions différentes, avant de fixer, en 1992, sa jurisprudence dans sa fameuse décision *Maastricht I* dans laquelle il réutilise le critère – le standard même – des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » en lui attribuant, cependant, un nouveau sens – critère qu'il appliquera sans discontinuité dans les décisions ultérieures sur les traités d'Amsterdam (1997), de la « Constitution européenne » (2004) et, enfin, de Lisbonne (2007).

1. La décision fondatrice du 19 juin 1970, dite « ressources communautaires »

Commençons par sa première grande décision, celle du 19 juin 1970 (70-39 DC) sur les ressources communautaires (« ressources propres »), où le Conseil déclare compatible avec la Constitution la décision – requalifiée d'engagement international – en observant qu'elle ne pouvait « porter atteinte ni par sa nature, ni par son importance aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale⁶¹ ».

⁵⁹ Travaux du Comité consultatif constitutionnel, séance du 1^{er} août 1958, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution de 1958*, t. II, *Le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, Paris, Documentation française, 1988, p. 133.

⁶⁰ Si le traité (*i. e.* le projet de traité) « doit modifier la Constitution ou les lois organiques, il faut qu'il ait été pris dans les formes de la modification de la Constitution et des lois organiques » (*ibid.*, p. 134).

⁶¹ On remarquera en passant que le Conseil constitutionnel n'est pas toujours fidèle à cette expression. Dans les décisions du 22 mai 1985 et du 26 janvier 1995, il a changé l'expression : il y

Elle posait une question d'ampleur, à savoir si une décision du 21 avril 1970, prise en application du Traité de Rome, sur le Marché commun pouvait permettre aux institutions européennes de recevoir le produit d'une taxe. Une telle saisine posait cependant un problème de recevabilité de la saisine au titre de l'article 54, problème judicieusement soulevé par François Luchaire. Il convenait, selon lui, de déterminer si cette décision du Conseil des Ministres européen pouvait être interprétée comme un engagement international, au sens de l'article 53⁶². Il était le seul membre du Conseil à défendre la non-assimilation de cette décision à un « engagement international » et donc la thèse de l'irrecevabilité. Toutefois, son intervention n'eut aucun effet, ne provoquant pas de véritable débat, certains autres membres contestant son opinion sans argumenter leur opposition⁶³.

Sur le fond, la délibération du Conseil faisait apparaître la question de savoir si la construction européenne, consolidée par le Traité de Rome sur le Marché commun pouvait, sous l'empire de la Constitution de la V^e République, être approfondie sans problème. Juridiquement, la question semblait se limiter à celle de savoir si l'article 34 de la Constitution de 1958 était ou non violé par cette « décision » communautaire, car un tel article attribue au seul Parlement français le droit de lever les impôts. La portée d'une telle question n'a pas échappé au président du Conseil constitutionnel, Gaston Palewski, qui observe que cette décision du 21 avril 1970 « constituerait un démembrement de la souveraineté nationale qui, aux termes de l'article 3 de la Constitution, n'appartient qu'au peuple français⁶⁴ ». Il ajoute plus loin : « pour la première fois, le Conseil se trouve devant la nécessité de dire la Constitution par rapport à la souveraineté nationale⁶⁵. » Mais on n'en saura pas davantage sur ce qu'il entend par « souveraineté nationale ». Quoi qu'il en soit, le président suggère aux autres membres du Conseil qu'il « soit indiqué dans les considérants que le Conseil est décidé à faire respecter l'article 3 de la Constitution si cela est nécessaire⁶⁶ ». C'est pour cela que figure dans le projet de décision un considérant qui peut paraître surabondant, celui sur les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté. Le projet de décision contient un dernier paragraphe ainsi rédigé : « Considérant, *au surplus* que la décision du 21 avril 1970 ne porte pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale [...]»⁶⁷. La décision publiée indique bien que les deux derniers considérants (8 et 9)⁶⁸ sont superflus, intervenant une fois qu'il est décidé que la « décision

est question des « conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté ». De même, dans certaines décisions, l'adjectif « nationale » pour désigner la souveraineté disparaît dans cet exercice (voir J. ROUX, *Le principe de la souveraineté nationale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 134).

⁶² B. MATHIEU *e. a.* (dir), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1985)*, *op. cit.*, p. 202-203.

⁶³ C'est le cas de Marcel Waline (*ibid.*, p. 203). Le compte-rendu ne permet pas de savoir quels sont ses arguments en faveur de la recevabilité.

⁶⁴ B. MATHIEU *e. a.* (dir), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1985)*, *op. cit.*, p. 201.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 202.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 205.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 206.

⁶⁸ « Considérant, *d'ailleurs*, que la décision du 21 avril 1970 prend place dans un ensemble de mesures d'exécution liées à l'établissement d'une politique commune, qu'elle ne saurait donc

n'est pas en contradiction avec la Constitution » (cons. 7). La preuve en est que dans les visas, l'article 3 de la Constitution n'est pas mentionné. Il s'agit bien d'un *obiter dictum* à valeur préventive.

Ainsi, cette décision de 1970 est une sorte de premier avertissement du Conseil constitutionnel. La décision contestée du 21 avril 1970 n'avait qu'une valeur « technique⁶⁹ » et ne posait pas de principe, mais, à l'avenir, une disposition plus importante, et non seulement technique, ne manquerait pas d'être contrôlée plus sévèrement par le Conseil. Il convient de souligner que l'introduction de cette clause sur « l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » a été effectuée de façon purement *clandestine* au sens où l'on ne trouve nulle trace dans le compte-rendu d'une discussion dans les débats sur ce point précis. Qui l'a inventée ? Dans quel but ? Quel est le contenu de cette expression « à tiroirs » ? On peut seulement deviner que son introduction répondit à la volonté du président du Conseil, Gaston Palewski, d'instaurer un verrou au cas d'un futur et éventuel « approfondissement » de la construction européenne. C'est un premier sujet d'étonnement dans la mesure où surgit une curieuse distorsion entre la « délibération » et la rédaction finale de la décision, celle-ci ne reflétant pas du tout le compte-rendu de la discussion entre les membres du Conseil⁷⁰.

2. La décision du 30 décembre 1976 sur l'Assemblée européenne : pour une relecture

Cette décision fut précédée d'un débat public d'une importance inégalée. Tous les gaullistes, Michel Debré en tête⁷¹, ont pris la plume dans les journaux pour dénoncer la contrariété de cet acte qui, pris en application du Traité de Rome sur le Marché Commun, modifiait l'élection des membres de cette Assemblée, en le faisant passer du suffrage indirect au suffrage direct. Ils estimaient que cette réforme constituait une atteinte inadmissible à l'article 3 de la Constitution, dans la mesure où l'exercice du suffrage par les citoyens présupposerait l'exercice d'une souveraineté.

L'élaboration de cette décision témoigne d'une très forte division au sein du Conseil. La délibération commence par l'exposé du rapporteur, François Goguel, dont la conclusion est sans ambiguïté :

[I]l résulte du 3^e alinéa de l'article 3 de la Constitution que le suffrage universel ne peut être appelé à s'exprimer en France que dans les conditions prévues par la Constitution. *Rien de plus naturel, puisque ce qui concerne l'expression de la souveraineté est par nature d'ordre constitutionnel*⁷².

avoir par elle-même valeur de principe. Considérant, que dans le cas de l'espèce, elle ne peut porter atteinte, ni par sa nature, ni par son importance, aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » (nous soulignons).

⁶⁹ La formule est de P. Chatenet (voir B. MATHIEU *e. a.* (dir), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1985)*, *op. cit.*, p. 206).

⁷⁰ On a vu plus haut ce phénomène à l'œuvre dans la décision de 1962.

⁷¹ M. DEBRÉ, « Souveraineté et légitimité », *Le Monde*, 9 décembre 1976.

⁷² Compte-rendu, séance du 29 décembre 1976, p. 21 [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1976-12-29-30.pdf].

Selon le rapporteur, la disposition de l'article 3 selon laquelle le suffrage sera direct ou indirect « dans les conditions prévues par la Constitution » n'a pas prévu parmi les cas de suffrage direct celui de l'élection des membres d'une assemblée comme celle des Communautés européennes. Donc, la clause litigieuse de l'engagement international serait contraire à cet article 3. Goguel prétend même que cet article 3 al. 3 a été rédigé ainsi en 1958 pour bloquer « le processus retenu par la décision du Conseil des Communautés⁷³ ». Ce rapport long d'une trentaine de pages suscite l'hostilité d'un fervent européen, Paul Coste-Floret (professeur de droit et homme politique du MRP), qui fait une sorte de contre-rapport. Il l'a rédigé, dit-il, « en raison de l'importance de l'affaire ». C'est un des rares moments des délibérations du Conseil où l'un de ses membres se lance dans une opération de clarification conceptuelle. Il distingue deux sens de la souveraineté : d'un côté, la souveraineté démocratique (souveraineté d'organe), qui désigne le titulaire du pouvoir ultime et, d'un autre côté, la souveraineté de l'État qui correspond ici au contenu de la souveraineté, de la puissance publique :

Or, il est bien évident que l'élection de l'Assemblée européenne au suffrage universel n'affecte pas la détention de la souveraineté sur le plan interne : celle-ci continue d'appartenir au peuple, et l'on peut même affirmer qu'en désignant directement des représentants à l'Assemblée, il accroît son pouvoir.

Quant au domaine de la souveraineté nationale, il appartiendrait certes au Conseil constitutionnel d'apprécier, comme il l'a indiqué dans sa décision du 19 juin 1970, si la nature et l'importance des empiètements qu'il subit sont compatibles avec la Constitution. Mais la décision du 20 septembre 1976 n'est relative *qu'au mode de désignation des membres de l'Assemblée* et ne comporte aucun *transfert de compétences aux instances communautaires*. Elle ne retire donc rien aux attributions des pouvoirs publics français.

Sans doute peut-on soutenir qu'une Assemblée élue au suffrage universel disposera d'une légitimité qui pourrait lui permettre d'étendre ses propres pouvoirs. Mais, outre qu'il s'agit d'une pétition de principe, cette tendance, si elle se vérifie généralement dans l'ordre interne, ne peut se manifester de la même manière dans l'ordre international. En l'espèce, c'est le traité de Rome qui fixe les pouvoirs de l'Assemblée et le traité ne peut être modifié par la volonté de celle-ci : les États restent les maîtres des révisions éventuelles. Ainsi leur souveraineté permet de contenir, non seulement sur le plan politique mais aussi sur le plan juridique, les prétentions éventuelles d'une assemblée élue⁷⁴.

C'est une des meilleures interventions dans toutes les « délibérations » du Conseil constitutionnel relatives à la construction européenne⁷⁵, car elle relève l'argument le plus fort, du point de vue juridique, en faveur du maintien de la souveraineté des États membres au sein de la Communauté européenne : ceux-ci restent « les maîtres des révisions éventuelles », c'est-à-dire qu'ils restent les « maîtres des traités » (*Herren der Verträge*), pour employer une expression couramment utilisée par la Cour de Karlsruhe dans les décisions équivalentes et qu'elle a repris de la doctrine publiciste allemande. C'est une autre manière d'exprimer l'idée selon laquelle les États, par ce moyen formel (compétence de modifier les traités), conser-

⁷³ *Ibid.*, p. 50.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 37-38.

⁷⁵ Du moins de celles que nous avons pu lire.

vent la « compétence de la compétence » – définition la plus classique de la souveraineté interne depuis que Carré de Malberg l’a importée de l’Allemagne et diffusée dans le milieu des professeurs français de droit public. Tel est d’ailleurs l’argument dont des juristes aussi éminents que Dieter Grimm⁷⁶ et Michel Troper⁷⁷ useront, soit à propos du traité de Maastricht, soit à propos du traité établissant une Constitution européenne, pour démontrer que malgré l’apparent démembrement de la puissance publique (résultant par exemple du transfert de la monnaie à l’UE), les États membres de l’UE restent et demeurent souverains.

Mais cet argument, si important juridiquement soit-il, n’est pas repris dans la discussion qui s’engage après ce contre-rapport de Coste-Floret, qui reçoit l’appui de Gaston Monnerville, selon qui la nature du mandat des représentants français à l’Assemblée européenne n’a pas été modifiée par le changement du mode de scrutin. Il considère que « le nœud de la question est le principe de la souveraineté nationale et il lui apparaît que ce principe n’est pas atteint⁷⁸ » – sans qu’on sache en quoi consiste ce « principe de la souveraineté nationale ». Pierre Chatenet, ancien directeur d’une Commission européenne, estime pour sa part que « l’affaire soumise au Conseil ce jour apparaît extérieure à la Constitution française. Il n’y a pas osmose sur le plan de la souveraineté entre nation et Europe⁷⁹ ». Un tel langage, assez imagé, est bien peu juridique. Toutefois, on doit comprendre par là qu’il y a une indépendance des deux ordres juridiques, communautaire et français, de telle sorte que la question de l’élection des membres de l’Assemblée européenne ne remet pas en cause cette relative étanchéité entre les deux ordres juridiques. Le Conseil est divisé entre les deux lignes représentées respectivement par Goguel et Coste-Floret. C’est le président – Roger Frey – qui les départage avec sa voix prépondérante, faisant échouer la solution Goguel⁸⁰. Le lendemain, il se charge de présenter non pas un rapport alternatif, mais un nouveau projet de décision dont « la motivation constituera le rapport⁸¹ ». Autrement dit, il n’y aura pas de second rapport, mais c’est bien la position du président du Conseil qui est reflétée dans la décision adoptée le 30 décembre 1976.

Il en ressort un décalage impressionnant entre le contenu de cette délibération et ce que les commentateurs retiendront de cette décision. En effet, les commentateurs se focalisent sur le deuxième considérant qui limite la portée du Préambule de la Constitution de 1946, confirmé par celui de la Constitution de 1958, en ce que, d’une part, il dispose que, « sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l’organisation et à la défense de la paix » et, d’autre part, ajoute la formule qui a fait bondir beaucoup de pro-européens : « aucune disposition de nature constitutionnelle n’autorise des transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale à quelque organisation internationale que ce

⁷⁶ D. GRIMM, *Braucht Europa eine Verfassung?*, Munich, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1995 (texte qui a donné lieu à un vif débat avec Habermas).

⁷⁷ M. TROPER, « L’Europe politique et le concept de souveraineté », in O. BEAUD *e. a.* (dir.), *L’Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

⁷⁸ Compte-rendu, séance du 30 décembre 1976, p. 46.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 47.

⁸⁰ Le vote à égalité (4 contre 4) s’explique par l’abstention de Pierre Chatenet.

⁸¹ Compte-rendu, séance du 30 décembre 1976, p. 60.

soit ». Cette formulation très générale – quelles que soient les réserves qu'elle peut susciter de la part d'un internationaliste attaché à une conception formelle de la souveraineté⁸² – vise à montrer, en l'espèce, que l'acte contesté n'a pas cet objet : la modification de l'élection des membres du Parlement européen ne concerne pas la souveraineté française, car elle affecte seulement l'ordre juridique européen de sorte que la violation invoquée des articles de la Constitution française n'existe pas⁸³. C'est pour cette raison que le Conseil estime qu'il y a compatibilité au terme d'un raisonnement qui épouse le contre-rapport de Coste-Floret dont on a du mal à imaginer qu'il ait voulu freiner la construction européenne⁸⁴. Relue à la lumière du compte-rendu des débats, cette décision de 1976 n'est pas, selon nous, autant anti-européenne qu'on ne l'a dit. En effet, le président du Conseil s'est opposé avec d'autres membres plus « européens » à l'autre partie des membres du Conseil de stricte obédience gaullistes (Goguel, Brouillet, Sainteny et Rey) pour aboutir à une déclaration de non-contrariété à la réforme de l'élection de l'Assemblée européenne. La décision est peut-être inquiétante pour l'avenir de la construction européenne en raison des réserves citées plus haut (sur les transferts de souveraineté), mais, pour le présent, elle fait passer la réforme si controversée de l'élection de l'Assemblée européenne.

Quoi qu'il en soit, avant d'en arriver aux trois décisions sur Maastricht (1992), il faut mentionner l'étape intermédiaire, représentée par la décision de 1985 sur l'abolition de la peine de mort par le Protocole n° 6 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. La souveraineté de l'État n'est-elle pas remise en cause par un tel acte juridique – une convention internationale – qui empêchera désormais les États signataires de recourir à la peine capitale, sauf en cas de guerre ? Le Conseil répond en estimant que « cet engagement international n'est pas incompatible avec le devoir pour l'État d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens⁸⁵ ». La doctrine a cru que cette énumération visait à préciser la signification exacte des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », alors que l'intention du Conseil constitutionnel, très bien restituée par Andrea Hamann à partir de la lecture du compte-rendu⁸⁶, était seulement de déclarer compatible ce Protocole avec l'article 16 de la Constitution. En réalité, on ne peut rien tirer de cette décision concernant une éventuelle « doctrine » de la souveraineté de la part du Conseil constitutionnel.

⁸² On renvoie ici à l'article précité d'Andrea Hamann : A. HAMANN, « Sur un "sentiment" de souveraineté », art. cité.

⁸³ « Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que l'acte du 20 septembre 1976 est relatif à l'élection des membres d'une assemblée qui n'appartient pas à l'ordre institutionnel de la République française et qui ne participe pas à l'exercice de la souveraineté nationale ; que, par suite, la conformité à la Constitution de l'engagement international soumis au Conseil constitutionnel n'a pas à être appréciée au regard des articles 23 et 34 de la Constitution, qui sont relatifs à l'aménagement des compétences et des procédures concernant les institutions participant à l'exercice de la souveraineté française » (cons. 7).

⁸⁴ Sa thèse est en réalité plus convaincante que celle de Goguel qui fait jouer à l'élection un rôle décisif qu'elle n'a pas en droit constitutionnel, la confondant à tort avec la représentation (voir, dans la présente livraison, la contribution de Bruno Daugeron).

⁸⁵ Décision n° 188 DC 22 mai 1985, cons. 2.

⁸⁶ Voir ici la démonstration d'Andrea Hamann dans son article précité. Elle se fonde sur son interprétation sur les passages de la délibération figurant aux pages 10 *sqq.* du compte-rendu.

3. La décision « Maastricht I » « ou la fixation » de la jurisprudence sur « les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »

Dans sa décision du 9 avril 1992, le Conseil constitutionnel commence par citer les « normes de référence » (art. 3 C, 15^e alinéa du Préambule de 1946 et art. 53 C). Peu importe ici le fait qu'elles sont difficilement conciliables entre elles ; seul compte le fait que le Conseil en déduit le principe du « respect de la souveraineté nationale » (cons. 13). Mais il a la sagesse de l'assortir d'une exception afin que ledit respect ne devienne pas un obstacle absolu à l'intégration européenne, ce qui est typique de la décision de compromis, mais c'est aussi le moment où le Conseil constitutionnel fixe sa jurisprudence, abandonnant la distinction entre les transferts et limitations de souveraineté, et proposant un nouveau contenu aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », expression qu'elle reprend à son compte, mais en lui donnant une nouvelle signification qu'elle tente de préciser à l'aide de certains critères.

Lors de la séance inaugurale du 7 avril 1992, le premier rapporteur, Maurice Faure, évoque le projet de décision en expliquant aux autres membres comment il envisage le problème de la souveraineté⁸⁷. Il expose l'alternative suivante : soit le Conseil reprend la thèse de la décision du 30 décembre 1976 (Parlement européen), qui, par la distinction entre transfert et limitation de souveraineté, aurait, selon lui, introduit un « critère organique⁸⁸ », soit il s'inspire de la décision de 1985 sur la peine de mort, qui a adopté une définition matérielle de la souveraineté, en fonction donc de son contenu, des matières sur lesquelles l'État décide. Il recommande l'adoption de la seconde solution et du critère « des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Ce critère doublement matériel se justifie par deux raisons convergentes. D'une part, il permet de hiérarchiser ce qui est « essentiel » dans les matières de la puissance publique – il faudrait distinguer, par exemple, entre le transfert de la politique monétaire et le transfert de la pêche. D'autre part, une telle interprétation rendrait plus effective l'application de l'article 55 de la Constitution. En réalité, la véritable raison est donnée par le premier rapporteur (M. Faure), selon qui la décision antérieure de 1976 « rendrait quasiment inapplicable le traité de Maastricht⁸⁹ ». Il reçoit tout de suite l'appui massif du président Badinter, selon lequel

⁸⁷ Compte-rendu, séance du 7 avril 1992, p. 15.

⁸⁸ Voici l'interprétation donnée à la décision de 1975 : « Cette approche mettait en cause la relation entre l'État et une instance internationale, non pas en fonction du domaine d'exercice des compétences, mais, on le voit, en fonction d'un simple critère organique : celui de l'autorité qui exerce la compétence » (*ibid.*, p. 16). Il faudrait comprendre qu'il y aurait transfert quand c'est l'Union européenne qui aurait le pouvoir de décision sans veto possible d'un État membre, et limitation quand l'État membre conserverait un tel droit de veto. Mais il est difficile d'étayer une telle interprétation à partir de la lecture de la décision de 1976 et de son compte-rendu. La distinction est bien expliquée par Léo Hamon dans son article précité : L. HAMON, « La souveraineté nationale, la Constitution... et les négociations "européennes" en cours », art. cité, p. 302.

⁸⁹ Compte-rendu, séance du 7 avril 1992, p. 15.

la décision de 1976 était la ligne de bataille des opposants à la construction communautaire. La décision de 1985 avait jugé bon d'énumérer des domaines d'exercice de la souveraineté nationale. Cette liste est-elle ou non exhaustive ? La réponse est négative⁹⁰.

Compte tenu de ces diverses déclarations, on comprend que la décision *Maas-tricht I* opère le compromis suivant : d'un côté, elle revient à l'expression vague de la décision de 1970 et, de l'autre, elle renonce aussi bien à la décision de 1976 (Parlement européen) qu'à la décision de 1985 qui a eu le tort, selon le président⁹¹, d'énumérer le contenu matériel de la souveraineté – ce qui constitue pourtant un contresens total sur la signification de cette décision sur la peine de mort⁹². C'est donc principalement pour des raisons pragmatiques que le Conseil a opéré ce retour à la condition bien vague des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Pourtant, sur le fond (son contenu), un tel standard ne résiste pas à l'analyse juridique de chacun des trois concepts : « conditions essentielles », « exercice », « souveraineté nationale ». Puisque la démonstration a été faite par Andrea Hamann, on se bornera à renvoyer le lecteur à sa contribution⁹³. Mais l'invention de ce « standard » juridique si indéterminé permet au Conseil constitutionnel de se donner une marge de manœuvre à l'avenir, pour s'en servir dans d'autres cas.

Un tel standard repose, on le comprend, sur une conception matérielle de la souveraineté. Pour fonder une telle thèse, les membres du Conseil constitutionnel recourent au langage de l'évidence. Tel est le cas du second rapporteur (Latscha), lorsqu'il évoque la question de la monnaie :

Je ne m'étendrai pas longuement sur la question de savoir, en premier lieu, si le domaine de la *monnaie* constitue l'une des composantes où se mesure la souveraineté de la nation. Tant la réponse me paraît évidente. On sait que le privilège de « battre la monnaie » était au nombre des fonctions régaliennes cardinales dont la conquête a permis la constitution progressive de l'État en France. Assurément, de nos jours encore, le domaine monétaire, avec celui de la défense, de la politique extérieure, de la justice et de quelques autres, est collectivement ressenti comme touchant à l'essence, au cœur de la souveraineté nationale⁹⁴.

Ce même langage de l'évidence est partagé par Maurice Faure :

La conduite de la diplomatie est indéniablement un des éléments essentiels de la souveraineté. Les États membres sont donc désormais liés, d'abord, par le principe même de la PESC qui limite leur autonomie d'action puisqu'ils doivent s'abstenir de toute action contraire aux intérêts de l'Union ou susceptible de nuire à son efficacité⁹⁵.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 17.

⁹¹ Badinter, qui félicite le rapporteur Faure d'avoir eu l'habileté d'éviter l'énumération « des domaines d'exercice de la souveraineté nationale » (*ibid.* p. 17) qu'aurait faite la décision de 1985. C'est une erreur d'interprétation, car la décision de 1985 sur la peine de mort énumérait seulement le contenu d'une partie de l'article 16, al. 1^{er} C.

⁹² *Ibid.*, p. 17.

⁹³ Voir son article dans ce volume : A. HAMANN, « Sur un "sentiment" de souveraineté », art. cité.

⁹⁴ Compte-rendu, séance du 9 avril 1992, p. 5.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 25-26.

Cette évidence semble partagée par le président du Conseil (Badinter), qui s'appuie, pour sa part, sur la perte de la maîtrise de la politique de changes. Tout comme le second rapporteur⁹⁶, il fait référence lui aussi à la décision *quote-part* du FMI, du 29 avril 1978, sur la liberté d'adopter le système de change. Il ajoute alors : la question de savoir si la politique monétaire touche aux conditions essentielles de la souveraineté « ne souffre pas discussion », illustrant son propos par le considérant n° 5 de la décision de 1978. Il commente ensuite : « Ici, le pas est franchi... C'est ce qu'il y a de plus important dans une résolution [*sic*] [révolution]. C'est une page de l'histoire de France. Les Anglais ont dit non pour des raisons surtout symboliques⁹⁷. »

Lors de la discussion qui suit son intervention, les membres du Conseil traitent moins de la question de fond – la fin de la monnaie nationale (la disparition du franc) : est-elle une atteinte ou non à la souveraineté ? – que de celle de savoir si le Conseil constitutionnel doit indiquer ou non au « constituant » (à l'auteur de la future révision constitutionnelle) comment rétablir la compatibilité. Autrement dit, il n'y a pas de discussion sur la partie la plus importante de cette décision concernant le Traité de Maastricht. Personne ne se demande, par exemple, à quoi fait référence la formule du second rapporteur Latscha relative aux domaines qui sont « au cœur de la souveraineté ». Personne, non plus, ne s'interroge sur la manière de définir juridiquement cette perte de souveraineté et son transfert à l'Union européenne (voir *infra*). En revanche, une chose est certaine : les membres du Conseil constitutionnel ont bien perçu l'innovation dans le raisonnement depuis la première séance du 7 avril 1992 : « il est clair que nous avons décidé de retenir une approche par domaines d'exercice de la souveraineté⁹⁸ ». Ainsi, la question fondamentale serait de savoir si l'on peut fragmenter la souveraineté au sens de « démembrer » la puissance publique, en dépeçant les États membres de tel ou tel pouvoir, de tel ou tel droit régaliens comme celui de « de battre monnaie », cette marque de souveraineté qui était une des premières aux yeux de Bodin.

De même, on pourrait croire, à lire la décision du 9 avril 1992 sur Maastricht, qu'est jugée contraire à la Constitution toute clause de l'engagement international (le Traité de l'UEM) qui est « une atteinte aux conditions essentielles de la souveraineté ». En réalité, on s'aperçoit que, comme le dit le président Badinter, le Conseil entend censurer seulement « les atteintes *caractérisées* à la souveraineté⁹⁹ ». Les membres du Conseil distinguent donc implicitement entre une simple atteinte et une *grave* atteinte (atteinte caractérisée) à la souveraineté, sans jamais préciser comment une telle gradation peut s'effectuer et ce qui fait le propre d'une atteinte inadmissible à la souveraineté, car elle serait « caractérisée ». Le Conseil tentera en vain de rechercher ce qu'il y a de spécifique à la souveraineté qui serait à défendre dans la Constitution¹⁰⁰.

⁹⁶ Compte-rendu, séance du 8 avril 1992, p. 13.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ M. Faure, compte-rendu, séance du 8 avril 1992, p. 8.

⁹⁹ Compte-rendu, séance du 9 avril 1992, p. 33. Voir *infra*, 3. « La souveraineté comme question finalement insoluble lors d'un processus de fédéralisation ».

¹⁰⁰ Pour un autre exemple, cette déclaration du président Mazeaud : « La CJCE est compétente pour sauvegarder nos règles communes (liberté d'expression, dignité de la personne...). En revanche, la Constitution française retrouve son *imperium* pour ce qu'elle a de spécifique. De cela, nous sommes les gardiens. Si nous n'en conservions pas la garde, ces règles n'auraient plus de

Il ressort des délibérations du Conseil l'existence d'un consensus sur la légitimité du recours au critère substantiel (matériel) de la souveraineté, ce qui suppose d'identifier la souveraineté à un contenu de puissance publique. Mais quelle est la matière d'une telle souveraineté ? Autrement dit, pour reprendre le langage imagé de certains membres, comment peut-on découvrir ce qui « appartient à l'essentiel de la souveraineté¹⁰¹ » ? On sent bien les membres du Conseil constitutionnel gênés aux entournures par une telle indétermination. Quand se pose la question de savoir, lors de la 3^e séance du 9 avril 1992, si la délivrance des visas échappera aux autorités nationales, un assez long débat s'engage sur le point de savoir si une telle activité relève de la politique de l'immigration, qui elle, relève des matières de souveraineté qui ne sont pas déléguables. À l'occasion de ce débat, Marcel Rudloff s'exclame : « Il faut établir, en fait, une théorie des conditions essentielles de la souveraineté¹⁰² ». Quant à Noëlle Lenoir, une des rares juristes de l'institution, elle tente de fixer une telle théorie qu'elle énonce au détour de cette discussion sur la conduite diplomatique dans le cadre de l'action commune relevant de la PESC. Elle rappelle les règles que le Conseil s'est fixées :

Nous avons utilisé trois éléments pour juger de l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté. Le domaine, comme la monnaie, il n'y a ici pas de problème. La procédure : elle est ici à tiroirs, unanimité, puis majorité qualifiée. Enfin, troisième notion, l'irrévocabilité ou l'irréversibilité. Ici aussi, il y a impossibilité de faire retour en arrière. Je crois donc qu'il y a transfert de souveraineté¹⁰³.

Elle appliquera d'ailleurs cette règle au cas concret des visas pour en déduire, contrairement aux autres membres du Conseil, qu'il n'y a pas d'atteinte à la souveraineté :

Mais ici, si les visas font partie d'un domaine essentiel, et si la procédure est majoritaire, il n'y a pas d'atteinte insurmontable aux compétences de l'État : le refus d'entrée ou de visa lui permet de conserver la maîtrise des flux migratoires. Il n'y a donc pas transfert de souveraineté¹⁰⁴.

Toutefois, elle remplace le critère du transfert irrévocable au transfert « insurmontable », ce qui est un peu différent. On relèvera qu'elle aboutit, en fait, à identifier le critère des « conditions essentielles » à celui du « transfert de souveraineté ». Elle n'est pas la seule personne du Conseil qui, lors des délibérations des 7, 8 et 9 avril 1992, opère une telle identification. En d'autres termes, les membres du Conseil constitutionnel ne sont pas fidèles, non plus, au vocabulaire de leur propre jurisprudence. Alors que toute la décision de *Maastricht I* s'organise autour de l'atteinte, ou non, aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté » (CEESN), ils reviennent constamment à l'expression de « transfert de souveraineté » qui avait été utilisée dans la décision de 1976, pourtant jugée inacceptable.

protecteur. C'est alors l'essentiel au double sens du terme (intrinsèque et crucial) qui serait en cause » (Compte-rendu, séance du 19 novembre 2004, p. 122-123).

¹⁰¹ Intervention de M. Cabannes, compte-rendu, séance du 9 avril 1992, p. 29.

¹⁰² Compte-rendu, séance du 9 avril 1992, p. 44.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 27.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 45.

À partir de la décision de *Maastricht I*, le Conseil constitutionnel s'est doté de règles qui correspondent aux trois critères – plutôt des « indices » d'ailleurs¹⁰⁵ – présents dans le standard des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Comme il y a désormais une jurisprudence établie du Conseil, ses membres pourront s'y référer comme si c'était désormais une vérité intangible. Dans la délibération relative au traité d'Amsterdam (1997), le rapporteur – qui est par ailleurs le président de l'institution (Roland Dumas) – rappelle les trois critères des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale¹⁰⁶ », les *CEESN*, tout en notant qu'ils peuvent se combiner ensemble et peuvent être d'une application nuancée. Cette sorte d'exposé de la jurisprudence est repris à son compte, presque intégralement, par Pierre Mazeaud dans son rapport relatif au traité établissant une Constitution européenne¹⁰⁷ et par Guy Canivet dans son rapport relatif au traité de Lisbonne, qui résume ces trois critères d'appréciation du standard : « le domaine affecté par l'atteinte, l'importance de l'atteinte, et ses procédés¹⁰⁸ ». Les membres du Conseil constitutionnel sont donc désormais rassurés, car il existe un principe non écrit – les « *CEESN* » – qui se distingue d'une clause expresse de la Constitution, et qui se décompose en trois critères dont le juge peut faire un usage apparemment rationnel, mais qui est en réalité un instrument d'une grande souplesse lui permettant de faire dire au standard ce qu'il veut lui faire dire en fonction des circonstances.

B. La jurisprudence ultérieure (1997-2007) ou le maintien problématique d'une conception « matérielle » de la souveraineté

La dissociation de la question du titulaire de la souveraineté interne et de celle du contenu de la souveraineté est un fait frappant de cette jurisprudence du Conseil constitutionnel jusqu'à Maastricht. En d'autres termes, à la différence de la Cour constitutionnelle allemande – la Cour de Karlsruhe –, le Conseil constitutionnel ne fait pas de lien systématique entre la question des transferts de compétence et celle des organes qui sont appelés à en profiter. C'est une conséquence de la décision prise en 1992 d'abandonner le « critère organique » – qui décide de quoi ? – pour privilégier une conception matérielle de la souveraineté. En effet, selon cette conception matérielle sous-jacente à la jurisprudence Maastricht, la souveraineté est perçue comme un ensemble de droits régaliens. Elle équivaut donc au contenu de la puissance publique, celui que Bodin lui-même a rendu célèbre en énonçant dans les *Six Livres de la République* les dix « marques de souveraineté ». Mais si Bodin fut l'inventeur de la souveraineté, c'est parce qu'il réussit justement à abandonner cette conception matérielle (énumération des « marques de souveraineté ») de la souveraineté, pour la redéfinir formellement comme « une puissance absolue et perpétuelle¹⁰⁹ ». Or, la puissance absolue, c'est la prérogative qu'a le Souverain de « donner et casser la loi », de créer et recréer indéfiniment la loi. Autrement dit,

¹⁰⁵ Comme le relève A. HAMANN, « Sur un "sentiment" de souveraineté ».

¹⁰⁶ R. Dumas, compte-rendu, séance du 31 décembre 1977 (décision Amsterdam), p. 8.

¹⁰⁷ Compte-rendu, séance du 19 novembre 2004 (décision « Constitution européenne »).

¹⁰⁸ Compte-rendu, séance du 20 décembre 2007, p. 14.

¹⁰⁹ Nous renvoyons à notre ouvrage : O. BEAUD, *La Puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 138-144, dans lequel nous empruntons la démonstration au grand livre de Helmut QUARITSCH, *Staat und Souveränität* (Francfort-sur-Main, Athenäum, 1970).

c'est bien en droit interne une conception formelle de la souveraineté qui prévaut : le Souverain est celui qui crée en dernière instance, le droit positif, ce qui veut dire, négativement, qu'il ne peut pas se voir imposer ce droit par un autre État (c'est la souveraineté internationale, tout aussi formelle que la souveraineté interne). Les deux souverainetés, interne et internationale, se rejoignent finalement en leur conception formelle. Or, paradoxalement, avec sa jurisprudence sur les traités européens, le Conseil constitutionnel redécouvre, sans le savoir, « la doctrine des droits fondamentaux de l'État » pourtant considérée comme une impasse par la très grande majorité de la doctrine publiciste¹¹⁰.

1. L'inévitable glissement de la question du contenu de la souveraineté vers celle du titulaire ultime du pouvoir

Pourtant, la focalisation du Conseil constitutionnel sur l'aspect matériel lui fait oublier qu'il y a un rapport évident entre les deux faces de la souveraineté, son contenu et son titulaire. La grande question qui gît derrière la construction européenne est la suivante : au profit de qui va se faire la dévolution des compétences transférées ? Ou, inversement, au détriment de qui va se réaliser une telle dévolution ? Une telle question surgit parfois dans les délibérations de *Maastricht I*, lorsqu'est examinée la question de savoir, à propos des visas, qui va désormais les délivrer si l'on adopte une politique commune d'attribution. Cette question du transfert de pouvoir est examinée par le Conseil sous la rubrique qu'il a lui-même forgée du troisième indice, contenu dans le standard jurisprudentiel des CEESN qui est appelé « modalités d'exercice de la compétence transférée prévues par le traité » ou, de façon plus curieuse, de « procédés ». La question déterminante devient alors moins celle de savoir qui va profiter du transfert de compétences, que celle de déterminer quelle est la signification exacte d'un tel transfert de pouvoir de décision. Qui va exercer le pouvoir au sein de la nouvelle compétence attribuée à l'Union européenne ? C'est le problème que pointe le président du Conseil (Pierre Mazeaud) dans la délibération relative au traité sur la Constitution européenne en 2004 : « Est décisive à cet égard l'influence que conservent les représentants de la France dans le processus décisionnel européen¹¹¹ ». Il met donc l'accent sur la question décisive du passage de la décision unanime à la décision majoritaire¹¹². En réalité, il avait été précédé dans cette voie par le rapporteur dans la délibération relative au traité d'Amsterdam. Voici ce qu'il y déclarait :

On peut remarquer, enfin, que le Conseil constitutionnel, dans sa décision de 1992, n'a pas pris en compte les conséquences sur les *droits du Parlement des transferts de compétences*. Pourtant comme c'est le cas depuis le début de la construction européenne, les compétences transférées par le traité de Maastricht étaient susceptibles d'être au nombre de celles qui, en vertu de l'article 34 de la Constitution, relèvent du pouvoir législatif. Or, une fois le transfert opéré, ce sont les ministres représentant le Gouvernement français au sein du Conseil qui prennent les décisions relatives aux matières transférées. Le Parlement français s'en trouve, en grande partie, dessaisi : d'une part, en effet, à la loi adoptée par le Parlement

¹¹⁰ F. POIRAT, « La doctrine des droits fondamentaux de l'État », *Droits*, n° 16, 1992, p. 83-91.

¹¹¹ Compte-rendu, séance du 19 novembre 2004, p. 15-16.

¹¹² « Cette influence sera évidemment radicalement différente selon que le traité prévoit le maintien du vote à l'unanimité du Conseil des ministres européens ou le passage au vote à la majorité qualifiée » (*ibid.* p. 16).

national peuvent se substituer des règlements d'effet direct ; d'autre part, même dans le cas des directives, la compétence du Parlement national est liée par la transposition.

Mais il ne s'agit pas là d'un « oubli » du Conseil. Celui-ci a bel et bien entendu accepter en 1992 « l'acquis communautaire », y compris les effets de celui-ci sur les prérogatives sur le Parlement¹¹³.

Si le Conseil décide en 1997 de prendre à bras le corps cette question du transfert de compétences et du transfert du pouvoir de décision, c'est parce que le Traité d'Amsterdam étendait la procédure de codécision entre le Parlement européen et le Conseil (introduite par le traité de Maastricht), en le prévoyant pour des domaines politiquement sensibles comme l'asile ou le franchissement des frontières ou, pour parler comme le rapporteur, pour des domaines ou matières concernant « étroitement l'exercice de la souveraineté nationale¹¹⁴ ». Il y a ici une assimilation entre les matières politiquement sensibles et les « matières régaliennes¹¹⁵ ». L'objection constitutionnelle vient cette fois de la compétence du Parlement européen qui se substituerait au Parlement national :

Or, le Parlement européen est composé de députés élus au suffrage universel sur lesquels les gouvernants des États membres n'ont bien évidemment aucune emprise. Qui plus, il statue à la majorité simple de ses membres, alors que la majorité qualifiée est requise au Conseil pour les mêmes décisions. On peut donc penser que le recours – si le Conseil en décide ainsi – à la procédure de co-décision (en même temps qu'au vote à la majorité qualifiée du conseil) au bout de cinq ans, dans des matières concernant étroitement l'exercice de la souveraineté nationale, constitue une atteinte aux conditions essentielles d'exercice de celle-ci¹¹⁶.

Il résulte de cette possibilité de minorisation de l'État membre dans de tels domaines sensibles le danger que « se trouvent affectées les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale¹¹⁷ ». Le même constat est dressé par le rapporteur de la décision relative au traité de Lisbonne (2007), qui qualifie de « procédés de l'atteinte » la façon dont la souveraineté de l'État est mise en cause par le transfert du pouvoir de décision au niveau européen. Son résumé de la jurisprudence Maastricht et Amsterdam est fidèle :

Nous avons estimé que constitue une atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale la seule éventualité que, dans une matière régaliennne, la Nation soit obligée par une majorité d'autres pays membres à un acte contraire à sa propre politique ou à ses intérêts¹¹⁸.

Il s'agit bien du risque de perdre sa souveraineté, entendue comme la liberté d'agir au sens de la décision de 1978 sur le FMI qui est rappelée par le président (Dumas) dans la décision d'Amsterdam. Mais ici encore, le vocabulaire mériterait d'être précisé : l'État membre risque – dit-on – d'être mis en minorité par les autres États

¹¹³ Compte-rendu, séance du 31 décembre 1997, p. 10.

¹¹⁴ R. Dumas, compte-rendu, séance du 31 décembre 1997, p. 25.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ CC, n° 97-394 DC (31 décembre 1997), cons. 25.

¹¹⁸ Compte-rendu, séance du 20 décembre 2017, p. 15.

membres. Mais juridiquement parlant, les États membres sont ici soumis à la volonté de l'Union européenne, l'entité collective qu'ils ont fait naître et dont ils sont censés accepter les décisions.

La discussion en 1997 par le rapporteur du transfert de pouvoir provoque, pour une fois, une discussion de principe sur la possibilité, ou non, de justifier le transfert de compétences à une entité dite « européenne » qui n'est plus une organisation internationale, sans pour autant être un État. Une telle faculté est vigoureusement niée par Yves Guéna – fervent gaulliste, comme on sait – qui entend réagir à l'exposé liminaire du président-rapporteur. Il s'empporte contre l'extension de la procédure de codécision européenne impliqué par le traité d'Amsterdam (1997) et il la disqualifie par une formule choc : « Dès lors qu'une partie de la souveraineté passe au Parlement européen, la souveraineté nationale est violée¹¹⁹ ». Il propose un amendement en vue de s'opposer radicalement à ce traité qui aurait pour effet, selon lui, de « transférer au Parlement européen de nouveaux pouvoirs qui ressortissent exclusivement au Parlement de la République », de sorte que seraient violés non seulement l'article 3 de la Constitution française, mais aussi l'article 3 de la Déclaration de 1789. Selon l'amendement qu'il propose, puisque « la démocratie ne peut valablement s'exercer que dans le cadre national », « l'article 25-I nouveau du traité d'Amsterdam est contraire à la Constitution¹²⁰ ». C'est opposer à la construction européenne l'obstacle de la démocratie nationale, stato-centrée. C'est donc introduire l'objection du déficit démocratique qu'un autre membre du Conseil reprend à son compte en estimant que le traité d'Amsterdam accroît ce déficit en prétendant « faire une place nouvelle aux Parlements nationaux par le COSAC[, ce qui] est dérisoire ! Pour moi, le déficit démocratique, il se comble en donnant plus de pouvoirs nouveaux aux Parlements nationaux¹²¹ ». La discussion ne se poursuit pourtant pas autour de la question de la démocratie, c'est-à-dire de la possibilité d'une démocratie post-nationale. Ici aussi, la différence est flagrante avec la façon de raisonner de la Cour constitutionnelle allemande qui a toujours mis au centre de son raisonnement le droit de vote des citoyens allemands et l'élection de leurs représentants au *Bundestag*. Pour la Cour de Karlsruhe, la question est de savoir si le principe démocratique garanti par l'article 38 de la Loi fondamentale n'est pas violé par le transfert de compétences attribué à l'Union européenne, qui se traduit par un affaiblissement du pouvoir de décision du Parlement allemand. Ce genre de raisonnement n'apparaît guère dans les délibérations du Conseil constitutionnel ; ce dernier se concentre sur l'article 3 de la Constitution de 1958 relatif à la souveraineté du peuple, sans accorder une place décisive dans son raisonnement à la place du Parlement. De ce point de vue, la jurisprudence du Conseil reflète donc la prédominance du pouvoir exécutif sous la V^e République et défend assez mal les prérogatives du Parlement.

On pourrait nous objecter que ce sont des questions bien théoriques. Pourtant, comparée à la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les traités de Maastricht et de Lisbonne, celle de la Cour de Karlsruhe met plutôt l'accent sur le problème de

¹¹⁹ Compte-rendu, séance du 31 décembre 1997 (décision Amsterdam), p. 26.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ M. Ameller, compte-rendu, séance du 31 décembre 1997 (décision Amsterdam), p. 27.

la démocratie et des droits du Parlement¹²², et soulève le problème fondamental : à quelles conditions un État peut-il renoncer au principe démocratique qui le légitime s'il s'unit avec d'autres États pour fonder un autre être politique ? En théorie, la seule réponse possible est une république fédérale, c'est-à-dire une république de républiques, ce que n'est pas l'Union européenne qui est restée dans un entre-deux préoccupant tant son organisation interne reflète la domination « des » pouvoirs exécutifs des États membres et de l'appareil bureaucratique bruxellois. Faute d'étudier la structure institutionnelle de l'Union européenne dans aucune de ses importantes décisions, le Conseil constitutionnel donne une description très amputée du droit positif, négligeant d'étudier l'autre versant du problème qui est le droit « politique » européen.

2. Une question largement éludée : la nature de l'Union européenne

La question de la nature de l'Union européenne est rarement abordée dans les délibérations du Conseil constitutionnel. Toutefois, elle l'est au moins deux fois : d'abord, lors de l'élaboration de la deuxième décision Maastricht (*Maastricht II*), puis lors de la délibération relative au traité établissant une Constitution européenne.

Lors de la délibération relative à *Maastricht II*, le rapporteur (Maurice Faure), revient en conclusion sur l'article 88-1 de la Constitution dont la rédaction aurait ému certains spécialistes du droit communautaire qui la trouvaient trop timorée au regard de la conception qu'avait la Cour de justice de Luxembourg pour qui la Communauté européenne serait « une “communauté”, juridique propre dont le Traité de Rome serait la “constitution” et non pas un simple agrégat d'États souverains ». Or, à la réflexion, Maurice Faure, pourtant fervent européen, considère qu'il faut se tenir à l'écart de cette conception de la Cour de justice et, ajoute-t-il, de « certains communautaristes “purs et durs” », observant alors en conclusion : « je ne vois pas le Conseil constitutionnel retenir cette approche avec la conséquence qu'elle implique – et faire dans le sens de l'intégration européenne et de la supranationalité, un bond d'une telle ampleur et d'une telle soudaineté¹²³ ». C'est le seul moment dans les trois délibérations de 1992 où la question de la nature de l'Union européenne est soulevée, mais la discussion ne rebondit pas. Personne ne reprend au mot cette expression « agrégat d'États souverains » pourtant contestable, car elle est péjorative si l'on prend le mot d'agrégat au sens littéral du terme, et qui laisserait supposer que l'Union européenne n'est pas une institution juridique – potentiellement dotée de la personnalité juridique – composée d'États souverains.

En outre, la question de la nature de l'Union européenne est abordée par le rapporteur (qui est aussi le président) dans la délibération relative à la décision « constitution européenne » de 2004. Pierre Mazeaud est un peu contraint de l'aborder en raison de la « prétention » contenue dans le titre du traité soumis à l'appréciation de constitutionnalité du Conseil constitutionnel : il est censé établir « une

¹²² Pour une synthèse, voir M. FROMONT, « Les juges constitutionnels allemand et français, défenseurs de la souveraineté nationale face à la construction européenne », in *La Constitution, l'Europe, le droit. Mélanges Jean-Claude Maslet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 593 sqq. Voir en part. p. 598 pour le respect du principe démocratique tiré de l'interprétation de l'article 38 LF.

¹²³ Séance du 2 septembre 1992 (décision *Maastricht II*), p. 21.

Constitution européenne ». Il n'a guère de mal à rectifier cette qualification constitutionnelle qui ne résiste pas à l'épreuve du texte lui-même, mais il oppose déjà une objection de principe fondée sur la communauté à laquelle serait adossée cette prétendue Constitution :

[S]eule la Constitution (au sens plein du terme) d'un État fédéral européen pourrait placer la norme européenne au-dessus des normes constitutionnelles nationales en confinant les souverainetés nationales dans les domaines qu'elle leur affecterait [...] On n'en est pas là, loin s'en faut. En revanche, il n'est nullement impossible à la Constitution de la V^e République, comme cela est déjà le cas, d'agréer des transferts et des partages de compétences au profit d'une organisation supra-nationale dotée d'institutions et de prérogatives propres, fût-ce dans des matières inhérentes à la souveraineté¹²⁴.

Le Traité soumis à l'examen du Conseil constitutionnel en 2004 aurait alors une double portée complémentaire. D'une part, l'ordre juridique européen a une « dimension confédérale¹²⁵ », parce que le traité ne confère que des compétences d'attribution à l'Union et accorde un droit de retrait à ses membres (art. 60) mais encore, *last but not least*, les États membres demeurent maîtres du traité pour son établissement et sa révision. D'autre part, cet ordre juridique européen ne peut pas être un ordre fédéral, car, contrairement, à ce que prétend M. Giscard d'Estaing, le mode de gouvernance reste communautaire et non fédéral. Il en résulte que l'Union ne peut pas être qualifiée de « fédération » – entendre État fédéral –, n'étant éventuellement qu'une confédération. L'analyse du principe de primauté du droit de l'Union, affiché par l'article 6-1 du Traité, ne remet pas en cause une telle analyse selon Pierre Mazeaud, car il faut l'interpréter de façon systématique, au regard « des autres dispositions du traité¹²⁶ ». Dans cette dernière perspective, ajoute-t-il, « ce traité ne modifie pas la nature de l'Union européenne. Celle-ci reste constituée d'États ayant choisi librement d'exercer en commun des compétences élargies sur le mode communautaire et non sur le modèle fédéral¹²⁷ ». Cette question est abordée de nouveau lors de la discussion sur la portée qu'il faut attribuer au principe de primauté du droit de l'Union, affirmé par l'article 6 du traité sur la Constitution européenne. Le président du Conseil entend en minimiser la portée en précisant que « l'Europe reste une confédération d'États souverains¹²⁸. » C'est le seul moment où s'esquisse un début de discussion : Simone Veil, ancienne présidente du Parlement européen, souligne la nature particulière de l'édifice européen : voulue par des architectes véritables « fédéralistes », il est en réalité le fruit d'une construction économique pragmatique. « Aujourd'hui, commente-t-elle, s'agit-il d'une Communauté ou d'une Fédération ? L'objet est *sui generis* et il serait vain d'essayer de la classer¹²⁹ ». Cette thèse de la nature *sui generis* de l'Union européenne est le reflet de la doctrine européiste dominante, qui se fonde sur le pragmatisme pour ne pas entrer dans la question de la définition de l'Union européenne : elle n'est ni un État, ni une organisation internationale. Elle est à part. Mais, sauf ces rares ex-

¹²⁴ Séance du 19 novembre 2004 (décision Constitution européenne), p. 30.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 2.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 27.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*, p. 32.

¹²⁹ *Ibid.*

ceptions, la question de savoir ce qu'est la nature de l'Union européenne et comment celle-ci pourrait rétroagir sur le droit des États membres ne fait pas l'objet d'une discussion au sein du Conseil constitutionnel. Il y a là une différence majeure avec la Cour constitutionnelle allemande qui a tenté de qualifier juridiquement l'Union européenne en l'affublant d'un néologisme de *Staatenverbund*, une fédération qui ne serait pas encore étatique, sans être une confédération – pour marquer ce qu'il y avait de fédéral dans l'actuelle construction européenne.

Le silence sur la question fédérale est ici abyssal, comme si les membres du Conseil constitutionnel avaient intériorisé ce tabou qui fut même thématiqué en 2004-2005 lors des débats sur la « constitution » européenne : le fameux « *F word* », le mot de Fédération. Ce qui est également étonnant dans ces délibérations du Conseil constitutionnel, c'est l'absence presque totale du lexique en usage dans les fédérations ou les entités quasi-fédérales : nulle part y trouve-t-on des expressions telles que « compétence exclusive », « compétence partagées », « compétences mixtes », ou encore « attributions de compétence ». Ainsi, tout se passe comme si les membres du Conseil constitutionnel ne disposaient pas du vocabulaire adéquat pour traiter des questions compliquées provoquées par l'imbrication de deux ordres juridiques que sont l'ordre juridique national et l'ordre juridique européen, ce dernier étant davantage qu'un simple ordre international puisqu'il est considéré comme « intégré ». On perçoit cette absence de familiarité avec tout ce qui relève du fédéralisme lorsque, en 1997, un membre du Conseil objecte à Yves Guéna (défenseur de la souveraineté nationale et de la Nation française) que l'on « doit tirer de l'histoire de la Nation la nécessité de son dépassement par l'accès à une co-souveraineté. L'Europe a donné à la souveraineté de nouveaux territoires¹³⁰ ». Jean Monnet aurait presque dit la même chose, mais un juriste ne peut que s'étonner de l'expression de « co-souveraineté » qui ne veut rien dire, même si l'on comprend qu'il s'agit ici de décrire la mise en commun de l'exercice des compétences qui est le propre d'une construction de type fédéral. Cette absence de maîtrise des concepts juridiques s'explique en partie par le fait qu'il n'y eut dans ce cénacle aucun spécialiste du droit international ou du droit communautaire, ni aucun juriste de droit public généraliste du type de Georges Vedel ou de François Luchaire en mesure de distinguer et sérier les problèmes juridiques.

D'une manière générale, les membres du Conseil constitutionnel tentent de minorer le conflit de normes et d'ordres juridiques qui découlent de l'intégration européenne. Ils ont réussi à faire évoluer la jurisprudence en redécouvrant la portée de l'article 88-1 de la Constitution qu'ils ont su opposer à l'article 3 de la Constitution sur la souveraineté¹³¹, faisant de cette « clause d'ouverture » le moyen de justifier l'évolution de l'Union européenne vers une entité qui n'est plus dénommée « organisation internationale », mais « organisation européenne » par le Conseil constitutionnel (19 novembre 1994, n° 2004-505 DC, cons. 6).

¹³⁰ A. Lancelot, compte-rendu, séance du 31 décembre 1997, p. 31.

¹³¹ C'est du moins le sens profond de la jurisprudence sur les directives, depuis 2004 (contrôle des lois de transposition des directives selon l'article 61 C.), jurisprudence évoquée plus haut (note 20).

3. La souveraineté comme question finalement insoluble lors d'un processus de fédéralisation

Le débat sur Maastricht a imposé au Conseil constitutionnel de se poser en gardien de la Constitution et donc en gardien de la souveraineté. À plusieurs reprises, les membres du Conseil interviennent pour considérer qu'il n'est pas possible de voir une autorité supranationale (supra-étatique) prendre des décisions à la place de l'autorité nationale (étatique) (voir *supra*, II. B. 1.). En même temps, les mêmes membres sont favorables à la construction européenne, qui implique un « transfert de compétences » aux autorités européennes, ce qui suppose une possible perte de maîtrise de la part des autorités étatiques. Comment se sortir de ce dilemme, sinon en opérant un « grand compromis », en faisant comme s'il était possible pour un État, la France en l'occurrence, de demeurer souverain tout en transférant de plus en plus de compétences aux *Communautés* européennes qui se muent d'ailleurs en un être encore plus majestueux, l'*Union* européenne ? La formule de ce grand écart se trouve au treizième considérant (déjà évoqué) de la décision *Maastricht I* et qu'il faut maintenant citer *in extenso* :

Considérant qu'il résulte de ces textes constitutionnels que le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que la France puisse conclure, sous réserve de réciprocité, des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie des pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les États membres.

Passons ici sur le fait que les textes constitutionnels invoqués (art. 3 C, art. 53 C, 15^e alinéa du Préambule de 1946) sont davantage des prétextes que des raisons juridiques, c'est-à-dire essentiellement un moyen de trouver dans le texte écrit, fétichisé en l'occurrence, une ressource pour cacher le pouvoir de création prétorienne du Conseil qui leur fait dire ce qu'il veut. Passons aussi sur le fait que le Conseil constitutionnel utilise le Préambule de 1946 sur les organisations internationales alors que la construction européenne repose sur le pari de dépasser le stade de la simple organisation internationale. En réalité, le point important dans ce considérant fondamental réside dans la volonté du Conseil constitutionnel de maintenir la balance égale entre deux injonctions contradictoires : d'un côté, le « respect » de la souveraineté de l'État et, de l'autre, admettre la faculté de créer une organisation internationale très « intégrée » (l'*Union* européenne) qui implique un double transfert de compétences et de pouvoir.

Toutefois, ce compromis est bancal si l'on prend en compte l'exception que le Conseil constitutionnel ajoute au principe de conciliation¹³² :

Toutefois, au cas où des engagements internationaux souscrits à cette fin contiennent une clause contraire à la Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle (cons. 13).

L'invocation de ces deux exceptions (la clause contraire et l'atteinte au standard de la souveraineté nationale) suffit à rompre l'équilibre théoriquement recherché en

¹³² « Le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que la France puisse conclure, sous réserve de réciprocité, des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie des pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les États membres ».

faisant de la souveraineté l'élément déterminant dans le couple, et ce qui réduit le principe presque à néant. Il n'y a donc pas conciliation, et l'on pourrait donc penser que la souveraineté devient un obstacle insurmontable à la construction européenne – ce qu'elle est d'ailleurs en théorie. Mais la contradiction logique est surmontée dans la pratique par l'appel au pouvoir de révision. Ce qui était inconciliable cesse de l'être dès lors que la révision de la Constitution vient rendre compatible ce qui était déclaré incompatible par le Conseil constitutionnel. La révision-adjonction vient en quelque sorte légitimer l'atteinte à la souveraineté. On peut dire autrement les choses : le Souverain (« pouvoir constituant ») vient, au nom de son pouvoir de libre décision, déroger à la Constitution de sorte que, après son intervention et modification de la Constitution, le texte de celle-ci contient des principes contradictoires : d'un côté, le principe de la souveraineté nationale (art. 3) et de l'autre le principe de la participation à l'Union européenne (art. 88-1). Il y aurait en quelque sorte deux États qui coexisteraient dans la Constitution depuis Maastricht : l'État souverain et l'État membre de l'Union européenne¹³³.

La construction européenne pose donc une véritable difficulté au juriste. On le voit bien quand on observe la façon dont la doctrine internationaliste examine la question de la souveraineté face à la question fédérale. En effet, si l'on suit Andrea Hamann et, avec elle, Jean Combacau ainsi que d'autres représentants de la doctrine internationaliste, la conception de la souveraineté en matière de droit international ne peut être que purement formelle. Autrement dit, ce qui caractérise une telle souveraineté, c'est, négativement, la non-sujétion et, positivement, la capacité de conclure des traités, qui est, comme le rappelle la Cour de Justice dans l'affaire Wimbledon, l'expression même de la souveraineté. Il en résulte que peu importe l'objet des traités conclus par un État, car un État exprime sa souveraineté en le concluant ; il a donc le droit, la liberté de conclure des traités de n'importe quel type, aussi bien sur la pêche que sur une alliance militaire. On comprend pourquoi une telle conception¹³⁴ ne peut reconnaître la conception matérielle de la souveraineté perçue comme une somme de « marques de souveraineté », « droits régaliens » ou encore « *Hoheitsrechte* », disent les Allemands. En effet, la souveraineté, une fois, encore n'est pas un contenu insécable, mais une qualité juridique, qui s'exprime formellement soit par des actes, le traité comme acte de volonté bilatérale ou plurilatérale, soit par la coutume.

Certes, dira-t-on, de telles considérations reflètent bien la plupart des situations relevant du droit international. Mais que se passe-t-il dans le cas particulier où l'acte de souveraineté, qu'est le traité, conduit à détruire la souveraineté sur laquelle repose l'État qui le conclut ? C'est un peu le paradoxe de l'acte par lequel des États créent une Fédération. Ils instituent par un acte conventionnel, par ce que nous appelons, pour notre part, un pacte fédératif, un nouvel être juridique, la Fédération, à laquelle ils attribuent une série de compétences qui vont nécessairement

¹³³ Voir le très riche numéro de l'*Annuaire de droit de l'Union européenne*, 2015, contenant les actes du colloque sur *La nature juridico-politique de l'UE*, organisé par S. Roland et M.-Cl. Runavot (Cl. BLUMANN et F. PICOD (dir.), *Annuaire de droit de l'Union européenne 2015*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2016, 1292 p.).

¹³⁴ Défendue dans le présent volume par Andrea Hamann, même s'il faut surtout remonter à l'article de Jean Combacau (J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : La souveraineté internationale de l'État », art. cité), article qui semble avoir échappé à la vigilance des membres du Conseil constitutionnel...

amputer les compétences antérieures que ces États avaient auparavant en tant que « monades » souveraines. Il y a la un cercle logique dans lequel la doctrine internationaliste n'a pas du tout envie d'entrer, car il montre la limite de sa conception formelle de la souveraineté. Il y a donc un moment où l'acte de souveraineté peut se retourner contre la souveraineté. Les États étaient auparavant souverains. Ils deviennent des États membres d'une Fédération¹³⁵.

Les représentants de la doctrine internationaliste objecteront qu'une telle remarque a une certaine pertinence, mais qu'elle oublie l'existence des organisations internationales, qui sont justement fondées sur cette attribution de compétences à un nouvel être juridique dont l'existence vient compléter celle de l'État et en vertu de laquelle les États devront désormais exercer en commun une ou des compétences qu'ils exerçaient seuls auparavant. Donc, l'existence même des organisations internationales prouverait que la doctrine internationaliste n'a aucune difficulté à penser ces actes un peu paradoxaux qui contribuent à créer un être juridique limitant fortement la marge de manœuvre ou d'appréciation des États qui le créent.

On répondra alors qu'il y a un fossé, voire un gouffre, entre la création d'une organisation internationale et celle d'une fédération¹³⁶, car à la différence de la première, la seconde a vocation à créer une nouvelle entité politique qui vient se superposer aux autres entités politiques. Ce raisonnement était déjà sous-jacent à l'argumentation des juristes hostiles à ce que la fondation de la Communauté européenne de défense puisse être simplement « autorisée » par une loi parlementaire approuvant le traité en question. Les professeurs de droit qui s'étaient émus dans les colonnes du *Monde* avaient été contraints de distinguer deux sortes de traités :

D'une part les États peuvent s'engager à se conformer dans l'exercice de leurs compétences à ces règles fixées par traité ; ils peuvent par exemple s'engager à assister un État victime d'une agression, à participer à des mesures de police internationale, comme à prohiber le trafic des stupéfiants. Ces traités limitent la souveraineté de l'État, mais ne modifient pas sa structure. L'État contracte de nouvelles obligations internationales, mais sous réserve de les respecter, il continue d'agir par ses organes, selon sa Constitution nationale. D'autre part, l'État peut par traité transférer à un pouvoir supranational certaines de ses compétences. Il est alors dans ce domaine soumis à l'autorité de ce pouvoir ; il a abandonné le droit de décision. Sa structure est donc affectée. Or, c'est un tel transfert de souveraineté de l'État français à la Communauté projetée que prévoit le texte relatif à la CED. Celui-ci ne tend pas seulement à limiter une compétence nationale, mais à créer une autorité supranationale, dont les pouvoirs s'exerceront directement sur le territoire et sur la personne des citoyens français, et dont l'existence bouleversera donc profondément l'organisation constitutionnelle française¹³⁷.

Ce problème était posé en 1954 au moment de la création de la Communauté européenne de défense, projet qui a échoué à cause du veto du Parlement français. Depuis lors, la difficulté de concilier souveraineté et construction européenne n'a

¹³⁵ Sur la manière dont un internationaliste peut comprendre ce problème extrêmement difficile, nous renvoyons aux très riches développements de Jean Combacau dans le paragraphe intitulé « Formation de constitutions par une convention interétatique », dans son article « Sources internationales et européennes du droit constitutionnel », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome I, Paris, Dalloz, 2012, p. 435-439.

¹³⁶ Voir notre livre : O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2^e éd., 2010, p. 269-270.

¹³⁷ *Le Monde*, 30 juillet 1954.

fait qu'aller croissant. Ce que nous avons proposé d'appeler ici « le grand compromis » proposé par le Conseil constitutionnel dans *Maastricht I* suppose de considérer qu'il est possible de concevoir la construction d'une autorité supranationale, de nature quasi fédérale, sans renoncer à la souveraineté. Or, si l'on part l'idée de souveraineté, et notamment l'idée de souveraineté de l'État, il devient difficile de penser l'approfondissement fédéral de l'Europe. C'est ce qu'un esprit lucide comme Leo Hamon soulignait dès 1991 :

[À] l'évidence, la souveraineté nationale, qui est le principe de nos institutions de la République une et indivisible, est incompatible avec la participation à une quelconque « fédération » ; on ne peut prétendre respecter la souveraineté nationale en proclamant qu'on prépare une disparition qui ne serait plus qu'une question de temps¹³⁸.

Pour notre part, face à ce dilemme, nous avons tenté de montrer dans notre ouvrage sur la théorie de la Fédération que la question de la fédération ne peut être pensée que si l'on met justement entre parenthèses la souveraineté. Cette difficulté « fédérale » est globalement éludée par le Conseil constitutionnel, qui se pose principalement en « gardien de la souveraineté ».

III. CE QUE NOUS APPRENNENT LES DÉLIBÉRATIONS SUR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

On pourrait arrêter notre propos là car l'étude des comptes-rendus des délibérations suffit largement à montrer le caractère hautement « bricolé » de cette jurisprudence relative à la souveraineté, dans son double aspect (le Souverain organique et la souveraineté de l'État face à l'Europe). Mais il est peut-être judicieux de tirer parti de ces lectures pour essayer de discerner ce que nous apprend une telle jurisprudence sur l'institution elle-même, sur le Conseil constitutionnel donc.

A. Le Conseil constitutionnel fait-il encore du droit ? Le rapport avec la politique

1. L'étude des délibérations du Conseil enseigne la forte *dimension politique d'une telle jurisprudence* de sorte qu'il apparaît fort difficile, sinon impossible, de séparer aussi nettement le droit de la politique. C'est ce qui ressort de la lecture des délibérations sur ce sujet – ô combien politique ! – qu'est la souveraineté.

C'est d'abord particulièrement visible pour les décisions relatives à l'Europe, tant les prises de position des membres du Conseil laissent apparaître une forte opposition entre *européistes et souverainistes*. Cela apparaît dès la décision fondatrice de 1970 sur les « ressources propres » des Communautés européennes. Comme on l'a vu plus haut (voir *supra*, II. A.), Gaston Palewski, président du Conseil constitutionnel, annonce un peu solennellement que l'institution qu'il préside va devoir « dire la Constitution face à la souveraineté¹³⁹ ». Dans la même séance,

¹³⁸ L. HAMON, « La souveraineté nationale, la Constitution... et les négociations "européennes" en cours », art. cité, p. 303.

¹³⁹ B. MATHIEU *e. a.* (dir), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1985)*, *op. cit.*, p. 202.

René Brouillet, ancien très proche collaborateur du général de Gaulle¹⁴⁰, qui approuve vigoureusement le rapport de Goguel, exprime combien « il [lui] paraît difficile de tracer une frontière exacte entre le domaine politique et le domaine juridique¹⁴¹ ». C'est un constat identique que dresse Maurice Faure, premier rapporteur, dans la décision *Maastricht I*. Comme ses prédécesseurs, il précise d'emblée qu'il ne faut pas mélanger l'élément politique et l'élément juridique. Mais, presque immédiatement après, il relève que la construction européenne a été jusqu'à présent « irréversible », ajoutant ce commentaire très « subjectif » : « Personnellement, j'espère que cette tendance ne va pas s'inverser¹⁴² ». Faut-il préciser que Maurice Faure fut l'un des négociateurs du Traité de Rome et qu'il fait partie de ces membres du Conseil constitutionnel, qui sont des anciens « politiques » ? De même, lors de la discussion sur le Traité d'Amsterdam, la première intervention d'Yves Guéna, qui suit l'exposé du rapport du président, vise à objecter l'illégitimité de principe de la construction européenne qui a pour effet de remplacer une démocratie nationale par une démocratie au niveau supranational. Elle est immédiatement suivie d'une contre-offensive des membres pro-européens du Conseil (Faure, Robert, Lenoir, Lancelot). À la suite de cette série d'interventions, le président du Conseil (Dumas) commente, un brin désabusé : « Il est difficile de résister à la tentation de faire de la politique¹⁴³ ». Une telle opposition entre les anti-européens et pro-européens peut même se refléter dans le vote même au sein de l'Assemblée. On a vu plus haut que cette opposition avait abouti, en 1976 (affaire du Parlement européen), à un quasi-blocage. Les voix sont à égalité : 4 contre 4 (plus une abstention) pour ce qui concerne le rapport effectué par Goguel et concluant à « l'inconstitutionnalité » d'une disposition du projet de traité (voir *supra*, II. A.). Il a fallu la voix prépondérante du président (Roger Frey) pour dénouer une situation, qui aurait sinon été bloquée. Celui-ci commande un second rapport, qui ne figure pas les archives du Conseil (!) pour sortir de l'impasse. Le président a donc fait basculer la décision en faveur de la décision de compatibilité.

Les débats sont feutrés entre les membres du Conseil constitutionnel, mais à propos de chaque question, souvent technique, surgissent des conflits politiques. Par exemple, faut-il contrôler les traités antérieurs, le traité de Rome notamment, à l'occasion du contrôle des dispositions du Traité de Maastricht, comme s'il y avait une exception d'inconventionnalité analogue à l'exception d'inconstitutionnalité reconnue dans la décision Nouvelle-Calédonie ? Ici, les défenseurs de l'Europe montent au créneau pour défendre l'absence de contrôle¹⁴⁴. Maurice Faure est sur ce point particulièrement virulent :

[L]e Conseil peut, à cette occasion, et pour la première fois, affirmer qu'il ne remettra pas en cause effectivement le seul traité de Maastricht qui est visé, mais

¹⁴⁰ C'est lui qui a fait la carrière de Pompidou en faisant jouer l'amitié de normaliens pour intercéder auprès du général de Gaulle pour l'introduire, en 1945, à l'Élysée.

¹⁴¹ Compte-rendu, séance du 30 décembre 1976, p. 48. Il ajoute : « Admettre qu'il n'y ait aucun problème de constitutionnalité, laisserait supposer que, lorsqu'il s'agit de la souveraineté de notre pays, il n'y a rien à dire ».

¹⁴² Compte-rendu, séance du 7 avril 1992, p. 3.

¹⁴³ Compte-rendu, séance du 31 décembre 1977 (décision Amsterdam), compte-rendu, p. 32.

¹⁴⁴ Compte-rendu, séance du 7 avril 1992, p. 9-13.

je pense qu'il faut en profiter pour en faire référence à la continuité de ce traité avec les traités antérieurs¹⁴⁵.

Il défend la thèse qu'on appelle depuis lors « l'immunité conventionnelle » des traités originaires.

L'opposition politique n'est pas moins visible quand le Conseil traite de la souveraineté du peuple et de la loi référendaire. C'est le cas lors de la séance du 6 novembre 1962 où la discussion se fait à fleurets mouchetés. Elle laisse apparaître un clivage très politique entre les partisans du général de Gaulle et ses adversaires. Parmi ces derniers, René Coty et Vincent Auriol – les deux anciens présidents de la IV^e République – interviennent de concert pour mettre en garde les membres du Conseil contre la dérive plébiscitaire – comprendre autoritaire – dont serait porteuse une déclaration d'incompétence du Conseil (voir *supra*, I). Vincent Auriol est revenu siéger exprès au sein du Conseil pour signaler son opposition à la loi référendaire. René Cassin est partagé entre sa fidélité personnelle à de Gaulle et ses scrupules de juriste¹⁴⁶. C'est son « surmoi » juridique qui l'emporte, car il vote contre la majorité favorable à l'irrecevabilité. Mais le président Léon Noël, ancien ambassadeur et fidèle gaulliste, tient bien son Conseil et même des juristes éminents comme Marcel Waline et Bernard Chenot, font taire leurs scrupules, votant avec la majorité.

Plus révélateur encore de ce phénomène de surdétermination politique des opinions juridiques est le fait que le compte-rendu des séances trahit des prises de position ouvertement polémiques lors des délibérations. Lors de la première décision Maastricht, certains membres se signalent par leurs critiques ouvertes à l'égard des anciens membres gaullistes. Lors de la séance du 8 avril 1992, le président Badinter fait observer que le problème de la monnaie « est très important, beaucoup plus important que la question des élections municipales¹⁴⁷ ». Il critique donc le Parlement européen pour avoir exagéré cette question et il est rejoint sur ce point par Maurice Faure qui observe : « 90% du débat parlementaire portera sur les élections municipales ». Fin politique, Marcel Rudloff commente : « c'est fait pour ça, pour faire passer le reste¹⁴⁸... » Il apparaît surtout à l'occasion de la première délibération de Maastricht que le Conseil de 1992 ne cesse de s'opposer au Conseil de 1976, lui reprochant ouvertement une jurisprudence qu'on pourrait qualifier aujourd'hui de « souverainiste ». Selon le second rapporteur (Latscha), le Conseil aurait établi en 1976 une « distinction brutale » entre limitations et transfert de souveraineté. Il avoue que cette décision l'avait « fait hurler¹⁴⁹ ». C'est surtout lorsque la discussion roule sur la question du peuple européen et de la représentation, que les membres du Conseil de 1992 vont se déchaîner contre la décision de 1976 sur l'Assemblée européenne. Le président (Badinter) observe que celle-ci fait allusion à « chacun » (cons. 3) des peuples des États¹⁵⁰, alors que le texte du traité ne contenait pas cette formule. Selon lui, « les rédacteurs de l'époque ont

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 13.

¹⁴⁶ C'est le cas aussi de Vallery-Radot, qui est gaulliste et qui se joindra à la minorité.

¹⁴⁷ Compte-rendu, séance du 8 avril 1992, p. 71.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Compte-rendu, séance du 8 avril 1992, p. 10.

¹⁵⁰ Compte-rendu, séance du 9 avril 1992, p. 9.

dénaturé ce texte. Que dirait-on si on ajoutait un mot à la Constitution[?]¹⁵¹ ». S’ensuivent sur ce point des commentaires désobligeants sur la décision de 1976 : Maurice Faure estime que, « en 1976, le Conseil a fait un abus de droit », tandis que Jean Cabannes ajoute ce commentaire – « ironique », précise le compte-rendu – : « un faux en écritures publiques¹⁵² ». C’est ce dernier membre qui attaque nommément François Goguel dans un autre passage de la décision¹⁵³.

La mise en cause du Conseil de 1976 par celui de 1992 peut surprendre. En effet, dans une institution juridictionnelle, la continuité de l’institution est un élément important. Il est rarissime d’entendre ou de lire des membres de la Cour de Cassation ou du Conseil d’État critiquer *ouvertement* d’anciennes jurisprudences de leur institution et *a fortiori* d’anciens membres de l’institution. Certes, on peut et l’on doit même changer des jurisprudences pour adapter le droit à de nouvelles situations et à de nouveaux défis sociaux. Mais cela se fait, évidemment, sans remettre en cause aussi brutalement l’opinion des anciens juges. Or, ici, les membres de la majorité du Conseil constitutionnel dénigrent à qui mieux mieux la décision de 1976, dont on a pourtant vu qu’elle était une décision de compromis, qui n’était pas si fermée au droit européen (voir *supra*, II. A)¹⁵⁴.

2. Le Conseil constitutionnel est également une institution qui doit ménager avec la force du pouvoir politique s’il veut conserver une certaine légitimité. À la fin des longues séances consacrées à cette décision surgit une question qui n’est pas mineure : faut-il ou non déclarer contraire à la Constitution française l’article de la Politique étrangère et de sécurité commune (PESC) qui confie une partie de la conduite diplomatique à une institution européenne, avec un système extrêmement compliqué au terme duquel le passage de l’unanimité à la majorité ne peut être remise en cause que par une nouvelle décision, prise à l’unanimité ? Robert Badinter trouve le procédé aussi compliqué que ridicule. Quant au premier rapporteur (Maurice Faure), il n’a aucun doute sur l’irrévocabilité du processus et sur la réalité de l’atteinte portée à la souveraineté. Quelques autres membres du Conseil constitutionnel ont des doutes sur la nécessité de déclarer cet article contraire à la Constitution, mais le rapporteur Faure tient bon et il déclare très franchement : « Moi, je fais du droit. Je veux bien que l’on passe à côté du droit, mais il faut en être conscient¹⁵⁵ ». Pourtant, dans ce cas, le Conseil va faire de la politique et non du droit, pour ne pas sanctionner. C’est le président du Conseil, Robert Badinter, qui fait basculer les débats en intervenant longuement :

Par rapport à ce qui s’est passé en 1976, nous avons choisi la notion d’atteinte aux conditions essentielles d’exercice de la souveraineté. Peut-on ici parler de conditions essentielles ? Au départ, la maîtrise de l’État sur le processus est totale ; il y a l’unanimité, ce sont des questions, des problèmes d’exécution. C’est une délégation, en fonction de questions, *in concreto*. Toute cette question me préoccupe depuis longtemps. Il est clair qu’à la différence de la monnaie, on n’a pas abandonné un domaine entier de compétences. Est-on dans « l’essentiel » ?

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 10.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ Cabannes renchérit : « mais c’est bien là-dessus que vont insister Madame Garaud, Monsieur Goguel » (Compte-rendu, séance du 8 avril 1992, p. 71).

¹⁵⁴ Nos remarques sont convergentes avec celles d’Andrea Hamann.

¹⁵⁵ Compte-rendu, séance du 9 avril 1992, p. 32. La formule est mise en exergue dans l’article précité d’Andrea Hamann (A. HAMANN, « Sur un “sentiment” de souveraineté », art. cité).

Effectivement, on ouvre une brèche. Mais la décision, ici, fait preuve d'une grande exigence. Jusqu'à maintenant, on a situé la barre au niveau de la citoyenneté et de la troisième phase de l'Union monétaire. Mais je crois qu'ici, le Conseil manifesterait le fait de ne rien laisser passer et empêcherait toute aliénation de souveraineté. N'allons pas trop loin dans ce sens¹⁵⁶.

Le rapporteur (Faure), qui était sur une ligne un peu « dure » (pour déclarer la contrariété à la Constitution), comprend que l'intervention du président Badinter est motivée par « un choix du Conseil : celui de ne pas trop charger la barque du Gouvernement¹⁵⁷ ». La ligne modérée du président l'emporte et le Conseil institue un précédent en ne sanctionnant que « les atteintes caractérisées à la souveraineté¹⁵⁸ », sans que ne puisse être tracée une ligne de démarcation entre une simple atteinte à la souveraineté et une atteinte « caractérisée ». Le lecteur de la décision du 9 avril 1992 ignore donc qu'un autre motif d'inconstitutionnalité avait été soulevé par le rapporteur qui avançait de solides arguments juridiques. Mais le Conseil constitutionnel ne censurera pas cet article du traité de Maastricht pour une raison purement politique : la volonté de laisser les mains libres au pouvoir politique. Il n'y a d'ailleurs rien de choquant dans une telle attitude : cela s'appelle du *self-restraint* de la déférence judiciaire, position communément adoptée par la plupart des juridictions constitutionnelles et qui est le moment où le contrôle de l'opportunité se substitue au contrôle de légalité.

B. De l'absence majoritaire de juristes dans le Conseil et de ses effets

Grâce au livre de Dominique Schnapper¹⁵⁹, on sait désormais de source sûre qu'il y a au sein du Conseil constitutionnel deux personnes qui la dominent : le président et le secrétaire général. C'est sur ce duo que repose, en réalité, le fonctionnement du Conseil constitutionnel¹⁶⁰. C'est encore plus net depuis la mise en vigueur de la QPC, qui a accentué l'emprise du secrétaire général et de l'équipe juridique qu'il contrôle, reléguant le rôle des membres à un rôle souvent subalterne.

De ce point de vue, les délibérations ici étudiées confirment la place prépondérante occupée par le tandem président/secrétaire général. C'est particulièrement net pour les débats ayant lieu au moment du traité de Maastricht (1992), lors desquels officiaient respectivement Robert Badinter et Bruno Genevois. Tout aussi instructif est le fait que pour les deux grandes décisions sur l'Europe consécutives à celles sur le traité de Maastricht (les décisions Amsterdam et Constitution européenne), le président était d'office le rapporteur, de sorte qu'on peut supposer, sans grand risque de se tromper, qu'il a travaillé en étroite collaboration avec le secrétaire général. Disons ici un mot de ce dernier : il n'est pas « un membre » au sens

¹⁵⁶ Compte-rendu, séance du 9 avril 1992, p. 32.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 33.

¹⁵⁹ D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010.

¹⁶⁰ Alain Lancelot, ancien membre du Conseil constitutionnel, observe, lui aussi que « le sommet abrite au Conseil deux très fortes autorités, le président et le secrétaire général » (A. LANCELOT, « Où il est question de bonheur au sommet de l'État », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 50^e anniversaire, 2008, p. 22, cité par P. WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 5, *Mutation ou crépuscule des libertés publiques ?*, décembre 2010, note 66 [<http://juspoliticum.com/article/Sur-la-composition-du-Conseil-constitutionnel-294.html>]).

strict terme du terme du Conseil, mais l'habitude a été désormais prise de le qualifier de « dixième membre du Conseil constitutionnel¹⁶¹ ». La doctrine la plus autorisée en matière de contentieux constitutionnel le caractérise même comme « un des principaux centres nerveux, intellectuel, juridique et politique du Conseil¹⁶² ». On peut même aller plus loin et le qualifier, selon la formule de Patrick Wachsmann, de « personnage-clé de l'institution¹⁶³ ». Même s'il est difficile de généraliser son rôle car tout dépend de la personnalité, non seulement du secrétaire général, mais aussi du président, la lecture des délibérations laisse penser qu'il joue un rôle encore plus crucial dans les débats.

Commençons cependant par nous interroger sur le fondement juridique de la participation du secrétaire général aux délibérations du Conseil constitutionnel. Le fondement textuel est relativement ténu. Il figure à l'article 3 du décret relatif à l'organisation du secrétariat général qui dispose : « Le secrétaire général prend les mesures nécessaires à la préparation et à l'organisation des travaux du Conseil » (al. 1) ; « Il établit un compte-rendu sommaire de ces travaux » (al. 2). On peut donc penser que l'établissement du compte-rendu impose sa présence lors des délibérations. Mais on pourrait imaginer qu'il tient seulement le rôle d'un simple greffier. Ce serait une grave erreur, car on le voit intervenir quelques fois dans le débat, soit à la demande du président, soit à sa propre initiative, pour éclairer un point de droit. Il y intervient parfois de manière décisive, comme l'atteste le compte-rendu du 9 avril 1992 relatif à la décision *Maastricht I*. Maurice Faure, premier rapporteur, fait une remarque de détail sur une certaine formulation du projet de décision : « pourquoi le projet parle-t-il des conditions déterminées par “un” traité¹⁶⁴ ? » À cette question, le secrétaire général répond tout de suite, comme si elle lui était implicitement adressée, alors même qu'il n'est pas invité à prendre la parole : « Parce qu'il s'agit du niveau constitutionnel, de la généralité à laquelle se situe la Constitution ». Et le président interroge le rapporteur : « vous, vous ne vous sentez pas cela... » Ce dernier répond : « je suis pour la sobriété et l'homogénéité¹⁶⁵ ». Plus loin, on apprend que le second rapporteur (M. Latscha), sur l'Union économique et monétaire, « a fait confiance à Monsieur Genevois (le secrétaire général)¹⁶⁶ ». C'est donc bien ce dernier qui a rédigé le *projet de décision* à la place du second rapporteur.

On peut donc affirmer que le secrétaire général est la *vigie juridique* du Conseil. À la lumière du compte-rendu des délibérations, il apparaît bien comme le grand expert juridique du Conseil, comme il ressort des interrogations qui lui sont lancées par divers présidents (Badinter, Dumas, Mazeaud) en vue de préciser tel ou tel point de droit, et aussi telle ou telle jurisprudence française ou européenne. En effet, son

¹⁶¹ J. ROBERT, *La garde de la République, Le Conseil constitutionnel raconté par l'un de ses membres*, Paris, Plon, 2000, p. 62 ; P. WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 5, décembre 2010, [<http://juspoliticum.com/article/Sur-la-composition-du-Conseil-constitutionnel-294.html>], p. 23 du .pdf.

¹⁶² D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN et J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 11^e éd., 2016, n^o 88.

¹⁶³ P. WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *art. cité*. Voir la description qui en est ici faite, principalement d'ailleurs à travers le témoignage si intéressant de Dominique Schnapper.

¹⁶⁴ Compte-rendu, séance du 9 avril 1992, p. 14.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 14.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 16.

savoir juridique place le secrétaire général dans la position confortable et centrale du grand expert savant au milieu d'un cénacle composé principalement d'anciens « politiques » guère au fait des subtilités juridiques du contentieux. Son rôle semble avoir crû avec le temps, car il est frappant d'observer que, en 1962, le secrétaire général n'apparaît pas dans le compte-rendu de la discussion. Il est variable selon la composition du Conseil. Quand il y avait des professeurs de droit comme François Luchaire ou Georges Vedel, le secrétaire général devait compter avec eux et ne pouvaient revendiquer le monopole de l'expertise juridique. Quelques exemples illustrent cette idée.

Dans la séance du 9 avril 1992 où est discutée la façon dont il faut rédiger l'inconstitutionnalité de l'intégration monétaire, le président Badinter voudrait imposer une formule du genre : « la Constitution ne permet pas que... ». Bruno Genevois doit batailler pour s'opposer à une telle formulation qui est fort liberticide. Il le fait une première fois en appelant l'attention du Conseil, de façon très précautionneuse, sur la forme : « je me permets d'appeler l'attention du Conseil sur les risques d'un *a contrario* poussant à dire que ce ne dit pas la Constitution serait interdit¹⁶⁷ ». Il est rejoint dans son opposition par Noëlle Lenoir – qui a fait un détour par le Conseil d'État avant de rejoindre le Conseil constitutionnel. Le secrétaire général Genevois a le mot de la fin en observant, très finement d'ailleurs : « le vide constitutionnel n'est pas une inconstitutionnalité, mais la liberté laissée au législateur par le constituant¹⁶⁸ ». Ici, l'intervention du secrétaire général a été salutaire pour empêcher une formulation qui aurait été assez désastreuse d'un point de vue non seulement symbolique, mais aussi pratique, ouvrant la voie à une jurisprudence totalement illibérale.

Le plus surprenant est de voir le secrétaire général intervenir pour rappeler aux membres du Conseil non seulement la jurisprudence du Conseil d'État, mais aussi leur *propre* jurisprudence. Ainsi voit-on, en pleine délibération sur la compatibilité du traité de Maastricht, M. Genevois se lancer dans un petit cours de droit public sur l'immigration. Interrogé par le président Badinter, il discute la valeur subsidiaire du traité de Schengen par rapport à celui de Maastricht, puis il ajoute sur le ton de l'évidence :

Il est également indiscutable à l'heure actuelle que les visas sont une prérogative de l'État. Souvent, celui-ci se lie au moyen de convention bilatérale pour des raisons multiples, tenant à la diplomatie à la politique générale, ou à l'opinion publique¹⁶⁹.

Il se permet alors d'attirer l'attention des membres du Conseil le fait « que, dans sa décision n° 92-307 du 25 février 1992, il [le Conseil constitutionnel] a rappelé que le refus d'admission des étrangers sur le territoire constituait un droit de l'État, sous réserve des conventions internationales » (Séance du 9 avril 1992, p. 43). Ainsi est-ce lui qui réintroduit une certaine densité juridique dans la discussion en parlant, en ces matières, de « droits » ou de « prérogatives de l'État », usant d'un langage précis et rigoureux, là où la plupart des membres usent d'un vocabulaire flottant et faiblement juridique.

Enfin, il est évident que le secrétaire général est celui qui « verrouille » la rédaction des décisions. Alors que les membres du Conseil parlent régulièrement de

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 15.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 19.

¹⁶⁹ Compte-rendu, séance du 7 avril 1992, p. 42.

« transfert de souveraineté » dans la délibération précédant la première décision Maastricht, la rédaction de la décision use de l'expression, plus judicieuse, de « transferts de compétences », utilisée dans la décision *Maastricht I* (cons. 13). Ainsi, les grosses lacunes juridiques des membres du Conseil sont comblées par l'expertise du secrétaire général qui les aide dans la rédaction du rapport et aussi dans la rédaction finale du texte de la décision. On peut supposer que c'est donc parfois ce juriste-expert, issu du Conseil d'État, qui donne à la décision un aspect parfaitement juridique qui est loin de refléter le contenu des délibérations.

*
**

À partir de l'étude d'un thème ciblé et restreint, la souveraineté, on peut considérer que celle-ci confirme ce que maints auteurs affirment à propos du Conseil constitutionnel, à savoir qu'il est resté essentiellement une institution ou un organe politique, assez éloigné de ce qu'on appelle une juridiction ou un tribunal. D'ordinaire, on établit ce diagnostic principalement à partir de la composition du Conseil – résultant d'un mode de nomination très politique – ou de la procédure suivie devant lui – par exemple, la pratique des « portes étroites », clairement contraire au principe du contradictoire. Mais nous espérons avoir montré que la même thèse peut être fondée sur la façon qu'il a de « fabriquer du droit », façon bien hétérodoxe, du moins si l'on prend pour référence orthodoxe ce qu'effectue une véritable « juridiction » confrontée aux mêmes questions.

Olivier Beaud

Professeur de droit public à l'Université Paris II Panthéon-Assas, Institut Michel Villey

Sur un « sentiment » de souveraineté

Je veux bien que l'on passe à côté du droit,
mais il faut en être conscient¹.

On pourrait se demander au premier abord ce que viendrait faire la souveraineté internationale, en tant que telle, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Lorsque le Conseil examine un traité au titre de l'article 54 de la Constitution, ou une loi d'autorisation de le ratifier ou l'approuver, sur le fondement de l'article 61 al. 2, il n'a compétence que pour vérifier si le traité « comporte une clause contraire à la Constitution » (art. 54), ou pour se prononcer sur la « conformité à la Constitution » de la loi (art. 61 al. 1^{er}). Contrôle préventif dans les deux cas, car le conflit entre traité et constitution ne saurait exister à ce stade, dès lors que les normes conventionnelles ne sont pas encore en vigueur et applicables dans l'ordre interne, et qu'il s'agit précisément de déterminer, *a priori*, si la France peut contracter l'engagement international sans risquer, ce faisant, de susciter une incompatibilité cette fois-ci bien réelle entre obligations constitutionnelles et conventionnelles liant toutes deux l'État et les pouvoirs publics. Or, la Constitution de 1958 ne fait aucune mention directe de la souveraineté, hormis dans sa forme de « souveraineté nationale » (Préambule al. 1^{er}, et art. 3, malgré le titre sans adjectif dans lequel s'insère ce dernier, « De la souveraineté »²), et hormis aussi l'hypothèse de l'accession de la Nouvelle-Calédonie à la « pleine souveraineté » (art. 77) – dans ce second cas c'est bien véritablement de souveraineté internationale qu'il s'agit. Cette absence de référence à la souveraineté de l'État dans la Constitution peut paraître curieuse aujourd'hui, tant les enjeux en sont désormais connus, mais elle n'est pas inhabituelle. Une constitution est avant tout une organisation de la puissance de l'État au sein même de cet État et, en tant que

¹ M. FAURE, Compte-rendu de la séance du Conseil constitutionnel du 9 avril 1992 relative au traité sur l'Union européenne, p. 32. Les extraits des comptes-rendus seront cités comme suit : compte-rendu, date, et objet de la saisine (sous une forme abrégée pour les comptes-rendus cités fréquemment).

² On peut y ajouter également le Préambule de 1958, qui dispose que « le peuple français proclame solennellement son attachement [...] aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 [...] ».

telle, elle se projette vers l'intérieur de l'ordre juridique, ayant moins vocation à se préoccuper de l'extérieur³.

Aucune disposition de la Constitution de 1958, en tout cas, n'est en tant que telle immédiatement opératoire pour permettre au Conseil constitutionnel de se faire gardien de la souveraineté internationale de la France. Si ce n'était que la notion de constitution implique ontologiquement l'existence de l'État, et *vice versa*, l'une et l'autre étant consubstantielles, et que l'étaticité se caractérise précisément par la souveraineté. Et c'est bien la conscience de cet enjeu qui se manifeste dans certaines séances du Conseil où, à l'époque encore des Communautés européennes, était discutée l'éventualité redoutée d'un « État supérieur⁴ » ou d'un « super-État doté d'une supra-nationalité⁵ ». Si ce n'était aussi que le Préambule de la Constitution de 1946, intégré par renvoi au bloc de constitutionnalité, dispose en son alinéa 15 que « [s]ous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ». Avec lui tombent les murs entre intérieur et extérieur, la constitution se situant en charnière, et la conformité à la constitution se trouve bien projetée ici vers cet « extérieur ». Il s'agit donc de déterminer si l'exécutif peut engager internationalement l'État en ratifiant ou approuvant le traité, ou si au contraire sa conclusion serait une « limitation de souveraineté » au-delà de celles que tolère la constitution. La formule de l'alinéa 15 du Préambule de 1946 n'est toutefois pas heureuse, elle est même un non-sens du point de vue du droit international, et c'est pourtant elle bien sûr qui résonnait dans la décision de 1976 si vivement critiquée, en ce qu'elle jugeait admissibles les « limitations » de souveraineté mais refusait ses « transferts »⁶. Mais la souveraineté étant un absolu, en tant qu'elle est attachée à la qualité d'État qui ne souffre elle-même aucune nuance, elle est insusceptible de « limitations » ; l'État qui conclut un traité, loin d'y renoncer ou d'y apporter des atténuations, fait au contraire acte de souveraineté. Ce qui peut être limité en revanche, et c'est la seule acception qui fait sens dans une perspective internationale, c'est l'*exercice de pouvoirs* qui, avant la conclusion d'un traité, relevaient encore de la sphère de liberté de l'État ; c'est également ainsi que l'exprime plus opportunément, mais au sujet des traités européens seulement, l'article 88-2 ajouté par la révision de 1992, qui autorise des « transferts de compétences⁷ ». Et c'était aussi déjà cette formule bien

³ À titre de comparaison, la Loi fondamentale de l'Allemagne ignore elle aussi la notion de souveraineté, tout comme le font les constitutions italienne, espagnole ou encore belge. Elles ont aussi toutes en commun de dater d'une époque où, au mieux, la construction européenne était encore à ses tout débuts, et l'inquiétude souverainiste moins vive qu'elle l'est devenue par la suite.

⁴ Compte-rendu, 19 juin 1970 (*Ressources propres*), p. 15.

⁵ Compte-rendu, 29 décembre 1976 (*Élection de l'Assemblée des CE au suffrage universel direct*), p. 47.

⁶ Décision n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, *Décision du Conseil des Communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct* (ci-après *Élection de l'Assemblée des CE au suffrage universel direct*), cons. 1.

⁷ Dans son ensemble l'article 88-2 issu de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 se lisait comme suit : « sous réserve de réciprocité, et selon les modalités prévues par le traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, la France consent aux transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'union économique et monétaire européenne ». Il fut modifié par la loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 pour devenir « Sous réserve de réciprocité, et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, la France consent

plus exacte qu'avait enfin consacrée le Conseil dans sa décision d'avril 1992 sur le traité de Maastricht :

le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que [...] la France puisse conclure, sous réserve de réciprocité, des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de *transferts de compétences consentis par les États membres*⁸.

Mais malgré *Maastricht I*, malgré les « transferts de compétences » qui, c'est évident, ne soulèvent aucune difficulté du point de vue international, les décisions du Conseil font apparaître que c'est tout de même aussi de cette distinction inopportune entre les « limitations de souveraineté » autorisées et celles qui ne le sont pas qu'il s'est fait le gardien⁹. Mais concédons aussi que la faute n'en revient pas exclusivement à l'impropriété de la formule de l'alinéa 15 du Préambule de 1946. La faute originelle reste sans doute celle du *Lotus*, qui déclarait avec gravité que « les limitations de l'indépendance des États ne se présument pas », faisant ainsi de la volonté de l'État la voûte du droit international tout entier¹⁰. Il y a un siècle, admettons. Mais voyons alors aussi combien l'approche posait un verrou redoutable contre toute évolution du droit international qui voudrait le faire échapper à l'emprise des seuls États. Malgré le verrou, pourtant, il est parvenu à évoluer – en catimini certes, la croyance des États dans sa (et leur) détermination par leur seule volonté restant sagement entretenue. Mais qui ne voit pas aujourd'hui que la

aux transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'union économique et monétaire européenne ainsi qu'à la détermination des règles relatives au franchissement des frontières extérieures des États membres de la Communauté européenne ». De nouveau remanié en 1999 par la loi constitutionnelle n° 99-49 du 25 janvier, ainsi que par la loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003, il disparaît en 2008 avec la loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février, adoptée en vue de la ratification et de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009. Désormais ces « transferts de compétences » autorisés dès 1992 sont impliqués par le seul article 88-1, lui-même initialement créé par la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 ajoutant à la constitution un titre « Des Communautés européennes et de l'Union européenne », dont la version actuellement en vigueur est celle issue de la loi constitutionnelle précitée du 4 février 2008, et qui dispose que « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ».

⁸ Décision n° 92-308 DC, 9 avril 1992, Traité sur l'Union européenne (ci-après *Maastricht I*), cons. 13 (nous soulignons).

⁹ À titre anecdotique, on signale cependant que la version initiale de l'article 54, qui était alors l'article 49 du projet, tenait le Conseil à l'écart de garder quoi que ce soit en matière de traités, puisqu'il se lisait ainsi : « Lorsqu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution ou à une loi organique, l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ou la modification de la loi organique ». Nulle mention encore d'une intervention préalable du Conseil constitutionnel, et ce n'est que dans la version devenue définitive que ce contrôle lui fut confié.

¹⁰ Cour permanente de Justice internationale, *Affaire du « Lotus »*, arrêt du 7 septembre 1927, *série A n° 10*, p. 18. Ce qui précédait immédiatement n'était pas moins puissant, parfaitement ficelé autour d'un droit qui, quoi qu'il advienne, ne saurait échapper aux États : « Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs ».

souveraineté est un enjeu aussi dépassé qu'illusoire ? Et pourtant, quelque archaïque que soit la doctrine *Lotus*, sa poussière repose encore sur les esprits, en particulier dans les couloirs du Palais de la Paix de La Haye, dont les occupants s'évertuent à contenir un droit international qui tiraille, et dans leurs décisions déploient ainsi des efforts considérables pour le maintenir en l'état. Comment s'étonner dans ces conditions de ce qu'un Conseil constitutionnel se braque sur ce qui est l'apanage exclusif de l'État, en s'attachant lui aussi à contenir cette souveraineté ?

Mais se prononcer sur ses « limitations », dont le Préambule de 1946 autorise certaines mais interdit d'autres, suppose, pour être en mesure de les apprécier, de savoir ce qu'est cette chose qu'il semble autorisé sous conditions à limiter, cette souveraineté que l'alinéa 15 se garde bien de définir. Le Conseil, pourtant, n'a jamais entrepris de le faire, alors même qu'une bonne partie des décisions rendues en matière de traités tourne bien autour d'elle. Mais précisément, elle ne fait que tourner, n'énonçant jamais en amont frontalement la question. En aval, elle est au surplus obscurcie par des considérations disparates qui rendent bien hasardeux pour le commentateur de proposer une identification claire de ce que serait la jurisprudence du Conseil en matière de souveraineté.

Sur cette toile de fond, le titre donné à ces pages appelle une explication. Ni lubie ni témoignage d'inventivité, il est au contraire inspiré directement des propos des membres du Conseil constitutionnel. La difficulté que représente la souveraineté internationale pour son examen d'un traité se trouve en effet très bien exprimée dans la saisine au sujet du protocole n° 6 à la Convention européenne des droits de l'homme sur l'abolition de la peine de mort. Le rapporteur y formulait la question à examiner de la manière suivante :

si la souveraineté s'analyse comme un faisceau de compétences, la limitation ou plutôt la réduction de certaines des compétences comprises dans ce faisceau, qui serait opérée par la ratification du Protocole n° 6, est-elle ou non contraire à la souveraineté nationale ?

La question elle-même est formulée de manière curieuse et ses termes, notamment la locution « faisceau de compétences », appellent plusieurs observations, qu'on réserve toutefois pour des développements ultérieurs. Supprimons en revanche dès ce stade l'adjectif « nationale » de la souveraineté, car ce n'est nullement d'elle qu'il s'agissait, et alors peut apparaître mieux le véritable enjeu. Cet enjeu, pourtant, se révèle peu commode à manier. En effet, déclarait le rapporteur, il est « difficile de définir la souveraineté »... Bien heureusement en revanche,

ce concept, même s'il n'est pas vraiment et clairement définissable, se « sent »¹¹.

Qu'on laisse un peu ces mots résonner.

Que le lecteur, aussi, se rassure : il est normal qu'il soit en proie à des sentiments contradictoires. L'extrême scepticisme, voire la vive inquiétude, d'abord : on est donc incapable de dire ce qu'est cette chose qu'on se donne pourtant pour mission de sauvegarder ? Mais la confiance peut se restaurer, et il y a lieu : à la connaissance se substitue le sentiment, et la souveraineté, semble-t-il, fait davantage appel au second. Déplaisante impression, toutefois, que fait flotter cette candeur déconcertante. Déplaisant, aussi, le paradoxe que depuis l'intérieur de la juridiction on apprend qu'elle n'a pas une idée bien assurée de ce qu'est l'une de ces choses dont

¹¹ Compte-rendu, séance du 22 mai 1985 (*Protocole n° 6 à la CEDH*), p. 5.

elle fait pourtant un enjeu crucial, et où sa sauvegarde ne dépend en définitive que du sentiment (on n’ose pas dire de la sensation) qu’éprouvent à son endroit les membres de la juridiction.

L’inconvénient de révéler l’origine du titre dès ce stade, outre de risquer d’être taxée d’une certaine malveillance, est de se couper immédiatement l’herbe sous le pied : on vient en effet de rendre vaine toute tentative d’élucider ce qui serait une jurisprudence éclairée sur la souveraineté. C’en était toutefois l’objectif. D’éminents auteurs ont déjà passé au crible les décisions du Conseil en matière de traités internationaux sur le thème de la souveraineté, et ont entrepris de systématiser une jurisprudence ou une doctrine (ou plusieurs), de l’expliquer, y compris dans ses faiblesses et contradictions, et de lui donner un sens¹². Cette jurisprudence, quelles que soient les mutations qu’elle a connues et son enrichissement par des décisions ultérieures, n’a à peu près pas changé depuis ces écrits, laissant bien peu de terrain inédit qu’un nouvel article sur la souveraineté pourrait honnêtement investir et exploiter. Mais systématiser, expliquer et donner du sens, c’est précisément ce que ces pages ne feront pas. L’hypothèse avancée est moins soucieuse de logique et de rationalité, et on concède volontiers que, contrairement aux auteurs cités, on a davantage le luxe aujourd’hui de s’en affranchir parce qu’on bénéficie d’une ressource qui n’était autrefois pas à disposition, dans la forme des comptes-rendus des séances du Conseil. Le « secret de nos délibérations [qui] garantit à chacun d’entre nous la possibilité de se prononcer en toute liberté¹³ » n’étant plus, cette liberté peut (et même doit) désormais être prise en considération dans l’examen des décisions, et elle jette une lumière souvent bien crue sur certaines d’entre elles et leurs motivations (motivation ?). C’est l’unique objectif de ces pages, qui n’ont pas l’ambition de participer au discours doctrinal sur la souveraineté ; elles visent plutôt à apporter un éclairage sur certaines décisions et positions qui, dit-on, font jurisprudence, en les examinant depuis les coulisses désormais en partie accessibles au public.

Grâce à ces comptes-rendus, on peut en effet soutenir aujourd’hui que la « jurisprudence », à supposer qu’elle existe, sur la question de la souveraineté de l’État repose sur un double malentendu, d’abord conceptuel et ensuite plus circonstanciel. Conséquemment elle résiste à l’explication, résiste à la systématisation, et résiste aussi, en amont déjà, à la justification. La raison en est – mais ceci avait déjà été souligné par les auteurs précités – que le Conseil n’aborde la question de la souveraineté qu’au moyen d’une approche entièrement orientée depuis le droit interne. Il en résulte inévitablement une véritable confusion des « sentiments » (I),

¹² Notamment A. PELLET, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités – À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 1997 (Traité d’Amsterdam) », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 4, 1998 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahier-n-4/le-conseil-constitutionnel-la-souverainete-et-les-traites-a-propos-de-la-decision-du-conseil-constitutionnel-du-31-decembre-1997-traite-d-amsterdam.52845.html>] ; F. LUCHAIRE, « La souveraineté extérieure dans la Constitution française et la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in D. MAILLARD DESGRÈES DU LOÛ, *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 119-125 ; et J. COMBACAU, « La souveraineté internationale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 9, 2001 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahier-n-9/la-souverainete-internationale-de-l-État-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-francais.52497.html>].

¹³ Compte-rendu, séance du 7 avril 1992 (*Maastricht I*), p. 1.

où la souveraineté internationale n'est autre chose que la projection vers l'extérieur de la souveraineté au sens interne, et où se trouvent ainsi entremêlées et confondues deux logiques pourtant logiquement étrangères l'une à l'autre. C'est sur ces prémisses biaisées que le Conseil constitutionnel a élaboré les critères permettant d'apprécier la constitutionnalité d'un engagement international, et où le « sentiment » initial de souveraineté se trouve éprouvé, paradoxalement, au moyen de ce qui prend tout l'allure d'une expérimentation chimique : l'approche adoptée étant essentialiste, de quelle quantité la souveraineté peut-elle être « vidée » sans être compromise pour autant ? (II)

I. LA CONFUSION DES « SENTIMENTS »

A. Cause de la confusion : souveraineté et souveraineté

En procédant de manière candide, que la souveraineté soit interne ou internationale, il n'est pas déraisonnable de supposer qu'il ne s'agit que de deux faces d'une même chose. Après tout seul l'adjectif change, le substantif restant identique. Mais ce substantif ne s'est pas imposé au droit, c'est le droit qui l'a imposé, et la difficulté ne devrait alors être plus que de déterminer le sens auquel il a imprimé ce mot. Soit, mais de quel droit s'agit ?

C'est naturellement en priorité dans le droit interne que le Conseil constitutionnel va chercher éclairage. On y rencontre la « souveraineté », avec ou sans adjectif, dans plusieurs textes de valeur constitutionnelle, mais on doit bien concéder qu'ils ne le renseignent pas grandement. L'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 dispose ainsi que « [l]e principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation », tandis que l'article 3 de la Constitution de 1958 énonce que « [l]a souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». L'alinéa 15 du Préambule déjà cité, quant à lui, autorise les « limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ». Intuitivement, on devrait sentir déjà qu'il n'y est pas question de la même chose, mais laissons de côté pour l'instant le Préambule de 1946. La souveraineté au sens interne est elle-même déjà complexe et recouvre deux réalités différentes, dont les deux articles 3 ne rendent qu'incomplètement compte. Olivier Beaud, dans sa contribution dont celle-ci est le reflet symétrique, distinguait en ce sens la souveraineté démocratique, qu'il désigne par « souveraineté *dans* l'État », et le pouvoir de l'État, appelée « souveraineté *de* l'État ». Les deux sont portées vers l'ordre interne, dont elles organisent la distribution des pouvoirs et la participation du peuple dans les processus décisionnels, avec la scission qu'on connaît entre la titularité de la souveraineté nationale et ses modes d'exercice.

Or, si on progresse maintenant au-delà de la charnière que représente la constitution vers cet extérieur qu'est l'ordre international, on y découvre encore une autre souveraineté *de* l'État, qui pourtant n'a rien en commun avec celle visée à l'instant. Et il ne saurait en aller autrement : le droit tel quel le pose la constitution, qui prédétermine le sens à donner aux noms des choses qu'il institue, aménage et organise, perd tout bonnement toute pertinence dans l'ordre international. Cet ordre-là n'est régi que par le droit international, et c'est donc en lui qu'il faut désormais rechercher le sens des mots, peu importe que le droit interne les emploie aussi. Environnement radicalement différent, ici, car si on peut comprendre sans difficulté que la souveraineté au sens interne désigne, dans l'une de ses acceptions, la *puissance* de l'État, au sens d'un pouvoir suprême qui se caractérise par certaines

prérogatives et compétences et dont le détenteur ne saurait être autre que l'État, lequel est unique en son genre dans l'ordre interne, la donne est maintenant radicalement différente. Dans un ordre international où l'État n'est plus un *unicum* mais seulement l'un parmi quelque près de 200 autres, dont chacun a la prétention d'être pareillement « État », comment ne pas voir en effet que la souveraineté ne saurait être la même chose qu'au sens interne ? La réduire à désigner une puissance suprême dans l'ordre international conduirait soit à en faire une monstruosité qui établirait un rapport hiérarchique entre les États, soit à l'absurdité logique où, chacun de ces près de 200 États détenant le pouvoir suprême, la souveraineté de chacun annulerait celle de tous les autres. Il n'en est rien évidemment, toutes ces souverainetés coexistent simultanément, circonstance à laquelle la Charte des Nations Unies donne consécration dans la forme du principe de l'égalité souveraine des États (art. 2 § 1). « Égalité souveraine », voilà qui dit déjà l'essentiel : tous les États sont égaux parce qu'ils sont cela, États, et parce qu'ils sont États ils sont souverains ; réciproquement, s'ils sont souverains ils sont États et une entité non souveraine ne saurait être un État. Tout cela est bien connu. Mais dans ces conditions, impossible de réduire la souveraineté à n'être qu'un dénominateur commun, la *puissance* de l'État, qui connaîtrait deux faces dont l'une serait orientée vers l'organisation intérieure et l'autre vers les relations extérieures. C'est donc une erreur conceptuelle que d'envisager souverainetés interne et internationale comme étant les deux faces d'une même médaille, car ce qui fait défaut, c'est précisément la médaille unique. Pour le dire autrement, droit interne et droit international ne parlent tout simplement pas de la même chose lorsque, pourtant, ils emploient le même mot.

Mais ce dont parle le droit international ne peut se comprendre qu'en renonçant à la logique du droit interne et en se situant dans celle du droit international, où l'État n'est plus unique mais multiple, et où la souveraineté, sa caractéristique essentielle, l'est conséquemment aussi. On ne peut dès lors qu'évacuer toute définition positive qui repose sur une approche quantitative de puissance, et on doit au contraire situer la souveraineté de l'État par rapport à celle de tous les autres. Le sens à lui donner s'en inverse nécessairement : de positif dans l'ordre interne il ne peut ici plus qu'être négatif, de quantitatif dans l'ordre interne il ne peut ici plus qu'être qualitatif. « Pas une puissance, une liberté », tranchait un auteur, exprimant que la souveraineté au sens international n'est autre chose que la non-sujétion de l'État, ni évidemment à l'un de ses pairs, qui ne sont que ses égaux, ni encore à une organisation internationale¹⁴. Toute étrangère et même inadaptée est ici la vision bodinienne selon laquelle « la souveraineté est la puissance absolue & perpétuelle d'une République¹⁵ ». La non-sujétion résiste à toute mesure, résiste à toute tentative d'y associer un contenu de pouvoirs et d'attributs particuliers que l'État devrait détenir pour pouvoir se réclamer souverain, c'est-à-dire non soumis et, si on nous pardonne le mot peu élégant, non soumettable.

Rien n'empêche en revanche l'État d'apporter des restrictions à l'exercice de sa liberté, et c'est précisément ce qui résulte de toute obligation internationale, quelle qu'en soit la nature. La limitation n'affecte alors aucunement sa souveraineté en

¹⁴ J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, n° 67, *La souveraineté*, 1993, p. 47-58 [<http://www.revue-pouvoirs.fr/Pas-une-puissance-une-liberte-la.html>].

¹⁵ J. BODIN, *Les Six Livres de la République*, Paris, Jacques du Puy, 1576, p. 125 (Livre I, chap. IX).

tant que telle, mais seulement l'étendue des compétences que l'État exerçait auparavant librement, compétences qui, sous l'effet de ses engagements, se voient désormais encadrées dans la manière dont il peut licitement les exercer, voire qu'il renonce à exercer. Mais l'alinéa 15 du Préambule de 1946 ne rend nullement compte de cette distinction cruciale entre souveraineté et exercice de pouvoirs souverains, créant au contraire une confusion sur l'essence de la souveraineté qui n'est sans doute pas étrangère à l'inquiétude largement infondée que suscitent nombre de traités qui, dit-on, compromettraient l'État souverain, en particulier les « méga-accords » économiques conclus récemment ou en cours de négociation. Or, du point de vue du droit international, nul risque pour la souveraineté du fait de la conclusion d'un traité, aujourd'hui pas plus qu'hier, dans un passé lointain où

La Cour [permanente de Justice internationale] se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un État s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre, apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'État, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État¹⁶.

On ne cite pas cet extrait par culte aveugle de la doctrine *Wimbledon*, tant il est évident que l'ordre et le droit international ont évolué et que la souveraineté telle qu'en avait connue la Cour jadis n'est plus celle du début du XXI^e siècle, et quelle que soit d'ailleurs son invocation incantatoire par les autorités étatiques¹⁷. Il reste cependant utile pour illustrer le sens spécifique que le droit international imprime au concept : la souveraineté du *Wimbledon* n'est pas et ne saurait être la souveraineté au sens interne.

Plus encore, la souveraineté internationale est même parfaitement indifférente à la souveraineté interne, et le droit international ne s'y intéresse tout bonnement pas. Le titulaire de la souveraineté internationale, c'est l'État, et c'est lui qui est lié par les obligations internationales tout comme c'est sa responsabilité qui sera engagée en cas de manquement. Mais la puissance de l'État, la répartition des compétences, le titulaire de la souveraineté nationale et ses modes d'exercice lui indiffèrent. Osons même cette provocation qui, du point de vue interne – et aux oreilles du Conseil constitutionnel assurément – paraîtra sans doute hérétique : l'ensemble du droit interne n'est que pur *fait* pour le droit international, qui ne le considère tout simplement pas en tant que droit¹⁸. Dans ces conditions, comment veut-on faire dépendre la souveraineté internationale de considérations de seul droit interne, quel que soit leur caractère fondamental dans l'ordre qu'elles organisent ?

¹⁶ Cour permanente de Justice internationale, *Affaire du Vapeur « Wimbledon »*, arrêt du 17 août 1923, *série A n° 1*, p. 25 (nous soulignons).

¹⁷ Une illustration particulièrement spectaculaire est donnée par le président américain Donald Trump qui, dans son discours devant l'Assemblée générale des Nations Unies réunie pour sa 72^e session en 2017, prononça les mots « *sovereignty* » et « *sovereign* » exactement 21 fois (fréquemment couplés avec « sécurité », « prospérité » et « paix »).

¹⁸ Cour permanente de Justice internationale, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, arrêt du 25 mai 1926, *série A n° 7*, p. 19 (« Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives »).

B. Conséquence de la confusion : le « faisceau de compétences »

C'est pourtant ce qu'a toujours fait le Conseil constitutionnel, dont le raisonnement n'est commandé que par les textes de valeur constitutionnelle et qui sans doute n'est pas familier des aventures du *Wimbledon*. Or, elles font apparaître un élément crucial : la souveraineté internationale ne s'appréhende que de manière absolument formelle. Entre les lignes des propos de la Cour de 1923 apparaît nettement que l'objet de l'engagement que contracte l'État par voie conventionnelle est indifférent à sa souveraineté ; ce qui importe est sa capacité de contracter, expression par excellence de sa souveraineté d'après la Cour. Mais ce sont là des mots de 1923, et il faut aussitôt préciser que cette vision n'est plus soutenable aujourd'hui dans la forme absolue qu'elle prenait alors. La Cour y exacerbait la volonté de l'État à un degré qui n'est plus en adéquation avec la réalité du droit international contemporain, ne serait-ce que parce que l'État n'est depuis longtemps plus le « fabricant » exclusif de ce droit, encore moins son seul destinataire, et ne serait-ce aussi que parce qu'y existent des obligations qui s'imposent à lui sans qu'il ait eu à les accepter, ni même qu'il ait été mis en position de le faire, et auxquelles il lui est pourtant absolument interdit de déroger. En toute hypothèse, certains objets sont ainsi tout bonnement soustraits à la liberté contractuelle des États, qui malgré toute leur souveraineté ne sauraient conventionnellement en disposer. Si cet état des choses a des incidences sur la valeur ou, si on veut, l'efficacité de la souveraineté, sa conception formelle en revanche n'en est pas enrayée ; il ne saurait d'ailleurs en aller autrement dès lors que celle-ci n'est que le nom donné en droit à ce qui, dans l'ordre du fait, est l'indépendance.

Le Conseil constitutionnel pourtant ne saisit que très ponctuellement cette acception formelle (et lorsque c'est le cas, il semble le faire par accident, tant il y entremêle des questions de nature différente) et adopte au contraire une vision essentiellement matérielle, dans la droite ligne des *Six Livres de la République* dont la conception française plus largement est encore pétrie¹⁹. N'est-ce pas déjà la substance de la souveraineté qui était mise en avant en 1970 lorsque le Conseil considérait que la décision du Conseil des Communautés européennes par laquelle étaient substituées des ressources propres aux contributions des États membres ne soulevait guère de difficultés, « ni par sa nature, ni par son *importance*²⁰ » ? L'importance de la décision ne saurait désigner autre chose que l'objet sur lequel elle

¹⁹ Celle des pouvoirs publics en tout cas, en particulier les organes exécutifs, mais également de la doctrine. Ainsi par exemple on peut lire ce qui suit sans s'en étonner outre mesure : « les traités [...] les plus importants dans les deux dernières décennies se sont traduits pour la France par d'importantes limitations de souveraineté emportant même pour certains d'entre eux, de substantiels transferts de compétences », et, plus loin, « qu'est-ce donc en effet qu'une *atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* [...] sinon une déclinaison particulière de *transferts de souveraineté* ? », alors que l'auteur est par ailleurs convaincu, en toute bonne foi, de distinguer comme il y a lieu de le faire les deux notions de souveraineté, comme l'atteste la page suivante. Voir P. GAÏA, « Louis Favoreu et les internationalistes – Autour de la jurisprudence constitutionnelle internationale », in O. DUPÉRÉ (dir.), *Constitution et droit international, Regards sur un siècle de pensée juridique française*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2016, p. 316-317.

²⁰ Décision n° 70-39 DC, 19 juin 1970, Traité portant modification de certaines dispositions budgétaires [...] et décision du Conseil des Communautés européennes [...] relative au remplacement des contributions des États membres par des ressources propres aux Communautés (ci-après *Ressources propres*), cons. 9.

porte, et on y entrevoit déjà que ce qui détermine le Conseil est la « gravité » ressentie du domaine dans lequel la France pourrait voir sa liberté réduite. N'est-ce pas surtout, et de la manière la plus criante, ce que faisaient valoir les auteurs de la saisine en 1992 au sujet du traité sur l'Union européenne, en argumentant que « dans la mesure où l'ordre juridique constitutionnel français est construit autour de l'idée centrale de souveraineté nationale, la question qui se trouve posée au Conseil constitutionnel est celle de savoir jusqu'où peuvent aller des révisions de la Constitution entérinant des atteintes successives aux "conditions essentielles d'exercice de la souveraineté"²¹ » ? Le Conseil toutefois n'y avait pas répondu, et il était prudent en effet qu'il ne s'y aventure pas, jugeant inopérante la question dans la mesure où elle ne lui demandait pas d'examiner si telle ou telle disposition était contraire ou non à la constitution – or, c'était là sa seule compétence, et l'inconfortable question sur la « vidange » de la souveraineté put être écartée²².

Dès 1978 toutefois cette approche matérielle s'était précisée davantage, sous forme cette fois bien plus concrète, puisque le Conseil considérait que « le respect de la souveraineté des États membres est [...] assuré par la liberté qui est reconnue à chacun d'eux de choisir tout système de change qu'il entend appliquer²³ ». Mise en exergue ici de ce qui, d'après lui, est essentiellement un attribut de l'État souverain, tout comme la délibération au sujet du traité de Maastricht mettra ensuite l'accent sur la monnaie comme étant « l'une des composantes où se mesure la souveraineté d'une nation²⁴ ». Les décisions relatives à la construction européenne en particulier, mais pas seulement, ont en effet considérablement élargi l'éventail de ces attributs de souveraineté : contrôle des frontières²⁵, opérations matérielles sur le territoire national²⁶, procédures judiciaires en matière civile et en matière pénale²⁷, lutte contre la traite des êtres humains²⁸, ou encore exercice de la compétence normative dans l'ordre interne²⁹. Lorsque le Conseil n'y voyait pas d'atteinte à la souveraineté, c'était uniquement parce que les traités qui prévoyaient un transfert de compétences ou approfondissaient des compétences déjà transférées ménageaient des garde-fous pour les États, en leur permettant de se soustraire ponctuellement à leurs nouvelles obligations pour des motifs d'ordre public, en faisant par

²¹ Décision n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, Traité sur l'Union européenne (ci-après *Maastricht II*), cons. 44.

²² *Ibid.*, cons. 45.

²³ Décision n° 78-93 DC, 29 avril 1978, Loi autorisant l'augmentation de la quote-part de la France au Fonds monétaire international (ci-après *FMI*), cons. 5.

²⁴ Compte-rendu, séance du 9 avril 1992 (*Maastricht I*), p. 3.

²⁵ Décision n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen (ci-après *Convention de Schengen*), cons. 20 ; également décision n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, Traité de Lisbonne, cons. 18.

²⁶ Par exemple décision *Convention de Schengen*, préc., cons. 35 et 37 (opérations matérielles de police) ; décision n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, Traité portant statut de la Cour pénale internationale, cons. 38 (actes d'enquête du procureur de la Cour pénale internationale sur le territoire d'un État partie au Statut de Rome).

²⁷ Décision Traité de Lisbonne, préc., cons. 18.

²⁸ *Ibid.*, cons. 18.

²⁹ Décision n° 2017-749 DC, 31 juillet 2017, Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part (ci-après *CETA*), cons. 44.

exemple dépendre le déroulement d'une opération sur leur territoire ou l'entraide judiciaire de l'acceptation d'une demande préalable, ou encore en prévoyant des mécanismes par lesquels se trouve garantie la participation de l'État dans la prise des décisions relatives à l'exercice de ces compétences. Incontestablement ces matières sont bien soustraites à la liberté exclusive des États, mais l'approche suivie par le Conseil constitutionnel met l'accent sur la circonstance qu'ils n'en conservent pas moins la maîtrise de la manière dont ces compétences pourront être exercées – et c'est bien alors, de nouveau, la puissance suprême de l'État qui caractérise sa souveraineté.

Mais c'est surtout dans les délibérations du Conseil constitutionnel que la persistance d'une vision toute matérielle de la souveraineté internationale apparaît le plus manifestement. Pour rappel, le rapporteur sur la saisine relative au protocole n° 6 à la CEDH en particulier définissait la souveraineté (certes « nationale », mais ce n'est pas d'elle qu'il s'agissait) comme un « faisceau de compétences », qui malgré tout n'est « pas monolithique » mais peut évoluer avec le temps. La question cruciale devenait dès lors celle de savoir si l'engagement de la France ne retirerait pas « ce petit “chevron” de compétences du faisceau des compétences qui constitue la souveraineté », suscitant par là une mutation de sa nature³⁰. Le biais initial est immédiatement apparent, et il se prolonge inévitablement par un biais dans l'examen mené. Comprise ainsi, en un sens matériel qui caractérise la souveraineté par certains attributs que l'État ne saurait aliéner, on comprend en effet la crainte qu'elle puisse être progressivement « vidée » sous l'effet des engagements internationaux de la France. Cette crainte, à vrai dire, ne se comprend *que* si on donne à la souveraineté ce sens-là. Et ce n'est aussi que sur cette toile de fond substantielle qu'on peut s'expliquer pourquoi tant de délibérations au sujet d'un engagement international ou de la loi qui en autorise la ratification ou approbation articulent le débat autour de ce qui serait une forme d'aliénation de la souveraineté. On y voit en effet se déployer des discussions autour de possibles « abandons de souveraineté³¹ », de la « renonciation partielle³² », ou encore de « transferts plus ou moins grands de souveraineté³³ ». L'expression tant décriée depuis 1976 du « transfert » figure même à plusieurs reprises explicitement dans la décision sur la convention de Schengen, certes parce que les auteurs de la saisine l'avaient eux-mêmes invoquée, mais rien n'empêchait le Conseil de récuser l'expression et de recadrer plus adéquatement la question à traiter³⁴. Toutes ces expressions sont parfaitement cohérentes avec la logique de l'alinéa 15 du Préambule de 1946 et impriment improprement une définition interne sur une notion qui s'échappe du seul ordre interne. Aucune d'elles cependant ne fait sens du point de vue international, et n'est même de la moindre utilité ou pertinence pour répondre à la question de savoir si la ratification de tel ou tel traité pourrait compromettre la souveraineté de la France.

³⁰ Compte-rendu, séance du 22 mai 1985 (*Protocole n° 6 à la CEDH*), p. 5.

³¹ Compte-rendu, séance du 19 juin 1970 (*Ressources propres*), p. 10 ; compte-rendu, séance du 8 avril 1992 (*Maastricht I*), p. 58 ; compte-rendu, séance du 9 avril 1992 (*Maastricht I*), p. 14.

³² Compte-rendu, séance du 19 juin 1970 (*Ressources propres*), p. 13.

³³ Compte-rendu, séance du 22 mai 1985 (*Protocole n° 6 à la CEDH*), p. 8. Il est question aussi de « transfert de souveraineté » dans le compte-rendu de la séance du 29 décembre 1976 (*Élection de l'Assemblée des CE au suffrage universel direct*), p. 45 ; dans le compte-rendu du 25 juillet 1991 (*Convention de Schengen*), p. 13 ; ou encore dans le compte-rendu du 9 avril 1992 (*Maastricht I*), p. 3 *sqq.*

³⁴ Décision *Convention de Schengen*, préc., cons. 19 et 39.

Si on fait état de ces formules employées au cours des délibérations, ce n'est pas pour pointer malignement ce qu'il y a d'impropre dans le raisonnement du Conseil constitutionnel. Il s'agit bien plus d'attirer l'attention sur ce qu'elles révèlent, en amont même de tout raisonnement. Les mots ne sont jamais neutres ou anodins, même ceux prononcés dans un cadre de liberté protégé par l'assurance du secret. Ils charrient toujours des présupposés intellectuels, eux-mêmes conditionnés par une culture environnante, et ils révèlent dès lors toujours une forme de disposition d'esprit à l'égard de l'objet qu'ils désignent, décrivent, commentent ou critiquent. Ce n'est pas une anomalie, au contraire, mais encore faut-il avoir conscience de ces présupposés et conditionnement, faute de quoi les choix opérés paraissent s'imposer comme une évidence logique là où, en réalité, rien n'est moins évident, et sont dès lors insusceptibles d'être assumés, motivés et défendus comme tels, avec la responsabilité qui pourtant pèse sur toute autorité décisionnelle. Or, c'est cette conscience qui semble faire défaut ici. Le Conseil ne connaît de souveraineté que celle que lui présente la constitution, et qui est principalement nationale. Mais la constitution ne narre qu'une vérité légale, tandis que le droit international raconte la sienne, sous la même appellation mais extérieure à l'habitat naturel du Conseil.

À cette confusion initiale des souverainetés s'en ajoute une autre, peut-être plus grave encore en ce qu'elle est susceptible de fausser davantage le discours officiel du Conseil tel que l'expriment les décisions rendues. C'est la compréhension de ce qu'est la « souveraineté nationale » qui est visée cette fois. Cette souveraineté-là est précisée à l'article 3, dont on ne saurait donc faire abstraction. Pourtant, telle que l'aborde le Conseil en matière de traités, on y retrouve imbriqués des éléments qui n'y ont que faire. À quel titre par exemple la souveraineté nationale, dont est titulaire le peuple, se trouve-t-elle mêlée à des considérations liées aux pouvoirs dont peut jouir le président de la République en vertu de l'article 16 ? À quel titre encore s'y trouve incorporée la conduite de la politique étrangère ? On renvoie ici à la délibération d'avril 1992 sur le traité de Maastricht au cours de laquelle, lorsqu'était examiné le volet PESC, était soutenu que « [l]a conduite de la diplomatie est indéniablement un des éléments essentiels de la souveraineté³⁵ ». Les relations extérieures ayant toujours été une compétence exclusive de l'exécutif, de toute évidence la difficulté ne pouvait s'articuler autour de la souveraineté nationale. Un peu plus loin, on apprend pourtant que le Conseil était invité par le rapporteur à conclure que la disposition examinée était « une atteinte à l'un des points essentiels de la souveraineté *nationale* : la conduite de sa politique étrangère³⁶ ». Comment explique-t-on ce curieux glissement parasite, si ce n'est par un entremêlement conceptuel de deux souverainetés étrangères l'une à l'autre, aggravé par l'emploi d'un adjectif inopportun, et ici même erroné ? On le voit, l'indistinction des notions commande l'ensemble des travaux du Conseil, à quoi s'ajoute une forme de dialogue de sourds lorsque, au cours d'une même séance, on voit ses membres se répondre, mais sans pour autant parler de la même chose ni l'appréhender de la même manière. Les uns se préoccupent ainsi de ce qui serait ou ne serait pas un « attribut de la souveraineté » et de la question de savoir si on peut en « retirer » ou « faire sortir » le domaine concerné³⁷, approche matérielle ; tandis

³⁵ Compte-rendu, séance du 9 avril 1992 (*Maastricht I*), p. 25.

³⁶ *Ibid.*, p. 26 (nous soulignons).

³⁷ *Ibid.*, p. 13, 14 et 18.

qu'un autre tient que la souveraineté reste intacte dès lors que l'État conserve la maîtrise de son engagement, vision plus formelle³⁸.

La conséquence de la conséquence, on y vient maintenant, est que la souveraineté internationale abordée exclusivement à travers le prisme du droit interne et de la logique qui le commande ramène, de manière circulaire, le Conseil à son point de départ, la souveraineté nationale, devenue malgré elle le garde-fou contre l'atteinte à la souveraineté internationale.

II. L'EXPÉRIMENTATION CHIMIQUE AVEC LE « POINT CRITIQUE » : « EST-ON DANS L'« ESSENTIEL » ? »

De cette confusion initiale des sentiments de souveraineté a en effet résulté dès 1970 une expression devenue désormais incantatoire, celle des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Elle bat la mesure des relations conventionnelles que noue la France, puisqu'aucun traité qui y porte atteinte ne peut être ratifié ou approuvé en l'état – en l'état non pas du traité, mais de la constitution. Elle domine même la jurisprudence au point de jouir d'un curieux statut à part. Le Conseil a en effet pris l'habitude, dans l'exposé des normes de référence pour l'examen d'un traité ou d'une loi d'autorisation de ratification ou d'approbation (où se trouvent au demeurant énumérés pêle-mêle des éléments disparates sans rapport immédiatement apparent entre eux), d'énoncer, sous une forme ou une autre, qu'« au cas où des engagements internationaux [...] contiennent une clause contraire à la Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle³⁹ ». L'atteinte aux « conditions essentielles d'exercice... » serait-elle donc autre chose que « contraire à la Constitution » ? Et concrètement alors, une violation des principes de l'article 3 se qualifierait-elle d'atteinte aux « conditions essentielles d'exercice... », ou de non-conformité à la constitution ? De deux choses l'une, et l'existence même de l'alternative confirme la confusion déjà diagnostiquée : ou bien c'est vraiment la souveraineté *nationale* que vise le Conseil avec cette expression, et alors on ne peut que s'étonner de la voir ainsi

³⁸ « La souveraineté n'est pas écornée, puisqu'à l'unanimité on "définit" la "portée", les "moyens" et la "durée". On reste capable de limiter les choses à tous ces niveaux. La souveraineté demeure pleine et entière : l'État peut circonscrire pleinement l'action dans laquelle il s'engage », voir compte-rendu, séance du 9 avril 1992 (*Maastricht I*), p. 24.

³⁹ Décision *Maastricht I*, préc., cons. 14. À titre de comparaison la décision *CETA* contient une formulation enrichie et plus sophistiquée, inaugurée semble-t-il dans la décision n° 2012-653 DC du 9 août 2012, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire* (cons. 10) : « lorsque des engagements souscrits à cette fin [c'est-à-dire la création ou le développement d'une organisation européenne permanente] ou en étroite coordination avec celle-ci contiennent une clause contraire à la Constitution, remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle. (cons. 11.) ». Le mot « coordination » est curieux, mais c'est là sans doute la prise de conscience par le Conseil de ce qu'un « traité » en tant que tel n'est pas la même chose qu'une décision adoptée par l'un des organes de l'organisation internationale instituée par ledit traité, et conséquemment une manière de prendre acte plus adéquatement de la production de droit dérivé, et d'en fonder l'intégration dans le champ de son examen en vertu des articles 54 et 61 al. 1^{er} (alors que l'examen de certains actes de droit dérivé, assimilés très libéralement à un « engagement international », avait précisément été critiqué par la doctrine dès la décision *Resources propres* de 1970).

isolée, comme si le fait de la compromettre n'était pas en lui-même constitutif d'une non-conformité à la constitution, mais autre chose (mais quoi ? et alors à quel titre censurer l'atteinte, dès lors que le Conseil est censé n'évoluer que dans le cadre de ses compétences d'attribution qui ici sont claires) ; ou alors ce n'est pas vraiment, ou pas seulement, de souveraineté nationale qu'il s'agit, ce qui expliquerait le découplage du motif plus général de la non-conformité à la constitution – mais pas pour autant le maintien de l'adjectif « nationale », qu'il y aurait dans ces conditions tout lieu de supprimer.

Mais quand bien même l'expression ne serait pas satisfaisante, ni même adaptée à la réalité de l'examen et de ses enjeux, elle est enracinée profondément dans le paysage constitutionnel, si profondément qu'on en oublierait presque de s'interroger sur la juxtaposition des mots. Conditions–essentielles–exercice–souveraineté nationale. Si on prend les mots au sérieux, et *a priori* on le doit, ils énoncent que la souveraineté nationale ne peut être exercée en-deçà de certaines modalités qui en garantissent l'expression, et que c'est donc à la préservation de ce noyau dur de modalités qu'il faut veiller. Si on prend les mots au sérieux, c'est encore de la souveraineté nationale au sens de l'article 3 de la Constitution qu'il s'agit. Après tout, les textes de valeur constitutionnelle n'en connaissent pas d'autre, et prennent en revanche le soin de préciser celle-là ; rien n'autorise donc au premier abord de s'écarter du sens que donne l'article 3 à cette souveraineté-là. Et c'est d'ailleurs bien elle, entendue dans son sens le plus immédiatement apparent, qui était au cœur de la décision de 1976, la même qui consacrait cette distinction peu heureuse entre limitations et transferts de souveraineté. L'article 3, soulignait le Conseil constitutionnel, précise une souveraineté qui « ne peut être que nationale » et à l'exercice de laquelle seuls participent « les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République » ; l'Assemblée n'appartenant « pas à l'ordre institutionnel de la République », aucune atteinte n'y était portée ici⁴⁰. Nulle part toutefois, et c'est remarquable, la décision ne se référait aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », c'est bien plus directement le « respect de la souveraineté nationale » qui est examiné⁴¹. La même chose vaut pour la décision de 1978 relative au FMI, dans laquelle le Conseil concluait que la loi examinée « n'est [pas] contraire [...] au principe de la souveraineté nationale⁴² », sans qu'il y soit question de ses « conditions essentielles d'exercice ». Ce n'est qu'en 1985 que l'expression de 1970 ressurgit, pour ne plus quitter la jurisprudence du Conseil depuis, au point d'être devenue elle-même « jurisprudence ». Jurisprudence, soit, si on juge d'après sa seule constance, mais tout de même extrêmement élastique et partant malléable, tout adossée qu'elle est à une conception décalée qui ne saisit pas la spécificité de la souveraineté internationale. Mais c'est bien à partir d'elle que le Conseil tente de préserver ce qui serait la substance de la souveraineté, au moyen de certains critères qui scandent son examen et semblent ainsi révéler la composition de l'« essence » (A). Mais jurisprudence si élastique et

⁴⁰ Décision *Élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, préc., cons. 6 et 7.

⁴¹ « [L]'élection au suffrage universel direct des représentants des peuples des États membres à l'Assemblée des communautés européennes n'a pas pour effet de créer une souveraineté ni des institutions dont la nature serait incompatible avec le respect de la souveraineté nationale », préc., cons. 4.

⁴² Décision *FMI*, préc., cons. 7.

malléable, aussi, qu'on serait bien en peine de systématiser à partir d'elle une véritable théorie. L'exercice, toutefois, a perdu son attrait intellectuel aujourd'hui, dès lors qu'on peut désormais établir que les « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » doivent leur éminence à un accident de parcours jurisprudentiel (B).

A. La composition de l'essence

Revenons une fois de plus à la décision de 1985 sur le protocole n° 6 à la CEDH. Au cours de la délibération, le rapporteur avait expliqué l'enjeu au moyen d'une analogie avec une expérimentation chimique pratiquée à l'école :

il s'agissait de verser dans une éprouvette qui contenait un liquide de couleur bleue un corps étranger qui par son action chimique faisait virer la couleur du liquide contenu dans l'éprouvette du bleu au rouge. Il y avait un moment critique, celui où la couleur du liquide passait du bleu au rouge.

L'analogie le conduisait à formuler la question cruciale de la manière suivante : « la ratification du Protocole fait-elle atteindre un point critique en matière de souveraineté⁴³ ? » La souveraineté dans une éprouvette, un traité « corps étranger », et une mise en contact des deux qui, à un moment charnière d'une intensité particulière, changerait la couleur de la souveraineté, et conséquemment sa nature, et conséquemment l'oblitérerait ? L'analogie a en tout cas cela de séduisant qu'elle est immédiatement saisissable. La question du point critique qui en a été dérivée implique aussi qu'il soit localisable, peut-être même visible, en tout cas perceptible – et c'est conforme à la conception matérielle de la souveraineté qu'a toujours exprimée le Conseil constitutionnel. Dans la droite ligne de cette interrogation survient une autre, qui n'est qu'une variation de la première. Au cours des trois jours de délibérations qu'aura exigés l'examen du traité de Maastricht, l'un des membres fit en effet cette observation suivie d'une question, qui semblent toutes deux exprimer très exactement l'approche du Conseil : « nous sommes à la limite haute du pouvoir prétorien de notre juridiction. Qu'est-ce qui appartient à l'essentiel de la souveraineté⁴⁴ ? » Personne n'entreprit de répondre, et la réserve se comprend. Mais c'est pourtant bien cette question qui sous-tend tout examen d'un traité par le Conseil. En n'y répondant pas davantage, son président en soulèvera peu après une autre, à la résonance non moins grave : « est-on dans "l'essentiel"⁴⁵ ? »

Mais avant de chercher à savoir si on y est, dans l'essentiel, a-t-on déterminé ce qu'il est ? Saurait-on donc même le reconnaître si on y était, autrement que par le « sentiment » ? C'était après tout le sens de la première question, restée en suspens, tandis que la seconde se situe déjà en aval. Cette reconnaissance, ou plutôt identification progressive, s'est faite à tâtons, de manière casuistique au fil des saisines, et il semble établi de longue date que trois critères guident le Conseil lors de l'examen d'un traité : son objet, autrement dit les domaines de compétences concernés, les modes de prise de décision des organes qu'il institue et la réversibilité ou au contraire l'irréversibilité de l'engagement contracté. Les trois relèvent de registres distincts, et à vrai dire même entièrement détachés les uns des autres, tout comme ils soulèvent des questions d'ordre différent et sans lien entre elles. Ce n'est que par artifice que le lien est tissé, ces trois critères (à vrai dire plutôt des indices)

⁴³ Compte-rendu, séance du 22 mai 1985 (*Protocole n° 6 à la CEDH*), p. 5.

⁴⁴ Compte-rendu, séance du 9 avril 1992 (*Maastricht I*), p. 29.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 32.

étant tous pareillement brassés à travers un unique outil d'analyse, cette ligne rouge que constituent les « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ».

Trois brèves observations suffisent s'agissant du critère substantiel, puisqu'il se confond avec la conception matérielle de la souveraineté déjà exposée plus haut. D'abord, les divers domaines particuliers identifiés dans certaines décisions ne permettent pas d'inférer une définition globale de ce que serait cette « essence » apparemment cruciale, le faisceau de compétences inaliénables. Ils sont au contraire voilés de formules générales et abstraites, qui ont cela de confortable qu'elles ne lient pas désagréablement les mains du Conseil, mais lui laissent plutôt toute latitude pour y intégrer des domaines additionnels lors de saisines ultérieures. Ainsi par exemple des « compétences propres dans un domaine où sont en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale⁴⁶ », de « l'exercice par l'État de compétences qui relèvent des conditions essentielles de sa souveraineté⁴⁷ », des « transferts de compétence [...] [qui] revêtent une ampleur et interviennent selon des modalités telles que puissent être affectées les conditions essentielles de la souveraineté nationale⁴⁸ », du traité qui « dans une matière inhérente à l'exercice de la souveraineté nationale [...] modifie les règles de décision applicables⁴⁹ », et surtout, les formules s'affermissent ici, « des compétences inhérentes à l'exercice de la souveraineté nationale⁵⁰ » et du « domaine inhérent à la souveraineté nationale⁵¹ ». Mais oublions ici la souveraineté internationale, n'est-ce pas bien plus un noyau dur de la *puissance de l'État* – souveraineté au sens interne – qu'on circonscrit ainsi ? La deuxième observation en découle : toutes ces formules font apparaître que ce à quoi le Conseil est véritablement sensible n'est pas le seul objet du traité ; c'est toujours son objet plus un fragment de technique, c'est-à-dire la manière dont la sphère d'action de l'État serait réduite ou au contraire resterait intacte. Cet enjeu apparaît de manière particulièrement nette dans la décision sur le CETA, lorsque le Conseil cherchait à déterminer si « la capacité à édicter des normes de droit interne n'est pas limitée dans une mesure telle qu'il en résulterait une atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale⁵² ». Il reste que, et c'est la troisième observation, en usant de ces formules abstraites qui ne se concrétisent que cas après cas, le Conseil n'a jamais soutenu qu'il existerait des matières qui, par nature, seraient « indisponibles » au droit international, des domaines dans lesquels l'État ne serait pas autorisé à limiter conventionnellement l'exercice de ses compétences. En 1992 pourtant, les auteurs de la deuxième saisine lui avaient tendu la perche en ce sens, en posant cette question déjà signa-

⁴⁶ Décision *Maastricht I*, préc., cons. 43.

⁴⁷ *Ibid.*, cons. 49. La formule employée ici, qui substitue à la souveraineté nationale la souveraineté de l'État, atteste que le Conseil tient les deux pour synonymes, ignorant ainsi la signification internationale de la souveraineté de l'État.

⁴⁸ Décision n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, Traité d'Amsterdam, cons. 22.

⁴⁹ Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe (ci-après *Constitution pour l'Europe*), cons. 29 ; ou encore le cons. 33 au sujet des « clauses passerelles ».

⁵⁰ Décision Traité de Lisbonne, préc., cons. 18.

⁵¹ Décision *CETA*, préc., cons. 70.

⁵² *Ibid.*, cons. 44.

lée : « jusqu'où peuvent aller des révisions de la Constitution entérinant des atteintes successives aux “conditions essentielles d'exercice de la compétence nationale”⁵³ » ? La question avait été écartée, au motif du caractère inopérant de l'argumentation, et on n'en sait donc pas plus sur ce que serait l'« essence » ; au mieux peut-on identifier des matières jugées particulièrement sensibles et qui seraient ainsi une composante de celle-ci. Mais l'essence de quoi, d'abord ? Souveraineté internationale ou souveraineté interne, et plus particulièrement nationale ? Le mouvement de balancier entre l'une et l'autre reste en effet permanent, et la première n'est jamais effleurée qu'au moyen de la seconde.

Les questions de procédure relatives aux modes de prise de décision, quant à elles, relèvent cette fois-ci bien plus nettement de ce que le Conseil constitutionnel paraît ressentir comme un enjeu de souveraineté internationale. Elles en révèlent toutefois une conception encore toute jellinekienne, où la question cruciale, d'après la formule si chère la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, est celle de savoir si les États restent les « maîtres des traités⁵⁴ ». Le Conseil constitutionnel n'a jamais employé cette expression, il est bien moins prolix que la Cour allemande et le style français de motivation n'y fait de toute façon aucune place. Mais il aurait pu, car comme l'attestent les comptes-rendus des séances, la même pensée y commande le raisonnement suivi. Ainsi par exemple, en 1976, l'un des membres faisait observer que l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct ne représentait aucune difficulté dans la mesure où l'Assemblée tire ses pouvoirs du traité de Rome, qui est lui-même soustrait à sa volonté : ainsi, « les États membres restent les maîtres des révisions éventuelles⁵⁵ ». Tout autre est la situation où le mode de prise de décision substitue à l'unanimité une majorité qualifiée ou la codécision, ou permet cette substitution par une décision ultérieure, lorsque la France sera déjà liée. Le Conseil y est très attentif, de Schengen à Lisbonne quasiment toutes les décisions relatives à la construction européenne l'attestent, mais on peut ici aussi faire trois remarques. D'abord, ce qui paraît préoccuper le Conseil au moins autant que les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, ce sont les conditions essentielles d'exercice de ses propres compétences. En témoigne la décision sur le traité d'Amsterdam, où il soulignait qu'une telle modification du mode de prise de décision « ne nécessitera, le moment venu, aucun acte de ratification ou d'approbation nationale, et ne pourra ainsi pas faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité⁵⁶ ». Le « ainsi » est révélateur de l'enchaînement logique, et c'est bien sur cette base qu'il concluait que se trouveraient affectées les « conditions essentielles d'exercice⁵⁷... » À quel titre la possibilité d'un contrôle par

⁵³ Décision *Maastricht II*, préc., cons. 44.

⁵⁴ Bundesverfassungsgericht, 2^e Sénat, 30 juin 2009, Traité de Lisbonne (plus exactement la loi d'approbation du traité), où l'expression revient tel un mantra à cinq reprises : par. 231 (« [les États membres] restent durablement les maîtres des traités »), 235, 271 (le Conseil européen est « l'organe représentatif des maîtres des traités »), 298 (« les États membres demeurent les maîtres des traités »), et enfin au par. 334 une autre variante encore de la phrase citée précédemment.

⁵⁵ Compte-rendu, séance du 29 décembre 1976 (*Élection de l'Assemblée des CE au suffrage universel direct*), p. 38. Une formule s'en approchant se trouve toutefois dans la décision Traité de Lisbonne, où le Conseil soulignait le « pouvoir d'opposition » que perdrait la France, préc., cons. 20.

⁵⁶ Décision Traité d'Amsterdam, préc., cons. 24.

⁵⁷ *Ibid.*, cons. 25.

le Conseil serait constitutive d'une condition essentielle d'exercice de la souveraineté nationale reste un mystère, et la formule a d'ailleurs disparu dans les décisions suivantes⁵⁸. Au passage – deuxième remarque –, on y aperçoit également une dose de méfiance à l'égard du concept même de droit dérivé des organisations internationales, de la manière dont il est produit et du rôle réel qu'y jouent les États. La décision la plus révélatrice à cet égard est celle relatives aux Comores, ou plutôt la délibération au cours de laquelle sa rédaction fut mise au point. La loi soumise à l'examen du Conseil ne soulevait en tant que telle aucune question de souveraineté internationale qui, quoi qu'il puisse arriver, resterait intacte, et le seul enjeu était le territoire sur lequel s'exercerait à l'avenir l'*imperium* de la France. Mais souveraineté internationale tout de même, du moins ressentie ainsi par le Conseil, dans la mesure où les Nations Unies avaient dès à présent admis le nouvel État comorien comme membre de l'Organisation. Le Conseil l'éprouvait manifestement comme une incursion insoutenable dans la souveraineté française, quand bien même le gouvernement ne s'était qu'abstenu au cours du vote alors qu'il aurait pu voter contre la décision. Mais qu'importe, le sentiment n'en restait pas moins que « cette instance s'est permis de définir ce qu'est le territoire national, sans se soucier de ce qu'en pensait le gouvernement français et sans tenir compte de notre constitution⁵⁹ ». Une partie considérable de la délibération portait ainsi sur l'opportunité de répondre aux Nations Unies en lui rappelant l'article 2 § 7 de sa Charte, en vertu duquel « aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État ». L'agacement ne retomba qu'après qu'un membre eut observé que la prudence était de rigueur, dans la mesure où citer l'article 2 § 7 aurait pour effet de... donner valeur constitutionnelle à la Charte, et on convint de ne pas entrer « dans le piège tendu⁶⁰ ». L'attitude à l'égard du droit dérivé a par la suite considérablement changé, et on ne peut certainement pas reprocher au Conseil une hostilité de principe à l'égard de la construction européenne, ni du droit international en général. Il reste tout de même un paradoxe, et c'est la dernière observation. Comment en effet veut-on remédier à l'atteinte à la souveraineté que constituerait un mode de prise de décision neutralisant la volonté de l'État ? Le Conseil n'est pas en mesure d'empêcher la ratification ou l'approbation d'un traité, sa compétence s'éteint une fois qu'il a constaté qu'il comporte des dispositions contraires à la constitution. S'ouvre alors la voie qu'énonce l'article 54 lui-même : l'exécutif ne pourra engager l'État qu'après que la constitution aura été révisée – ou alors il devra plus radicalement renoncer au traité. Mais même en admettant que ces modes

⁵⁸ Voir par exemple en 2004 la décision *Constitution pour l'Europe*, préc., cons. 33, au sujet de la « clause passerelle » déjà mentionnée.

⁵⁹ Compte-rendu, séance du 30 décembre 1975 (*Autodétermination des îles des Comores*), p. 34.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 37. On opte ainsi pour une rédaction de prudence, qui toutefois ne masque pas l'irritation à l'égard des Nations Unies : « Considérant que l'île de Mayotte fait partie de la République française ; que cette constatation ne peut être faite que dans le cadre de la Constitution nonobstant toute intervention d'une instance internationale, et que les dispositions de la loi déferée au Conseil constitutionnel qui concernent cette île ne mettent en cause aucune règle du droit public international [...] (décision n° 75-59 DC, 30 décembre 1975, Loi relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores, cons. 6) ».

de prise de décision ou les pouvoirs conférés à certains organes puissent compromettre véritablement la souveraineté de l'État, comment peut-on prétendre en venir alors à bout par une révision de la constitution⁶¹ ?

Le dernier critère, celui du caractère réversible ou non de l'engagement, est le plus immédiatement parlant – l'État est-il obligé pour l'éternité ou peut-il se libérer ? –, mais c'est aussi le plus mystérieux. Le Conseil a d'ailleurs fait deux volte-face, révélant par là déjà que l'argument n'a rien d'évident. En 1985, il soulignait en effet que le protocole n° 6 à la CEDH pouvait être dénoncé et, bien que l'observation soit insérée dans le considérant dit descriptif, on ne voit pas comment l'argument serait logiquement détachable de ceux ayant motivé la décision de conformité à la constitution⁶². Six ans plus tard, il tenait toutefois que « l'absence de référence à une clause de retrait ne saurait constituer *en elle-même* un abandon de souveraineté⁶³ ». En 2005 en revanche, formule radicale, il considérait désormais que « porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale l'adhésion irrévocable à un engagement international touchant à un domaine inhérent à celle-ci⁶⁴ », et c'est aussi une variante qu'on lit dans la décision sur le CETA⁶⁵. Mais la formule dans son ensemble est déjà curieuse, en ce qu'elle rend interdépendants l'objet du traité et la possibilité de s'en libérer. Or, ce lien résiste alors à toute logique, en tout cas à celle voulue sans doute par le Conseil et si on accorde du crédit à sa jurisprudence par ailleurs : ou bien le traité ne porte *pas* sur un domaine inhérent à la souveraineté nationale, et alors il est indifférent qu'il soit révocable ou non puisque les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ne sont de toute façon pas compromises. Ou bien au contraire le traité porte bien sur un tel « domaine inhérent » à cette souveraineté, et alors... il est tout aussi indifférent qu'il soit révocable ou non, l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale étant déjà constituée par la seule incursion dans un tel « domaine inhérent » ; tout au plus l'absence de clause de dénonciation serait alors une circonstance aggravante, mais elle est inopérante en tant que telle. En somme, il faut choisir son motif d'inconstitutionnalité, tous ne peuvent pas se cumuler et encore moins se combiner. Lier entre eux ces deux-là, en tout cas, compte tenu de la conception matérielle de la souveraineté qu'a le Conseil et de sa jurisprudence établie en termes de « domaine inhérent », conduit ni plus ni moins à neutraliser l'argument de la révocabilité, qui devient superflu. C'est déjà dire son extrême fragilité.

⁶¹ La technique, assez dérangeante pour l'esprit, est celle désormais bien connue de la « révision-adjonction », consistant à ouvrir, ponctuellement et selon les besoins, une petite brèche dans le principe constitutionnel en cause. Si on sait rester indifférent au fait que l'obstacle constitutionnel n'est surmonté qu'au moyen d'un acte de volonté déclarant avec autorité qu'il peut désormais être tenu pour levé, la technique s'avère très confortable en ce qu'elle permet, cas après cas, de tailler dans la constitution au gré des exigences de la vie internationale.

⁶² Décision n° 85-188 DC, 22 mai 1985, *Protocole n° 6 additionnel à la CEDH concernant l'abolition de la peine de mort* (ci-après *Protocole n° 6 à la CEDH*), cons. 1.

⁶³ Décision *Convention de Schengen*, préc., cons. 58 (italiques ajoutés).

⁶⁴ Décision n° 2005-524/525 DC, 13 décembre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, cons. 5.

⁶⁵ Décision *CETA*, préc., cons. 69 : « L'adhésion irrévocable à un engagement international touchant à un domaine inhérent à la souveraineté nationale porte atteinte aux conditions essentielles de son exercice ».

Et fragile il l'est en effet, d'autant plus qu'il est entièrement braqué sur l'existence ou non d'une clause de retrait ou de dénonciation. Mais si l'inquiétude est seulement que l'État ait des échappatoires lui permettant de regagner sa liberté, alors c'est ignorer que le droit des traités aménage d'autres techniques – exception d'inexécution, *rebus sic stantibus* ou encore impossibilité d'exécuter – que l'État peut invoquer pour obtenir la suspension de l'application d'un traité, ou plus radicalement son extinction, ou pour s'en retirer. Certes, il n'en maîtrise pas l'efficacité par sa seule volonté, mais elles existent. Mais la vérité est peut-être là, dans le fait que ce qui dérange est que l'État ne puisse pas se désengager de sa seule volonté. On n'explique pas autrement l'importance accordée spécifiquement aux clauses de retrait ou de dénonciation. Mais en poursuivant alors cette logique jusqu'à son terme, on aboutit à une bien désagréable conclusion. Car si la souveraineté n'est intacte que si l'État peut se libérer et s'il maîtrise seul le moment et les conditions dans lesquelles il peut le faire, n'en (re)vient-on pas alors, en définitive, à caractériser la souveraineté par l'absence d'engagements véritables, ou par des « engagements » au mieux de type potestatif ? C'est inévitable, et on entend alors déjà l'écho des paroles de Léon Duguit, vieilles d'il y a presque un siècle et fortes de l'autolimitation et autodétermination qu'il empruntait en partie à Jellinek, que même Duguit qualifiait de « brutale[s] ?⁶⁶ » :

par définition [...], la souveraineté de l'État est une volonté qui ne se détermine jamais que par elle-même, une volonté qui a des droits, mais point d'obligations, parce que, si elle en avait, elle cesserait d'être souveraine, puisqu'elle cesserait de se déterminer exclusivement par elle-même⁶⁷.

Un siècle plus tard, et au détour de la question de l'irréversibilité d'un traité, on gravite réellement encore autour de ces raisonnements-là ? N'y revenons pas, l'ère est révolue où Duguit déclarait de ce problème « qu'il n'y en a pas de plus grave et de plus angoissant⁶⁸ ». Mais si l'angoisse s'est dissoute désormais, en tout cas dans l'univers des internationalistes, il reste que c'est bien encore cette vision-là de la souveraineté qui sous-tend les raisonnements du Conseil constitutionnel. Mais en quelque sorte à rebours : jadis on tenait qu'un État obligé ne saurait être souverain, la souveraineté étant incompatible avec sa soumission à des obligations ; aujourd'hui on admet volontiers qu'il en ait, mais à la condition seulement de pouvoir s'en libérer à sa guise, faute de quoi est portée atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. On pensait pourtant avoir établi depuis longtemps le fondement du droit international, mais en scrutant de près les motifs du Conseil constitutionnel on le retrouve en ruines... Or, comme l'avait justement demandé le président du Conseil au cours de la délibération en 1991 sur la convention de Schengen : « Quelle est la liaison entre l'absence de clause de dénonciation et la souveraineté⁶⁹ ? » Aucune.

Mais admettons. Admettons qu'en effet un engagement irréversible porte atteinte à ces « conditions essentielles d'exercice... » On bute alors au surplus sur le caractère fondamentalement inadapté de cette expression, car que vient faire ici la souveraineté *nationale* ? La Constitution n'attribue ni au peuple ni au parlement la

⁶⁶ L. DUGUIT, *Souveraineté et liberté, Leçons faites à l'Université Columbia (New York) 1920-1921*, Paris, La Mémoire du Droit, 2002 [1921], p. 107.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 103-104.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 104.

⁶⁹ Compte-rendu, séance du 25 juillet 1991 (*Convention de Schengen*), p. 38.

moindre compétence en matière de dénonciation, qui n'a jamais été autre chose qu'une prérogative exclusive de l'exécutif. Il y aurait d'ailleurs lieu de s'interroger sur cette exclusivité, du moins pour ceux des traités qui, conformément à l'article 53, n'ont pu être ratifiés ou approuvés par l'exécutif qu'en vertu d'une autorisation parlementaire. Le parallélisme des compétences (et le bon sens, puisqu'il s'agit après tout apparemment de domaines suffisamment sensibles pour qu'il ait paru opportun au constituant de ne pas laisser les mains libres à l'exécutif) exigeraient que ces traités-là ne puissent être dénoncés que par les mêmes organes : au parlement alors d'autoriser la dénonciation, et à l'exécutif de l'opérer. C'est toutefois bien en tant que compétence exclusive de l'exécutif que la dénonciation et le retrait sont compris et pratiqués, et le parlement semble n'avoir jamais revendiqué d'y être associé. Mais alors il faut être cohérent, et on ne peut soutenir que la souveraineté nationale pourrait voir ses conditions essentielles d'exercice compromises par l'indisponibilité d'une clause conventionnelle qui, si elle existait, serait à la discrétion et à l'usage des seuls organes exécutifs.

En définitive, dans le maniement de chacun des critères mobilisés par le Conseil constitutionnel pour identifier l'essence de la souveraineté, les deux dimensions de celle-ci se trouvent constamment emmêlées et confondues, d'une manière logiquement intenable, et en toute hypothèse intraitable par le seul outil des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». « Il faut établir, en fait, une théorie des conditions essentielles de la souveraineté⁷⁰ », observait un membre du Conseil au cours de la délibération sur la convention de Schengen, avoué s'il en est de ce qu'une véritable théorie faisait encore défaut. Et près de trente ans plus tard on est tout autant en mal de la fournir, car l'outil, tout malléable qu'il soit, résiste. Au cours de la délibération d'avril 1992 sur le traité de Maastricht, un autre membre en vint même à s'enquérir auprès de ses collègues si « les “conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale”, c'est notre jurisprudence actuelle⁷¹ ? » C'était le cas, lui dit-on charitablement – mais rétrospectivement la question apparaît malgré tout presque opportune : cette « jurisprudence actuelle », en effet, on y vient maintenant, aurait aussi bien pu ne pas être.

B. Une « théorie des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté » ?

N'importe quel lecteur familier des décisions du Conseil constitutionnel se dira à ce stade qu'après un développement entier consacré à la composition de l'« essence », on a pourtant omis le plus important : le contenu fondamental des « conditions essentielles d'exercice... » tel qu'il résulte de la décision de 1985. En seulement trois considérants archi sibyllins, le Conseil y avait répondu à la question que lui avait posée le président de la République, à savoir celle de déterminer si le protocole n° 6 à la CEDH portant abolition de la peine de mort « comporte une clause contraire à la Constitution⁷² ». Après un considérant dit descriptif, faisant état de ce que l'interdiction de la peine de mort conformément au protocole n'était pas un absolu puisque celle-ci pouvait être réintroduite « pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre », et faisant état aussi de la possibilité

⁷⁰ Compte-rendu, séance du 9 avril 1992 (*Maastricht I*), p. 44.

⁷¹ Compte-rendu, séance du 7 avril 1992 (*Maastricht I*), p. 14.

⁷² Décision *Protocole n° 6 à la CEDH*, préc., paragraphe introductif de la décision.

pour la France de se libérer de ses obligations par la dénonciation, arrivait alors le cœur de la « motivation ». Le Conseil soutenait que « cet engagement n'est pas incompatible avec le devoir pour l'État d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens⁷³ ». Il en résultait (« dès lors ») que le protocole n° 6 « ne porte pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et qu'il ne contient aucune clause contraire à la Constitution⁷⁴ ». Là est reproduite quasiment l'intégralité de la décision, d'une brièveté remarquable. Et là est reproduit également ce qui est encore actuellement le « contenu » des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », tenu pour jurisprudence établie. Mais on l'avait omis jusqu'à présent. Il faut en effet contribuer à dissoudre maintenant un mythe entretenu depuis 1985 au sujet de cette jurisprudence dite établie, mythe entretenu en toute bonne foi, mais qui n'en a pas moins fait de ces « conditions essentielles d'exercice... » ce qu'elles n'étaient jamais destinées à être.

Et pour cause, car elles n'ont rien d'évident, ni de naturel, ni d'intrinsèquement logique. Même le Conseil constitutionnel ne tenait apparemment pas cette jurisprudence pour indéboulonnable, puisque dans les deux grandes délibérations du début des années 1990 sur des traités européens, Schengen en 1991 et Maastricht en 1992, il éprouvait encore le besoin de s'en justifier. Dans la seconde, le rapporteur exposait successivement les deux jurisprudences, celle de 1976 d'abord, qui établissait la distinction entre les limitations de souveraineté (autorisées) et ses transferts (interdits) ; puis celle de 1985 : « Au contraire, la décision du Conseil constitutionnel du 22 mai 1985 fait référence aux éléments essentiels de la souveraineté nationale, c'est-à-dire qu'elle retient un *critère matériel* : celui du *domaine d'exercice* de la souveraineté nationale⁷⁵ ». Il rendait ensuite la teneur du considérant de 1985, puis concluait tout en concédant l'hésitation : « Après m'être interrogé, il me semble que, pour ce qui concerne le traité de Maastricht, c'est cette approche, qui est la plus récente, qui doit inspirer le Conseil constitutionnel », observant au passage que se référer à la jurisprudence de 1976 aurait pour effet de paralyser quasiment l'ensemble du traité sur l'Union, tandis que l'approche de 1985 laissait davantage de souplesse⁷⁶. On y voit en tout cas dès ce stade que, en 1992 encore, la décision de 1985 ne s'imposait pas d'elle-même : dans l'esprit du Conseil, elle ne s'était pas substituée avec évidence à la distinction de 1976.

Un an auparavant, au sujet de la convention de Schengen, l'hésitation apparaissait de manière plus spectaculaire encore. La même question s'y était posée – formule de 1976 ou de 1985 ? – et bien que la première fût radicalement rejetée par les membres du Conseil, le président la qualifiant même d'« antieuropéenne⁷⁷ », il reste que c'était encore matière à discussion⁷⁸. Citons d'ailleurs intégralement la rédaction de ce que le rapporteur, dans son projet de décision, avait proposé sous la rubrique des « principes applicables », qui fut supprimée, mais permet de prendre la mesure de ce à quoi nous avons échappé :

⁷³ *Ibid.*, cons. 2.

⁷⁴ *Ibid.*, cons. 3.

⁷⁵ Compte-rendu, séance du 22 mai 1985 (*Protocole n° 6 à la CEDH*), p. 15-16 (nous soulignons).

⁷⁶ *Ibid.*, p. 16.

⁷⁷ Compte-rendu, séance du 25 juillet 1991 (*Convention de Schengen*), p. 20.

⁷⁸ *Ibid.*, voir en particulier la discussion aux p. 18-23.

Considérant qu'un engagement international est contraire à la Constitution s'il porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ; qu'il en va ainsi lorsque, par son contenu, il est incompatible avec le devoir pour l'État d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la Nation et la garantie des droits et libertés des citoyens ; qu'en outre, si par un engagement international la France peut, sous réserve de réciprocité, consentir aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix, aucune disposition de nature constitutionnelle n'autorise des transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale⁷⁹.

Si on peut louer la précision de la première phrase, qui a le mérite de ne pas faire de l'atteinte aux « conditions essentielles d'exercice... » autre chose qu'une non-conformité à la constitution, il reste que la juxtaposition d'éléments disparates tirés de diverses décisions est ici flagrante, au point que certains se contredisent entre eux : conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, puis leur supposé contenu d'après la décision de 1985, et enfin la distinction de 1976 entre limitations et transferts de souveraineté – et comment exactement imaginait-on que se serait articulé tout cela, lorsqu'un traité y aurait été confronté ?

À ce stade toutefois, ces hésitations qu'on apprend aujourd'hui grâce aux comptes-rendus, alors que rien dans les décisions finales n'en fait évidemment état, font seulement apparaître que la jurisprudence de 1985, ces « éléments essentiels de la souveraineté nationale », n'est pas l'évidence qu'on a voulu y voir par la suite. Mais à elles seules elles ne fondent pas encore le mythe des « conditions essentielles d'exercice... » ; c'est même le contraire, et on devrait plutôt saluer l'effort du Conseil, qui paraît prendre au sérieux ses décisions antérieures et en pèse les mérites respectifs afin de déterminer laquelle il y a lieu de suivre et d'ériger ainsi en « jurisprudence ». Et pourtant, mythe il y a bien, mais il est né de manière plus étonnante encore. C'est en effet à la genèse de cette « jurisprudence » incertaine qu'il faut s'intéresser, en croisant et confrontant les délibérations au sujet de différents traités examinés ; ce n'est qu'ainsi qu'on peut alors reconstruire l'évolution de ce qui, par la suite, est devenu une véritable doctrine des « conditions essentielles d'exercice... ». L'examen de cette genèse permet aujourd'hui d'affirmer que le mythe auquel elle a subséquemment donné naissance n'est que le produit d'un concours de circonstances. En voici la chronologie.

D'abord, dès 1985, le célèbre considérant 2 a aussitôt été interprété par les commentateurs comme rendant compte du « contenu » des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Celui-ci serait donc constitué de trois éléments, qui seraient autant de devoirs pour l'État : assurer le respect des institutions, assurer la continuité de la vie de la nation, et garantir les droits et libertés des citoyens⁸⁰. L'enchaînement des considérants y invitait en effet, puisque le Conseil

⁷⁹ *Ibid.*, projet de décision en annexe, p. 5.

⁸⁰ En particulier L. FAVOREU, « La décision du 22 mai 1985 du Conseil constitutionnel relative au Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme », *Annuaire français de droit international*, vol. 31, 1985, p. 873 [https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1985_num_31_1_2696] Mais voir aussi L. LAITHIER, « Observations sous Cons. const., 9 avril 1992, n° 92-308 DC, Traité sur l'Union européenne ("Maastricht I") », in A. PELLET et A. MIRON (dir.), *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Paris, Dalloz, 2015, p. 220-221, par. 7 et 9 ; A. PELLET, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités : À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 1997 (Traité d'Amsterdam) », art. cité, p. 117-118.

constitutionnel avait considéré que, « dès lors », le protocole n° 6 ne portait aucune atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Mais la vérité dont témoigne aujourd'hui le compte-rendu de la délibération est tout autre. La plus grande partie de la séance tourne en effet autour de la question de savoir – et rappelons que c'est le président de la République qui avait saisi le Conseil – si la ratification du protocole n° 6 ferait obstacle au rétablissement de la peine de mort... en période d'application de l'article 16. Ce sont les pouvoirs exceptionnels du président de la République qui étaient au cœur de cette décision, rien d'autre⁸¹, et il suffit en effet de relire l'article 16 pour apercevoir combien les éléments du considérant 2 de 1985 en sont le reflet. Mais tout le monde sait que cette disposition d'exception est le terrain miné par excellence de la Constitution, et les membres du Conseil étaient particulièrement conscients de la sensibilité de la question qui leur était soumise, à laquelle il fallait bien répondre, mais répondre sans pour autant imprimer à l'article 16 un sens et une portée que sa rédaction large laisse précisément indéterminés. On les voit ainsi s'interroger sur la tournure de la réponse à privilégier – peut-on répondre « c'est blanc ou c'est noir⁸² » ? Vaut-il mieux écrire « compatible » ou « pas incompatible⁸³ » ? –, et insister en tout cas sur la nécessité « de ne rien écrire qui puisse être dangereux⁸⁴ ». Cette préoccupation conduit même un membre – et comment ne pas s'en étonner profondément ? – à suggérer de « ne pas motiver du tout [l]a décision⁸⁵ », tandis qu'un autre demande s'il est indispensable que la décision soit rendue publique⁸⁶. Quoiqu'il en soit, on convient que « moins il y a de mots dans la décision, mieux cela vaut⁸⁷ ». Et les mots sont peu nombreux en effet. Toutes ces considérations combinées conduisent le Conseil à ne pas mentionner explicitement l'article 16 dans le considérant 2, et de n'y faire figurer que le devoir pour l'État d'assurer le respect des institutions, la continuité de la vie de la nation ainsi que la garantie des droits et liberté des citoyens. Après tout, convenait-on, « personne ne s'y trompera et [...] chacun y verra que ce considérant ne vise *que* l'article 16⁸⁸ ». Mais tout le monde s'y est trompé, et tout le monde y a vu tout sauf l'article 16, à commencer par la substance des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ».

Et pourtant, apprend-on, cette expression de « conditions essentielles d'exercice... », on avait même discuté son opportunité, on s'était même demandé si elle avait lieu d'apparaître dans la décision. Le rapporteur avait conclu que « sans pouvoir le démontrer autrement – quel étonnant aveu – [...] la ratification du protocole no 6 n'attenterait pas à la souveraineté nationale⁸⁹ » ; et puisqu'on ne pouvait pas le démontrer autrement, pourquoi ne pas « reprendre une formule déjà utilisée et

⁸¹ Compte-rendu, séance du 22 mai 1985 (*Protocole n° 6 à la CEDH*), p. 2-4 et 6-12.

⁸² *Ibid.*, p. 9.

⁸³ *Ibid.*, p. 11.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 6.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 9.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 12. Cette question occupera toute la fin de la délibération, et on finit par convenir que si la publication au *Journal officiel* s'impose, par courtoisie on fera toutefois en sorte que le président de la République en ait connaissance avant qu'elle ne soit rendue publique (p. 13).

⁸⁷ *Ibid.*, p. 10.

⁸⁸ *Ibid.* (nous soulignons).

⁸⁹ *Ibid.*, p. 5.

relative aux “conditions essentielles de la souveraineté nationale”⁹⁰ » ? C’était bien peu de conviction et de ferveur au soutien de ce qui est aujourd’hui une jurisprudence d’apparence indétrônable. Et, en effet, passer de l’article 16 à la souveraineté nationale n’a rien d’évident, même en construisant artificiellement ce qui paraît être une transition ou un lien logique (« dès lors », cons. 3). C’est ainsi que les membres du Conseil se demandaient à juste titre s’il ne suffisait pas de conclure que le protocole ne contient pas de clause contraire à la constitution, et d’écarter tout bonnement cette expression dont la présence déconcertait quelque peu. Et en effet, maintenant que l’on sait que ce qu’exprime le considérant 2, c’est l’essence de l’article 16, l’étendue des pouvoirs du président de la République en circonstances exceptionnelles, que viendrait y faire la souveraineté nationale ? L’application de l’article 16 est bien le moment par excellence où tout s’efface devant les pleins pouvoirs du président, y compris la souveraineté nationale. On a donc bien du mal à comprendre la liaison logique entre elle et l’article 16, et dans ces conditions on est presque rassuré, mais seulement presque, d’apprendre par le rapporteur « qu’il n’a rajouté cette référence à la souveraineté nationale que dans l’intention de faire plaisir à Monsieur Segalat qui y attachait une grande importance⁹¹ ». L’intéressé confirme alors cet attachement, ce qui clôt le sujet : les doutes s’évaporent, restons civilisés avant tout, et la fonction de juger est bien assez souple pour pouvoir accommoder quelque fantaisies. Il est peu probable après tout que le monde extérieur s’en aperçoive, tant le style de motivation opaque et sibyllin est propice pour donner de la tenue à ce qu’on avait avoué ne pas « pouvoir [...] démontrer autrement⁹² ». Ainsi, c’est un geste de courtoisie qui a donné naissance à l’une des jurisprudences les plus établies du Conseil.

Mais il y a plus. Répétons-le : en 1985, assurer le respect des institutions, assurer la continuité de la vie de la nation et garantir les droits et libertés des citoyens n’étaient aucunement le contenu des « conditions essentielles d’exercice de la souveraineté nationale », mais exclusivement et, pensait-on, univoquement le contenu de l’article 16. Mais que la doctrine se soit méprise à ce sujet n’explique pas encore comment cette méprise elle-même a pu faire jurisprudence. Pour cela, il a fallu le concours du Conseil, qui a lui-même accrédité la méprise, lui donnant ainsi une légitimité difficilement contestable. On peut en effet identifier avec précision le moment du basculement (et de la confusion) : le 25 juillet 1991, au cours de la délibération sur la convention de Schengen, car entre 1985 et cette date seule une autre décision porte sur un traité, plus précisément une loi qui en autorisait la ratification, et elle ne concernait ni de près ni de loin la souveraineté, même nationale⁹³. Il faut donc attendre la saisine du Conseil au sujet de la loi autorisant l’approbation de la convention d’application de l’accord de Schengen pour que la relation étriquée entre traités et « conditions essentielles d’exercice... » refasse apparition. Et

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*, p. 11.

⁹² *Ibid.*, p. 5.

⁹³ Décision n° 88-247 du 17 janvier 1989, Loi autorisant la ratification de la convention internationale du travail n° 159.

le rapporteur de souligner à cette occasion qu'« on peut dégager le domaine d'exercice de la souveraineté nationale en se référant à notre jurisprudence » de 1985⁹⁴, dont il exposait ensuite la teneur telle qu'elle lui paraissait manifeste :

le Conseil a affirmé qu'un engagement international ne serait contraire à la Constitution que s'il portait atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » et qu'il n'en serait ainsi que si cet engagement était par hypothèse « incompatible avec le devoir d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens »⁹⁵.

La décision rendue en est l'exact reflet : les considérants 9 à 18 examinent tour à tour, sous la rubrique « atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », d'abord le « devoir de l'État d'assurer le respect des institutions », ensuite la « continuité de la vie de la Nation » et, enfin, les « droits et libertés des citoyens » – bref tout le contenu du considérant 2 de 1985. Évacué, donc, l'article 16, place aux « conditions essentielles d'exercice... ».

Et en 1992 en effet, lorsque c'est cette fois le traité sur l'Union européenne qui réunissait le Conseil autour de la même question, le rapporteur rendait lui aussi compte de la « jurisprudence » établie, dans la version dénaturée qui en avait été donnée un an plus tôt⁹⁶. Le président observait même que la décision de 1985 avait « énumér[é] [l]es domaines d'exercice de la souveraineté nationale », mais qu'il n'y avait pas lieu de tenir cette liste pour exhaustive⁹⁷. Et ainsi se consolidait la jurisprudence sur le contenu des « conditions essentielles d'exercice... ».

On a là la chronologie des événements, qui permet d'identifier le basculement, le moment où l'erreur est commise, en l'occurrence même une double erreur, d'abord doctrinale et ensuite juridictionnelle. Mais elle ne justifie rien. Comment en effet est-il possible qu'à la jurisprudence d'un moment *x* soit affecté, à un moment *y*, un tout nouveau contenu ? D'autant plus que le moment *y* ne survient que six ans plus tard. Mise à l'écart délibérée ? Oubli ? Le compte-rendu de la délibération de 1991 (tout comme de celle sur le traité de Maastricht) plaide pour l'oubli : à aucun moment la délibération de 1985 n'est même seulement mentionnée, encore moins ce qui avait alors agité le Conseil, c'est-à-dire exclusivement l'article 16. Mais ce n'est guère plus satisfaisant pour l'esprit. Où est donc la mémoire de l'institution ? Il est vrai que le rapporteur sur la saisine de 1991 ne siégeait pas au Conseil en 1985, n'y étant nommé qu'en 1989, pas plus d'ailleurs que n'y siégeait le rapporteur sur la saisine de 1992, nommé lors de la même recomposition par tiers en 1989. Il est vrai aussi qu'on peut difficilement attendre de chaque nouveau membre nommé qu'il soit assez familier, en plus de la jurisprudence, de l'intégralité des comptes-rendus pour en savoir l'histoire, les enjeux, la justification, et la justification de la justification. L'enchevêtrement des mandats en revanche, avec une recomposition par tiers tous les trois ans, devrait garantir en principe une forme de stabilité, et conséquemment, peut-on penser un peu naïvement, assurer la transmission de la mémoire institutionnelle. Mais force est alors de constater, et c'est peut-être la dernière circonstance qui vient expliquer le dérapage qui a fait jurisprudence, que le Conseil de 1991 était très sensiblement différent de celui de 1985.

⁹⁴ Compte-rendu, séance du 25 juillet 1991 (*Convention de Schengen*), p. 15.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 16-17.

⁹⁶ Compte-rendu, séance du 7 avril 1992 (*Maastricht I*), p. 16.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 17.

Des membres de 1985 seuls deux siégeaient encore en 1991, le troisième étant décédé en cours de mandat en 1987. La mémoire de l'institution, dans ces conditions, est fragilisée. On aura bien du mal toutefois à admettre avec bienveillance cette fragilisation ici, lorsqu'on sait que l'un des deux seuls membres qui siégeaient aussi bien en 1985 qu'en 1991 non seulement était bien présent aux deux délibérations, mais surtout était président du Conseil en 1985, et qu'il avait ainsi présidé, et même de manière très active, la délibération cruciale du 22 mai. Il n'interviendra pourtant qu'à cinq reprises dans la délibération sur la convention de Schengen, de manière tout à fait incidente, alors que tout pourtant le désignait pour rendre compte à ses collègues du véritable enjeu de la délibération de 1985, l'article 16, de la raison d'être de la rédaction du considérant 2, et aussi du rôle de simple courtoisie qu'avaient joué les « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » insérées dans le troisième considérant.

Celles-ci ont ainsi un bien étrange parcours : apparues en 1970 puis oubliées, elles ressurgissent de manière fortuite en 1985, où elles se trouvent très curieusement et inopportunément associées à l'article 16 que personne pourtant n'identifie pour ce qu'il est, et c'est enfin par une perte de mémoire collective (ou perte collective de mémoire ?) que le Conseil constitutionnel endossera l'interprétation doctrinale impropre qui avait été faite de ce considérant-article 16 qu'on n'a pas compris comme tel, pour en faire par la suite un véritable mantra de l'examen d'un traité, atteignant jusqu'à dix-huit occurrences dans la décision sur le CETA.

On savait depuis longtemps la puissance de l'article 16. Mais on l'avait malgré tout sous-estimé. Qui aurait pensé que sur les pouvoirs exceptionnels dont il investit le président de la République s'édifieraient, par une étonnante dégénérescence, les remparts de la souveraineté internationale de la France ?

Andrea Hamann

Professeur à l'Université de Strasbourg, Centre d'études internationales et européennes.

Bruno Daugeron

Le Conseil constitutionnel a-t-il une théorie de la représentation ?

Accusés d'être portés sur les abstractions et d'avoir un penchant pour la métaphysique, les Français ont la réputation de théoriser au détriment de l'action efficace. Aussi étonnant cela puisse-t-il paraître à des observateurs extérieurs au monde du droit, l'une des caractéristiques principales de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français est pourtant de peu se préoccuper des concepts constitutionnels, en particulier de ceux qui touchent aux institutions politiques, et de n'être d'ailleurs guère célébrée pour cela. Nul n'ignore plus que c'est pour les conséquences de sa céléberrime décision du 16 juillet 1971 que l'organe que l'on qualifie parfois de « politique¹ » a bâti sa réputation en ouvrant la porte à l'avènement, certes abstrait lui, de ce que l'on a appelé un droit constitutionnel « matériel » ou « substantiel », essentiellement tiré de ses interprétations du Préambule de la Constitution de 1958. C'est cette nouvelle matière qui a illustré ce que l'on a parfois qualifié de « retour de la figure du juge au premier plan de la pratique politique² ». Ce sont « les droits et libertés que la Constitution garantit », dont il est parfois rendu compte sous le concept à éclipses de « droits fondamentaux », qui sont consacrés par l'article 61-1 de la Constitution, étudiés et célébrés, non la question des rapports entre les pouvoirs publics même si elle est certes présente dans la jurisprudence du Conseil. Dans son ouvrage sur les *Principes directeurs de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, B. Genevois, ancien secrétaire général de l'institution, en rendait compte sous l'angle des « rapports entre les pouvoirs publics³ ». Il existe donc bien sûr une jurisprudence sur l'organisation des pouvoirs publics, en particulier la répartition des compétences entre les organes. Mais l'angle de leurs rapports politiques, lui, est inexistant : le Conseil constitutionnel n'a jamais voulu se faire l'interprète du droit politique constitutionnel en prescrivant, par exemple, ce que devait être une « bonne lecture » des rapports entre Premier ministre et Président de la République, sans doute inspiré en cela de

¹ Par exemple à raison du mode de nomination de ses membres. Voir P. WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 5 [<http://juspoliticum.com/article/Sur-la-composition-du-Conseil-constitutionnel-294.html>]. Sur les ambiguïtés de la notion, voir également D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, vol. IV, 2012, p. 13-50.

² O. CAYLA, « Les deux figures du juge », *Le Débat*, vol. 74, n° 2, 1993, p. 149.

³ Voir B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Éditions STH, 1988, p. 125 sqq.

la théorie des actes de gouvernement fondée sur le refus de l'immixtion du juge dans l'activité politique des pouvoirs publics constitutionnels. La question du droit « politique », si on lui donne la signification, parmi plusieurs possibles, de droit des « acteurs politiques », est étrangère, en France, à l'élaboration par le juge constitutionnel d'une « science du droit constitutionnel »⁴. Mais le plus frappant est que ce n'est pas seulement le droit politique qui est absent de la jurisprudence du Conseil, c'est aussi le droit des concepts constitutionnels, ceux qui sont pourtant censés structurer la matière. Et quand ils sont « traités » en tant que tels, la solution est souvent discutable : on sait le résultat pour le moins approximatif auquel est parvenu le Conseil constitutionnel quand il s'est emparé du principe de « séparation des pouvoirs », traitement que l'on a qualifié « d'hérésie constitutionnelle⁵ ».

Mais pour les mal traiter, encore convient-il que le Conseil s'en saisisse, ce qu'il est loin de toujours faire. Si l'on suit les rubriques retenues par les coauteurs du manuel *Droit constitutionnel. Les grandes décisions*⁶, tentative ambitieuse et remarquable, de relecture, voire de reconstitution du droit constitutionnel à l'aune de la jurisprudence – et pas seulement celle du Conseil constitutionnel –, on y trouve bien les notions de Constitution, d'exercice de la souveraineté, d'État, de séparation des pouvoirs ou d'organisation des pouvoirs publics, elles-mêmes divisées entre les « fondements du droit constitutionnel » et le « droit constitutionnel institutionnel ». Mais la notion de représentation, elle, n'est pas présente, ni pour évoquer le statut représentatif ou non du Conseil constitutionnel qui pose une question très spécifique et n'y a, il est vrai, guère sa place⁷, ni davantage pour rendre compte du

⁴ Pour reprendre le titre d'un article d'O. CAYLA : « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », in J. ROBERT (dir.), *Le Conseil constitutionnel à quarante ans*, LGDJ, 1999, p. 106-141.

⁵ O. BEAUD, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 9, 2013 [<http://juspoliticum.com/uploads/pdf/JP-Beaud-2.pdf>]. Il avait auparavant consacré une « conception française de la séparation des pouvoirs » dans sa décision 86-224 DC du 23 janvier 1987. On parla alors de la « constitutionnalisation d'un mythe » (voir S. VELLE, « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *RDP*, 1989, p. 767-783). Dans la décision 2009-577 DC du 3 mars 2009, il fait aussi « découler » la simple répartition des compétences entre les organes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme.

⁶ M. VERPEAUX *e. a.*, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, 2011, 2^e éd., 2016. Même constat pour l'index alphabétique des matières de l'ouvrage de L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, par ex. la 15^e éd., Paris, Dalloz, 2009 ou dans celui, certes plus restreint, mais non moins précis, de C. MAUGÛE et J.-H. STAHL, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2017, même si, au vu de la jurisprudence du Conseil, ils mentionnent comme « droits et libertés que la Constitution garantit » les « droits liés à la représentation politique », par exemple le droit d'éligibilité des citoyens ou l'exercice de droits civiques, p. 192-193.

⁷ Et que l'on ne traitera pas davantage ici en renvoyant notamment à M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 31-48 ; D. TURPIN, « Le juge est-il représentatif ? Réponse : oui », *Commentaire*, vol. 15, n° 58, été 1992, p. 381-390 ; D. ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? », in G. DRAGO *e. a.* (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999 p. 363-376 et le commentaire de M. TROPER, p. 377-382 ; P. BRUNET, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in C. GREWE *e. a.* (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, 2005, p. 115-135, et

concept dans sa jurisprudence. Cette absence ne saurait à l'évidence être imputée aux auteurs qui ont au contraire tenté de mettre de l'ordre dans une profusion de décisions. C'est la jurisprudence du Conseil qui est en cause.

Il existe des raisons objectives à cela. D'une part, le Conseil constitutionnel est contraint par sa compétence : il ne peut se prononcer que sur la constitutionnalité d'une loi (ou d'un traité). Plus exactement, selon les termes aujourd'hui presque oubliés de l'article 61 de la Constitution tant ils paraissent réducteurs au regard du développement de son rôle, du discours sur son rôle et de sa jurisprudence, le Conseil est chargé de « se prononcer sur la conformité des lois à la Constitution ». Aussi importantes que soient les conséquences de sa jurisprudence, son office est donc limité⁸.

D'autre part, dans ce cadre, peu nombreuses sont les lois qui traitent explicitement ou qui ont pour objet ce concept central du droit constitutionnel. Il n'en est pourtant pas moins présent dans la jurisprudence, mais non dans les domaines où l'on aurait pu s'y attendre, comme dans les décisions relatives à l'article 3 de la Constitution et à l'exercice de la souveraineté. Il est ailleurs et en creux. Si les *Tables analytiques* de l'institution mentionnent de très nombreuses occurrences d'une « représentation » semblant avoir une dimension politique, ce n'est pas en tant que notion constitutionnelle mais en tant que « principe du droit électoral⁹ », au point que l'on est bien en peine de rendre compte sinon d'une théorie, du moins d'une jurisprudence du Conseil en matière de représentation politique distincte de son lien avec l'élection. On ne peut guère découvrir de développements relatifs à la représentation politique que si l'on accepte d'aller les rechercher ailleurs, dans la jurisprudence relative au droit de suffrage en particulier. Cette dernière ne se confond certes pas entièrement avec la notion de représentation, mais elle établit toutefois un premier rapport. Suivent – ou se confondent avec elle – les décisions sur le contrôle des lois électorales sur l'élection des députés, des sénateurs ou des représentants français au Parlement européen, celles relatives aux lois sur le financement de la vie politique, à la décentralisation ou l'organisation institutionnelle des collectivités territoriales ou les lois relatives à l'Outre-mer. Là et là seulement semble être abordé le concept de représentation politique considéré comme intrinsèquement lié à la technique élective. Semble, car il ne l'est toujours qu'implicitement et de manière accessoire.

Enfin, on sait que le Conseil est réputé pour peu motiver ses décisions, ce qui n'aide guère à découvrir des théories dans sa jurisprudence coulée dans le moule ultra formaliste du syllogisme, qui n'est pas le meilleur moyen d'envisager les différentes significations possibles des termes de la Constitution alors même qu'il revendique pour lui-même le statut de juridiction constitutionnelle agissant avec tout l'arsenal argumentatif d'un « vrai » juge.

À lire et à mûrir les différentes décisions qu'il a pu rendre dans ces domaines, on n'en est pas moins frappé par une chose : le Conseil constitutionnel donne le

dernièrement, dans une perspective plus vaste, O. JOUANJAN, « Constitutionalisme, justice, justice constitutionnelle et représentation », in S. MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2016, p. 33-51.

⁸ Question sur laquelle on peut renvoyer à C.-E. SÉNAC, *L'office du juge constitutionnel. Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, Paris, LGDJ, 2015, p. 17-36 pour le cadre théorique.

⁹ Voir les *Tables d'analyses du 4 octobre 1958 au 30 septembre 2017*, p. 1879-1944 [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/Tables/tables_analytiques.pdf].

sentiment de mal maîtriser le sens qu'il donne au concept quand d'aventure il est contraint de l'aborder. D'abord parce qu'il n'a jamais été conduit à dire explicitement ce que représenter voulait dire dans ses décisions : il se contente de demeurer dans l'implicite d'une allusion censée tenir lieu de référence tout aussi implicitement liée à l'élection. Ensuite et plus gravement, il semble ne pas savoir ou ne pas connaître le sens de la représentation politique ni le rôle joué par ce concept dans notre droit constitutionnel depuis la Révolution française. Tout s'éclaire même pour le lecteur de ses décisions une fois qu'il a compris que le Conseil n'avait pas compris sa signification. Cette lacune aussi surprenante qu'elle est insolemment voire brutalement dénoncée se fonde sur plusieurs constats établis à partir de la jurisprudence du Conseil : l'absence, non seulement d'une théorie, mais même de la conscience d'une signification particulière de la notion de représentation politique qui trouve sa source dans une importante lacune théorique (I), laquelle entraîne l'institution dans nombre de confusions pratiques qui débouchent toutes sur un même résultat : l'électoratisation de la représentation (II).

I. L'ABSENCE D'UNE CONCEPTION THÉORIQUE DE LA REPRÉSENTATION

Si l'on entend par « théorie de la représentation » le fait de s'inscrire dans une certaine conception de la représentation politique (qui constitue elle-même une certaine vision de cet objet) ou même éventuellement de la créer, il n'est pas possible de soutenir que le Conseil constitutionnel refuse toute théorie de la représentation, puisqu'il semble justement avoir cherché à s'inscrire, à travers les mots qu'il emploie, dans l'une d'entre elles. Mais cette démarche cohabite étrangement avec une absence de conceptualisation de la notion, dans la mesure où il reste muet sur la signification qu'il lui donne et sur le rôle qu'il lui assigne dans la mécanique constitutionnelle à laquelle il se réfère pourtant. Pour une raison aussi décisive que radicale : il donne le curieux sentiment d'ignorer ce que représenter veut dire dans la théorie constitutionnelle héritée de la Révolution française. Bien que très lointaine désormais, même si l'on doit à R. Carré de Malberg de l'avoir redécouverte et actualisée au début du XX^e siècle¹⁰, elle n'en demeure pas moins marquante puisqu'elle n'est jamais que le prolongement des théories modernes du pouvoir, en particulier de la conception hobbesienne de la représentation où le droit permet la réduction d'une pluralité de volontés éparses à une seule volonté, celle du nouveau souverain populaire, afin de créer, à travers lui, l'unité de l'État¹¹. Comment soutenir une hypothèse aussi impie ? En lisant les décisions qu'il a pu rendre et dans lesquelles il a été contraint d'évoquer la représentation (du peuple ou de la nation), non en en donnant directement la signification, mais en déduisant des normes, voire en prescrivant des mesures qu'il considérait implicitement être liées à sa signification, voire encore en réduisant cette signification à ces mesures. Le Conseil

¹⁰ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t. II, Paris, Sirey, 1922, p. 199-410.

¹¹ On en fait encore récemment le constat à la lecture de la synthèse de P. BRUNET, « Représentation et *Staatslehre* : entre incarnation et fiction », in M. ALBERTONE et D. CASTIGLIONE, *Les métamorphoses de la représentation. Langages et pratiques politiques à l'époque moderne*, Paris, Classiques Garnier, à paraître, et, du même, le chapitre « La représentation », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, p. 608-641. Sur cette question voir aussi l'ouvrage classique de L. JAUME, *Hobbes et l'État représentatif moderne*, Paris, PUF, 1986, p. 112-117.

fait ainsi émerger une bien étrange « représentation de la nation » (A) qui trouve son origine dans la confusion aussi étonnante que dommageable entre les *bases* et le *contenu* de la représentation (B).

A. Une insaisissable « représentation de la nation »

Le Conseil constitutionnel a eu à plusieurs reprises l'occasion d'évoquer la question de la représentation de la nation, en particulier dans la jurisprudence relative aux lois électorales. Mais il l'a fait en quelque sorte par la bande, à partir d'un développement *a priori* anecdotique dans une décision pourtant réputée emblématique de sa jurisprudence en matière de représentation : « Considérant que, si députés et sénateurs sont élus au suffrage universel, direct pour les premiers, indirect pour les seconds, *chacun d'eux représente au Parlement la Nation tout entière et non la population de sa circonscription d'élection*¹² ». Ce considérant de principe, fréquemment repris et qui est auto-suffisant puisqu'il n'est précédé d'aucune référence à un quelconque article de la Constitution (sauf dans la décision 2014-407 QPC du 18 juillet 2014 où le considérant précédent fait pour la première fois référence à l'article 1^{er} et aux deux premières phrases de l'article 3 de la Constitution)¹³, sert à saisir et sanctionner diverses situations à travers les normes qu'il crée¹⁴. Il se veut l'alpha et l'oméga de la théorisation du Conseil en ce domaine, à ses propres yeux, mais aussi d'après les observateurs de sa jurisprudence¹⁵. Et pour cause, tant

¹² Décision 99-410 DC du 15 mars 1999, Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, *Rec.*, p. 51. Voir aussi les décisions n° 2004-490 DC du 12 février 2004, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, cons. n° 14, *Rec.*, p. 44 ; n° 2007-547 DC du 15 février 2007, Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles pour l'*Outre-mer* (cons. n° 10), *Rec.*, p. 60. Il sera décliné à propos des députés représentant les Français établis hors de France dans sa décision 2008-573 DC, Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés : « comme tous les autres députés et les sénateurs, les députés représentant les Français établis hors de France représenteront au Parlement la nation tout entière et non la population de leur circonscription d'élection », avec la note de B. MALIGNER, « Le contrôle du Conseil constitutionnel sur le redécoupage électoral », *AJDA*, 2009, p. 645-652 [648-650]. Une petite variation sémantique est présente dans la rédaction de la décision 2014-407 QPC du 18 juillet 2014, MM. Jean-Louis M. et Jacques B. [seconde fraction de l'aide aux partis et groupements politiques] où le Conseil ne parle pas de la « circonscription d'élection » du parlementaire mais de celle « où il a été élu » (cons. n° 19).

¹³ Cons. n° 18. « Considérant qu'aux termes de l'article 1^{er} de la Constitution, "la France est une République indivisible" ; qu'aux termes des deux premières phrases de l'article 3 de la Constitution, "la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice" ».

¹⁴ Par exemple censurer la disposition de la loi organique selon laquelle « la Nouvelle-Calédonie est représentée au Parlement et au Conseil économique et social de la République dans les conditions fixées par les lois organiques » dans la décision 99-410 DC. Mais aussi pour valider, sous réserve d'interprétation, celle qui dispose que « La Polynésie française est représentée au Parlement et au Conseil économique et social dans les conditions définies par les lois organiques » dans la décision 2004-490 DC.

¹⁵ C'est en effet comme cela qu'il est interprété par la doctrine, voir par exemple A.-M. LE POURHIEU qui écrit : « En droit strict, chaque élu est censé représenter la nation tout entière et non pas les électeurs de sa circonscription, ce que rappelle régulièrement, en France, le Conseil constitutionnel, en précisant qu'un parlementaire n'est pas élu "de" mais élu "dans" la localité » (*Droit constitutionnel*, Paris, Economica, 5^e éd., 2013, p. 102-103), et aussi, de la même, « Le Parlement, Représentant de la nation ? », in A. BOCKEL, D. ROUSSEAU et H. ROUSSILLON, *Le*

la mise au point semble classique et susciter l'adhésion d'un esprit attaché aux vieux principes. Le rappel n'est-il pas évident, digne d'un cours de première année de droit constitutionnel ? On est tenté de le croire. Pourtant, même si la formule semble familière – on la retrouve dans l'article 7, section III, chapitre 1^{er}, titre III de la Constitution du 3 septembre 1791 : « *Les représentants nommés dans les départements, ne seront pas représentants d'un département particulier, mais de la nation entière, et il ne pourra leur être donné aucun mandat* » –, le Conseil constitutionnel ne semble pas donner ni même saisir toute la portée de sa signification. Si elle révèle la manière dont il aborde le concept de représentation et le principe représentatif, elle ne l'épuise pas pour autant.

D'une part, parce qu'il se borne à rattacher la représentation nationale à la fonction du représentant, sans évoquer ou mettre en lien avec ce en quoi consiste le processus : la réduction d'une pluralité de volontés à une unité susceptible de donner une volonté à un souverain, être juridique ultime et fictif, que ce dernier s'appelle peuple ou nation, réduisant d'autant la distinction théorique qui est censée les séparer traditionnellement en droit constitutionnel. C'est ce que les révolutionnaires français avaient appelé, à travers la formule plaidoyer pour le veto du roi employée par Barnave à la Constituante, « Vouloir pour la nation¹⁶ ». Et comment vouloir pour la nation ? En votant la loi, expression de la volonté générale, volonté qui va être imputée au souverain et regardée comme la sienne. La représentation de la nation est avant tout la création d'une volonté, celle du souverain, qui ne peut exister ou plus exactement s'actualiser en droit qu'à travers elle, au point que représenter et légiférer ne sont qu'une seule et même chose. Comme l'a montré R. Carré de Malberg que le Conseil aurait gagné à lire, elle est le processus par lequel va être donnée une volonté au souverain par l'intermédiaire de ses représentants¹⁷. La représentation sert donc à créer la volonté nationale et, partant, à hiérarchiser les fonctions de l'État au regard du rapport qu'elles entretiennent avec elle¹⁸. *Fictio juris* ? À l'évidence. Mais comme toutes les fictions du droit au point qu'il n'est pas possible de le penser sans la comprendre.

Parlement, aujourd'hui ?, Istanbul/Toulouse, Galatasaray Üniversitesi Yayınları/Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 125-133 ; « Représenter la nation », in *AFDC, Représentation et représentativité*, Dalloz, p. 7-17, et « La représentation de la nation a-t-elle toujours un sens ? », in *Légitimité du pouvoir et représentation*, Colloque de l'ICES, 27-28 mars 2008. Des variantes sont possibles, voir par exemple M. Verpeaux : « Une des conséquences de l'indivisibilité de la République affirmée à l'article 1^{er} de la Constitution est donc que tous les membres du Parlement ont la qualité de représentants du peuple français dans son entier et non d'une partie déterminée du territoire national (décisions 86-208 DC des 1^{er} et 2 juillet 1986 et décision 91-290 DC du 9 mai 1991, cons. 53 : le représentant est l'élu *dans* une circonscription et non *d'une* circonscription). Le Conseil constitutionnel ne rate jamais une occasion de rappeler cette règle de la représentation » (*Manuel de droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2010, p. 207).

¹⁶ *Archives Parlementaires*, tome XXIX, 1888, p. 33, (ci-après noté *A.P.*).

¹⁷ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 264 *sqq.*

¹⁸ Comme l'a montré P. BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Rouen/Paris/Bruxelles, Publications de l'université de Rouen/Bruylant/LGDJ, 2004, *passim*, démonstration synthétisée dans « La notion de représentation sous la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 328, avril-juin 2002, p. 27-45 et qui vient à l'appui des nombreuses pages consacrées à ce thème par M. Troper parmi lesquelles on peut citer « La souveraineté nationale appartient au peuple ». L'article 3 de la Constitution de 1958 », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 299-313 ; « La constitution de l'an III ou la continuité », in R. DUPUY et M. MORABITO (dir.), *1795. Pour une République sans Révolution*,

D'autre part, parce que la manière d'aborder le principe représentatif par le Conseil constitutionnel est révélatrice d'un certain processus de pensée. Si la conséquence du principe représentatif selon lequel le député « représente la nation tout entière » et non seulement le département ou même la circonscription du département dans le cadre duquel il a été élu, est rappelée et présentée comme un héritage direct de la Constitution de 1791 qui serait demeuré inchangé, c'est, semble-t-il, pour lui donner un sens sensiblement différent de sa signification originelle. Pour ce que l'on peut en comprendre, elle traduit un glissement de sens qui montre que, malgré la référence implicite à la Constitution de 1791, non seulement ce n'est plus de la même conception de la représentation qu'il s'agit, mais même plus du même mécanisme, lequel est tout simplement occulté. Car, que veut dire, pour le Conseil constitutionnel, « représentant de la nation tout entière et non la population de sa circonscription d'élection » ? À quoi, d'abord, renvoie la « Nation tout entière » ? À une acception géographique comme le semble le suggérer le recours à la formule « et non la population de sa circonscription d'élection », qui laisse entendre quelque chose comme le refus que la représentation soit celle d'une population particulière liée à un lieu. À quoi, ensuite et surtout, renvoie, dans l'esprit de ses membres (puisque le Conseil n'a de volonté que par eux), le fait de *représenter la nation* ? À lire l'intégralité du considérant pensé par lui, et considéré par les autres, comme « de principe », le Conseil semble vouloir dire que les conditions d'élection au suffrage universel ne sauraient déterminer le *sujet* de la représentation : le représentant n'est pas représentant de ceux qui l'ont élu ou auraient pu l'élire ou vivent là où il a été élu. On ne peut qu'être d'accord avec lui. La difficulté est qu'il est muet sur son *objet*, qu'il ne lie jamais à la production de la volonté nationale par le vote de la loi et dont on ne peut que deviner la signification à l'aune des indices donnés par les présupposés du vocabulaire consacré au sujet. Car pour que la prohibition sur le *sujet* prenne toute sa force et surtout tout son sens, encore faut-il savoir en quoi *représenter* le sujet, c'est-à-dire *la nation*, consiste, ce que cela veut dire juridiquement et qui n'apparaît nullement à la lecture de son considérant, même implicitement, au point qu'il se retrouve grevé de lourds soupçons. Comment saisir les prohibitions liées au *sujet* si l'on ignore l'*objet* de la représentation ? La chose est en principe impossible. C'est pourtant ce que semble faire le Conseil constitutionnel qui, peu sujet aux angoisses théoriques, ne voit pas la nécessité de préciser ce qu'il entend par là ou même de laisser entendre qu'il le sait, soit parce qu'il considère que cette formule se suffit à elle-même parce qu'elle contient la théorie sans y faire allusion et donc épuise le sujet ; soit parce qu'il n'en comprend pas l'enjeu ou le réduit à celui qu'il croit comprendre et restreint donc le sens du concept à ce qu'il pense en saisir.

Prescrire une telle mise en garde sans se situer par rapport à la question essentielle de ce que représenter veut dire et en quoi cela consiste en droit ne permet pas, en effet, de parler de « théorie de la représentation » dont le lecteur ignore toujours le sens : consiste-t-elle à *créer* une volonté ou à la *retranscrire* ? L'allusion géographique semble traduire – trahir ? – une certaine compréhension du concept : le mot « représentant » n'y est pas pris dans son sens originel de créateur de la volonté souveraine – une représentation qui ne *traduit* pas, mais qui *institue* selon

Rennes, Presses universitaires de Rennes, 1996, p. 179-192 ; « Souveraineté nationale ou souveraineté populaire ? », in *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, p. 109-127.

la distinction suggestive de L. Jaume¹⁹ –, mais dans celui de « délégué », les députés ne devant pas simplement être pris pour les « délégués » de *leur circonscription*, c'est-à-dire tant de la volonté de *leurs électeurs* que de la défense des intérêts de l'endroit qui les a élu, mais de l'ensemble de ceux de la nation, prise ici comme une entité géographique et non plus comme abstraction juridique. La représentation du Conseil semble retranscrire, mais elle ne crée pas. Une telle conception jette le voile du doute sur la question du sujet de la représentation, qui devient elle-même suspecte : si, pour le Conseil, le sujet ne saurait être déterminé par les conditions de son élection, va-t-il jusqu'à considérer à travers sa formule sibylline que la nation se composerait de l'ensemble de la *population* et que c'est la volonté de cet ensemble qu'il s'agirait de retranscrire ou de défendre et non seulement celle de la *population de la circonscription d'élection* dont on ne comprend guère si elle se borne aux électeurs ou si elle est plus large ? On en vient à le croire.

S'ajoute à cela l'ambiguïté fâcheuse due au fait qu'il arrive aussi au Conseil de parler des parlementaires comme des « représentants du peuple ». D'abord dans sa décision 91-290 DC du 9 mai 1991, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, par laquelle il a refusé avec fracas la reconnaissance constitutionnelle d'un « peuple Corse » en visant expressément les articles 3, 24 et 27 de la Constitution²⁰, en prétendant, dans la même décision, ériger le « peuple français » en « concept juridique à valeur constitutionnelle », dont on peine toutefois à saisir la teneur²¹. Ensuite, dans (depuis ?) la décision 2014-407 QPC, où il utilise le considérant de principe de la décision de 1999 sur la représentation de la nation, mais où il semble procéder cette fois en deux temps, en précisant d'abord sur le fondement des articles 1^{er} et 3 de la Constitution qu'il mobilise pour la première fois ensemble que « les membres du Parlement ont la qualité de représentants du peuple » avant d'enchaîner, par la grâce d'un « en outre », avec la formule selon laquelle « chacun d'eux représente au Parlement la Nation tout entière et non la population de la circonscription où il a été élu²² ». Le problème est qu'il n'a pas jugé utile de justifier

¹⁹ Voir l'entrée « Représentation », in Ph. RAYNAUD et St. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 2^e éd., 1998, p. 559. Il dit aussi qu'elle ne reflète pas mais « opère » (*Hobbes et l'État représentatif moderne, op. cit.*, p. 185 ; voir aussi p. 201-203, et l'entrée « Représentation », in D. ALLAND et St. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, 2003, p. 1335-1339.

²⁰ Pour sanctionner une information législative particulière des parlementaires élus dans les départements de Corse : « 53. *Considérant qu'il ressort de ces dispositions [articles 3, 24, 27 et 34 de la Constitution] que les membres du Parlement ont la qualité de représentants du peuple ; qu'à ce titre ils sont appelés à voter la loi dans les conditions fixées par la Constitution et les dispositions ayant valeur de loi organique prises pour son application ; qu'en conséquence, il n'appartient pas au législateur de faire bénéficier certains parlementaires, en raison de leur élection dans une circonscription déterminée, de prérogatives particulières dans le cadre de la procédure d'élaboration de la loi ; 54. Considérant que ces exigences constitutionnelles sont méconnues par les dispositions des alinéas 2 et 6 de l'article 26 de la loi en ce qu'elles organisent au profit des parlementaires élus dans les départements de Corse une information particulière concernant les projets de loi soumis pour avis à l'Assemblée de Corse ainsi que les propositions de modification de la législation émanant de cette Assemblée ».*

²¹ Voir le cons. n° 12. Voir aussi la critique éclairante formulée par P. BRUNET dans « Le concept de république dans le droit public français », in B. KRULIC (dir.), *La République : valeurs et représentations*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, p. 99-132.

²² Décision 2014-407 QPC du 18 juillet 2014, MM. Jean-Louis M. et Jacques B. [*seconde fraction de l'aide aux partis et groupements politiques*], (cons. n° 19).

le passage d'une représentation du *peuple* – le seul souverain représenté aux termes de l'article 3 de la Constitution, puisque c'est lui qui exerce la souveraineté – à une représentation de la *nation*, non seulement du point de vue du *sujet* mais aussi de l'*objet* de la représentation. Qu'est-ce qui distingue un représentant du peuple d'un représentant de la « nation tout entière » ? Est-ce la même chose ? Si non quelle est la différence ? Le Conseil veut-il dire que, d'un côté, il y aurait des représentants du *peuple* sur le fondement de l'article 3 de la Constitution et, de l'autre, des représentants de la *nation* qui seraient liés, eux, à la population globale du pays, accréditant l'idée qu'il la perçoit comme un être réel autant que comme un lieu ? S'agit-il de deux représentations différentes ? En quoi consistent-elles ? Et comment se concilient-elles si elles se superposent ? Ne sont-elles censées être la même chose ? On ne le sait guère à la lecture des « *Commentaires aux Cahiers* » qui accompagnent la décision sur le site internet de l'institution et qui brouillent encore l'approche par l'utilisation d'une nouvelle notion, pensée comme un inoffensif synonyme de représentant, mais qui est loin d'en avoir la force malgré sa présence massive dans le vocabulaire du monde politique et qui ne veut guère dire grand-chose : celle d'« élu de la nation tout entière²³ ». Plus vague et bien moins rigoureuse, elle révèle la considérable banalisation et l'affadissement de la fonction représentative et achève surtout de trahir le processus de pensée du Conseil qui semble considérer qu'un « élu de la nation » est élu *par la nation* et qu'il suffit d'être élu « par elle » pour être son représentant.

En croyant donc se fonder sur la conception originelle de la représentation telle que fixée dans la Constitution de 1791, réputée avoir introduit la « souveraineté nationale » opposée à la souveraineté dite « populaire », théorie dont il est à peine besoin de souligner désormais l'artificialité²⁴, cette sentence au mieux bancale au pire naïve introduit en réalité une autre conception de la représentation. À en supposer le sens fixé dans l'esprit de ses auteurs, et pour ce que l'on peut en déduire à l'aune des conséquences qu'en tire le Conseil constitutionnel, il laisse potentiellement entendre de multiples choses entre lesquelles le juriste a du mal à trancher, tant il peine à reconnaître ses principes : que les députés sont les représentants d'un « territoire » donc, en droit, d'une volonté plus vaste que de celui duquel ils proviennent et qu'ils ne doivent pas dépendre de ses volontés subjectives localisées pour exprimer la volonté nationale ; que leur volonté ne saurait être imputée seulement à ceux qui les ont désignés, c'est-à-dire leurs électeurs ou à la population de leur circonscription d'élection ou encore qu'ils représentent la volonté de l'universalité des citoyens français et non de leurs seuls mandants ou même qu'ils ne doivent pas se conduire en porte-parole de volontés ou d'intérêts qui ne seraient pas ceux de la nation dans son ensemble et que ce sont ces intérêts qu'il s'agit de défendre. Mais toutes ses significations possibles ont un point commun : faire de la représentation une retranscription de volonté dont il convient de déterminer les bornes. Dans tous les cas, en effet, le Conseil laisse suggérer qu'il voit dans les représentants des délégués qui sont chargés de *restituer* la volonté nationale à partir d'une volonté préexistante dans le corps de la population *via* les électeurs et

²³ « Le Conseil constitutionnel juge de façon constante que tout député ou tout sénateur est l'élu de la Nation tout entière et non pas de la population de sa circonscription », lit-on p. 10 du document [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2014407QPCccc_407qpc.pdf].

²⁴ Comme l'a montré M. TROPER, notamment dans « Souveraineté nationale ou souveraineté populaire », in *Terminer la Révolution...*, *op. cit.*, p. 109-127.

non de la *créer*, volonté qui n'est d'ailleurs plus l'objet d'une représentation dont le sens paraît perdu de vue. *Exit* le sens principal de la représentation constitutionnelle et son idée centrale de création initiale de la volonté du souverain lequel ne peut parler que par les organes qui sont habilités à vouloir pour lui. *Exit* aussi et surtout le principal objet de la représentation issue de la théorie représentative révolutionnaire qui rendait précisément impossible l'existence d'une volonté du peuple antérieure et extérieure à sa représentation, la « population » ou les électeurs en tant que corps constitué, n'ayant pas de *volonté représentable* de même nature que celle du peuple avec lesquels ils ne se confondent pas²⁵. Considérer que le député ne « représente » pas la population de sa circonscription d'élection mais l'ensemble de la nation, elle-même semble-t-il assimilée, du moins peut-on le comprendre, à l'ensemble de la population vu comme le peuple « réel » en quelque sorte, n'a aucun sens en droit : avant même d'avoir à identifier ce que représenter veut dire dans cette occurrence, sa volonté n'a pas à être constitutionnellement représentée, car, pas davantage que celle des électeurs, elle n'est celle du souverain. Le député n'a pas à « vouloir pour » des électeurs en tant que tels. Seule la volonté du peuple ou de la nation, êtres abstraits et immatériels désignés par le Constitution, points d'imputation d'une volonté tout aussi souveraine qui les fait exister en droit, peut être qualifiée de volonté souveraine.

La démarche du Conseil visant à rappeler que le député est représentant « de la nation entière », comme le disait Sieyès dans son discours du 7 septembre 1789²⁶, ou « représente la nation tout entière », et non pas seulement « la population de sa circonscription d'élection » entendue ou non comme ses électeurs, le lieu dans lequel il a été élu, ou encore ses habitants, est dès lors vouée à une forte ambiguïté : faute de savoir dans quel sens est entendu le concept de représentation puisqu'il ne tente nullement de distinguer entre ses différents sens possibles, par exemple « tenir lieu de », « être le porte-parole de » et « ressembler à » selon la trilogie désormais célèbre dégagée par J.-M. Denquin²⁷, la théorie représentative s'y trouve réduite à la généralité d'une formule qui ne rend plus compte de sa complexité ni de sa signification profonde en droit qu'il n'a jamais même tenté de donner. Elle semble se borner à l'interdiction, pour le député, de ne parler qu'au nom de ses électeurs ou de défendre les seuls intérêts de sa circonscription au lieu de rendre compte voire de restituer ceux de toute la nation²⁸. Le rappel, fait avec les mêmes mots, ne semble plus désigner la même chose. Il est désormais détaché de toute allusion à la principale fonction de la représentation : la création d'une volonté qui

²⁵ Sur cette question, nous nous permettons de renvoyer à notre étude : « Les électeurs sont-ils le peuple ? Peuple, citoyens, électeurs en droit constitutionnel. Essai de distinction théorique », in *La Constitution, l'Europe et le droit en mouvement. Mélanges en l'honneur du doyen Jean-Claude Masclet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 155-184.

²⁶ *A.P.*, t. VIII, p. 594.

²⁷ Comme les a dégagés J.-M. DENQUIN, « Démocratie participative et démocratie semi-directe », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23, 2007, p. 95-98.

²⁸ Comme l'accueille d'ailleurs une partie de la doctrine : « Les conséquences du mandat représentatif sont bien connues, écrivait D.-G. Lavroff, le député représente la nation tout entière, il n'est pas le porte-parole de la circonscription qui l'a élu » (« À propos de la représentation politique dans la France contemporaine », in AFHIP, *Le concept de représentation dans la pensée politique*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence (mai 2002), XV, PUAM, 2003, p. 461). Pour illustrer cette tendance, voir aussi G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2004, p. 52-54.

sera imputée au souverain pour lui donner la parole qu'il ne peut avoir sans organe pour le faire parler.

Comment a-t-on pu arriver à pareille abdication théorique ? Pour risquer une hypothèse, on n'est pas loin de penser que le Conseil s'est borné à reprendre la vulgate doctrinale sur le sujet sans enquêter sur la notion, sans en maîtriser les tenants et aboutissants, pour finir par prendre rétrospectivement sa propre jurisprudence comme fondatrice des principes auxquels il se réfère. Incompréhensibles sont donc pour lui les mises en garde de R. Carré de Malberg qui, dans la lignée de celles de G. Jellinek, expliquait, de manière plus percutante encore que le juriste allemand, les contraintes de la détermination du sujet de la représentation à l'aune de son objet :

La règle « Les députés représentent la nation » n'est susceptible que d'une interprétation unique : elle signifie qu'ils représentent non pas la totalité des citoyens pris individuellement, mais leur collectivité indivisible et extra-individuelle. En effet, cette règle ne peut vouloir dire que chaque député représente, outre ses propres électeurs, ceux de tous les autres collèges électoraux du pays. Une telle interprétation de la règle serait un non-sens juridique. [...] Donc, la règle en question ne peut certainement pas avoir pour sens que chaque député représente la totalité des citoyens composant la totalité des collèges électoraux. Dès lors, il ne reste qu'une interprétation possible. La règle signifie que le député ne représente, ni des collèges électoraux, ni des citoyens comme tels, ni en un mot aucune somme d'individus *ut singuli*, mais bien qu'il représente la nation, en tant que corps unifié, envisagé dans son universalité globale et distingué, par conséquent des unités individuelles et des groupes partiels que ce corps national comprend en soi. [...] *Plus exactement, la règle « le député représente la nation » se fonde sur le fait qu'il est membre d'une assemblée collégiale, qui a le pouvoir de vouloir pour la nation : par conséquent le député représente la nation en tant qu'il concourt individuellement, par son activité et son suffrage, à la formation de la volonté nationale*²⁹.

Comme il a constitutionnalisé le mythe de la conception française de la séparation des pouvoirs, le Conseil constitutionnel constitutionnalise ici, en la réinterprétant rétrospectivement, une disposition révolutionnaire pour en faire un antidote à une dérive de la pratique électorale en lui donnant une signification qui n'avait proprement aucun sens dans la théorie de la représentation de la Révolution française à laquelle il prétend se conformer et qui rejetait précisément toute idée de mandat et refusait *aux départements* le statut d'organe d'expression de la volonté de la nation. Ainsi, quand aujourd'hui est instruit le procès du « localisme » et dénoncés ses méfaits dans la conception de la fonction parlementaire, transparaît l'idée, sur le fondement de la jurisprudence du Conseil, que représenter la nation n'est pas lié à la production d'une volonté, fût-elle guidée par le souci du bien commun, mais à une signification indéterminée où se mêlent une addition d'occurrences du terme « représenter » sans distinguer entre ses différents sens possibles

²⁹ *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 223-224 (nous soulignons). Jellinek écrivait, lui, ceci : « C'est de ce point de vue qu'on comprend bien le sens juridique du principe que le membre d'une Chambre représente le peuple entier. Juridiquement, cela ne veut pas dire autre chose que ceci : qu'il est membre d'un collège dont la volonté est la volonté du peuple, que sa volonté doit donc être considérée exclusivement comme concourant à former la volonté du peuple, et non pas comme la volonté d'un groupe du peuple » (*L'État moderne et son droit*, Paris, Giard et Brière, 1910, II, p. 280). On retrouve cette idée dès les écrits de P. Laband dans ses développements sur le sens du système confédéral de l'Empire allemand, *Le droit public de l'Empire allemand*, Paris, Giard et Brière, 1900, tome I, p. 437-446, en part. p. 442-444.

ni surtout ses différents objets mais à une simple prohibition de la défense des intérêts locaux ou catégoriels dans un cadre géographique déterminé pourtant socle de l'activité politique et parlementaire réelle.

Certes, en tant qu'interprète, qui plus est de son propre *obiter dictum*, le Conseil est maître de la signification normative qu'il entend donner aux énoncés qu'il produit et peut donc s'éloigner du sens originel de la représentation pour lui en donner de multiples autres. Sauf que. Sauf que si sa volonté d'interprète est souveraine et mouvante, le concept de représentation continue de jouer un rôle au regard de sa fonction originelle en droit constitutionnel qui, elle, n'a pas varié quand bien même le statut de la loi aurait changé : la production d'une volonté unique du souverain à partir de celles, multiples, des membres du corps politique, volonté unique qui sert à construire l'unité de l'État. Et ce sens-là ne se trouve pas dans sa jurisprudence. C'est peut-être ce qui explique qu'il se soit cru obligé d'avoir recours au curieux concept « d'unicité du peuple français » qu'il a érigé en « principe à valeur constitutionnelle » dans sa décision du 15 juin 1999 sur la « Charte européenne des langues régionales »³⁰ et qui prolongeait celle sur le statut de la Corse dans laquelle le Conseil avait sanctionné la tentative du législateur de reconnaître l'existence d'un « peuple corse, composante du peuple français » et donc sanctionner une disposition mettant en réalité en cause l'unité de l'État à travers l'indivisibilité de la République.

On comprend aussi mieux pourquoi sa lecture de l'alinéa 1^{er} de l'article 27 de la Constitution sur la prohibition du mandat dit « impératif » peut sembler manquer de cohérence, voire paraître baroque : le considérant de la décision de 1999 remplace parfois la référence à la prohibition du mandat impératif de l'article 27 pour sanctionner la même disposition législative³¹. Certes encore, l'objet de cette prohibition n'étant pas explicité par le texte de l'article, le Conseil constitutionnel est à nouveau, et plus que jamais, libre d'en donner la signification de son choix en faisant produire à cet énoncé les normes qu'il entend créer, ce qu'il fait d'ailleurs dans des sens variés³². Mais peut-il, sans faire peser des doutes sur sa compréhension de la notion de représentation et de la fonction qu'on lui assigne, aller jusqu'à reconnaître le bénéfice de son application aux membres des assemblées locales, qui ne sont pourtant nullement *représentatives* de la volonté du peuple, mais seulement

³⁰ Décision 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, dans laquelle il juge que : « Le principe d'unicité du peuple français, dont aucune section ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale, a également valeur constitutionnelle ». Voir aussi les décisions 2000-428 DC et 2003-468 DC.

³¹ Disposition consistant à faire bénéficier certains parlementaires, en raison de leur élection dans une circonscription déterminée, de prérogatives particulières dans le cadre du contrôle de l'action du Gouvernement et de l'évaluation des politiques publiques, sanctionné sur la base de la référence à l'article 27 dans la décision 91-290 DC et par la référence à la « représentation de la nation » dans la décision 2014-407 QPC.

³² Le texte de l'article 27 a ainsi été utilisé pour sanctionner une information particulière organisée au profit des parlementaires élus dans les départements de Corse concernant les projets de loi soumis pour avis à l'Assemblée de Corse ainsi que les propositions de modification de la législation émanant de cette Assemblée (décision 91-290 DC), mais aussi pour valider la disposition du règlement de l'Assemblée nationale qui interdisait la constitution et la réunion de groupes de défense d'intérêts particuliers locaux ou professionnels dès lors qu'elles entraînent pour les membres de ces groupes l'acceptation d'un mandat impératif (décision 94-338 DC) sans que ne soit précisé ce qu'il fallait entendre par « mandat impératif ».

délibératives d'une administration locale, afin de protéger leur liberté de vote, alors que l'article 27 fait partie du titre IV de la Constitution consacré au Parlement dans le cadre de sa fonction de représentation de la nation³³ ? Son absence de théorisation des comportements proscrits et de cohérence entre les normes produites rendent sa jurisprudence bien peu lisible. Et s'il fallait encore une preuve du bien-fondé des doutes que l'on peut avoir sur sa compréhension de la représentation politique, son incapacité à penser une distinction théorique essentielle entre les *bases* et le *contenu* de la représentation achève de la donner et permet même d'identifier une des raisons majeures des flottements.

B. Une contestable réduction du contenu de la représentation à ses bases

Le fait que, pour évoquer la théorie de la représentation, le Conseil constitutionnel passe uniquement par la fonction parlementaire sans décrire en quoi elle consiste, surtout sans la lier à sa fonction d'expression de la volonté nationale, explique sans doute sa focalisation sur le droit de suffrage et le principe d'égalité dans la mise en œuvre de ce dernier. En effet, c'est essentiellement sous cet aspect que le Conseil va la traiter. Délestée de tout contenu normatif, la question de la représentation est essentiellement abordée par le Conseil constitutionnel à travers ses *bases*, c'est-à-dire les conditions matérielles d'émergence de la volonté nationale à travers l'élection (nombre des représentants, conditions du découpage électoral, répartition démographique – les bases essentiellement démographiques, géographiques et mode de désignation), et non sur son *contenu*³⁴, notion beaucoup plus complexe qui consiste à savoir *qui est représenté*, ainsi que ce *en quoi consiste représenter et être représenté*. L'approche de la représentation est en effet restreinte à l'étude de ces paramètres qui, évoqués en tant que tels dans les constitutions révolutionnaires de 1791 et 1793, étaient alors soigneusement distingués du contenu³⁵. Importants dans l'opération représentative en ce qu'ils permettent d'associer les citoyens à la prise de décision afin de la légitimer et donc de la faire accepter, ils sont toutefois

³³ Voir la décision 98-397 DC du 6 mars 1998, Loi relative au fonctionnement des conseils régionaux, *Rec.*, p. 186, cons. n° 3 à 9) qui est, de fait, une des principales décisions relative à la prohibition du mandat impératif dans sa jurisprudence. Elle est citée à trois reprises dans les *Tables analytiques* aux rubriques « Parlement »/« Principe de nullité du mandat impératif » (p. 153), « Prohibition du mandat impératif »/« Principes du droit électoral » (p. 1937) et « Démocratie locale »/« Statut et mandat des élus locaux » (p. 3508). Le résumé évoque, sans plus de précision, un « principe dont s'inspire l'article 27 de la Constitution ». On doit donc en déduire que ce n'est plus l'article 27 qui « inspire » le principe mais le principe qui est « inspiré » à l'article 27, « principe » qu'il est au demeurant fort difficile de cerner avec ce type de précision.

³⁴ Distinction essentielle que nous empruntons à L. JAUME, « Représentation », *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1338. Pour une démonstration complète, qu'il nous soit permis de renvoyer à B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, Paris, Dalloz, 2011, XVI, p. 537-577.

³⁵ Ainsi, dans la Constitution de 1791, la Section première du Chapitre premier du Titre III s'intitule « Nombre des représentants. Bases de la représentation », le contenu, lui, étant traité dans les cinq premiers articles du Titre III sur les Pouvoirs publics au sein desquels on trouve l'article 2 : « La Nation, de qui seule émanent tous les Pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. – La Constitution française est représentative : les représentants sont le Corps législatif et le roi ». De même, la Constitution de 1793 précise dans son article 21 que « La population est la seule base de la représentation nationale ».

dépourvus de toute dimension volitive en eux-mêmes : ce sont en quelque sorte les opérations préparatoires à la représentation de la volonté du peuple.

Simple dérive pragmatique d'un juge technicien ? Peut-être. Mais ce faisant, le Conseil n'est pas seulement garant du cadre des élections, il renverse les hiérarchies : les bases en viennent à absorber purement et simplement le contenu et plus seulement à organiser la correction de son expression³⁶. En rupture avec la fonction qui est la sienne dans l'édition des choix collectifs, la représentation vue par le Conseil ne met plus en jeu que des personnes ou des facteurs techniques et non un processus d'édition de volonté. Indépendamment même du rapport entre élus et électeurs, lui-même largement produit de la dissymétrie causée par la confusion des deux aspects de la représentation, l'étude juridique du concept se résume désormais exclusivement au droit des individus à être « représentés », c'est-à-dire comptabilisés dans le calcul du nombre d'électeurs par circonscription. Les modalités techniques de l'élection *sont* la représentation, dogme que le Conseil constitutionnel fait découler depuis le début de sa jurisprudence, c'est-à-dire depuis sa décision 86-208 DC, de l'article 3 de la Constitution pourtant autrement plus riche, d'abord parce que c'est lui qui pose le recours à la représentation pour l'exercice de la souveraineté et désigne les représentants du peuple³⁷. De là l'étude de la circonscription électorale *et de ses bases essentiellement démographiques* regardée comme l'objet essentiel de la représentation.

C'est à partir de ces préoccupations, au demeurant fort louables sur le fond puisqu'elles se veulent un frein à l'arbitraire toujours possible du législateur, que s'est construite la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de droit de suffrage et de découpage électoral des circonscriptions, mais qui constituera aussi sa seule jurisprudence en matière de représentation politique. La représentation doit consacrer l'égalité des citoyens devant le suffrage universel, sentence érigée en « principe » dit « d'égalité du suffrage³⁸ ». C'est dans cette perspective que l'élection sera réputée avoir lieu sur des « bases essentiellement démographiques » et le découpage électoral devoir respecter cette condition³⁹. Rien que de très normal

³⁶ Pour un exemple illustrant à merveille cette approche, voir T. DEBARD et F. ROBBE (dir.), *Le caractère équitable de la représentation politique*, Paris, L'Harmattan, 2004, *passim* et not. F. ROBBE, « Qu'est-ce qu'une représentation équitable ? », p. 5-9.

³⁷ Voir M. TROPER, « "La souveraineté nationale appartient au peuple". L'article 3 de la Constitution de 1958 », in L. JAUME et M. TROPER, *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1993, p. 249-261 et « "La souveraineté nationale appartient au peuple". L'article 3 de la Constitution de 1958 », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 299-313.

³⁸ Voir à nouveau les *Tables analytiques* précitées, *op. cit.*, p. 1879.

³⁹ Décision n° 85-196 DC du 8 août 1985, « Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie », *Rec.*, p. 70, cons. 16, et *GDCC*, n° 38, p. 636 ; *AJDA*, 1985, p. 604-614, note L. HAMON ; *RA*, n° 228, 1985, p. 572-577, note R. ETIEN ; *AIJC*, 1985, chronique B. GENEVOIS, « De l'égalité de suffrage à l'égalité de représentation », p. 423-425 ; décisions n° 86-208 DC des 1^{er} et 2 juillet 1986, « Loi relative à l'élection des députés et autorisant le gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales », *Rec.*, p. 78, cons 20 et 21 et 86-218 DC, du 18 novembre 1986, « Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés », *Rec.*, p. 167 cons. 6 et 7, et *GDCC*, *op. cit.*, n° 40, p. 689-690 et 692-693, *AJDA*, 1986, p. 263-270, note J. Boulouis. Bases chiffrées, le Conseil constitutionnel ayant fixé à 20% l'écart maximum entre la population d'une circonscription et celle de la population moyenne des circonscriptions départementales (décision 208 DC, cons. 23), et souhaité que le découpage résulte d'un « recensement récent » (décision 87-227 DC du 7 juillet 1987). Et plus récemment décision 2010-602 DC du 18 février 2010,

à cela dira-t-on, le Conseil pouvant, après tout, ne faire que tirer les conséquences des principes censés guidés ce que l'on nomme parfois la « démocratie représentative » dans laquelle, depuis sa théorisation par Kelsen⁴⁰, le principe majoritaire est constitutif de la démocratie et fait de la question de l'égalité devant le suffrage le point central de cette forme de gouvernement⁴¹. À ceci près que le respect de la règle va, pour le Conseil, épuiser le concept de représentation lui-même. *Exit* la dimension d'expression de la volonté nationale de la représentation qui constitue son cœur, c'est-à-dire son contenu, non seulement pour se concentrer sur les bases, mais pour croire et donner à croire que le concept de représentation ne doit être conçu qu'à travers ses bases et qu'il s'épuise en elles.

Le rôle du Conseil ne consiste plus, dès lors, qu'à opérer un « contrôle des écarts de représentation⁴² », lesquels ne sont plus que des écarts « démographiques⁴³ », censés contribuer à rendre une assemblée « vraiment représentative⁴⁴ ». Tout organe doit, dit-on, pour être « représentatif du territoire et de ses habitants dans le respect de l'article 3 de la Constitution », « être élu sur des bases essentiellement démographiques⁴⁵ ». C'est dès lors ce point qui mobilise l'attention lors des saisines du Conseil constitutionnel à l'occasion de toute réforme du mode de scrutin de n'importe quelle élection appelant détermination d'une circonscription qui ne serait pas nationale⁴⁶. C'est ce qui est censé constituer une « bonne » représentation,

Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés, cons. n° 13 : « Considérant qu'il résulte de ces dispositions que l'Assemblée nationale, désignée au suffrage universel direct, doit être élue sur des bases essentiellement démographiques selon une répartition des sièges de députés et une délimitation des circonscriptions législatives respectant au mieux l'égalité devant le suffrage ; que, si le législateur peut tenir compte d'impératifs d'intérêt général susceptibles d'atténuer la portée de cette règle fondamentale, il ne saurait le faire que dans une mesure limitée ».

⁴⁰ *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Economica, 1988, p. 57-67. Sur cette question, voir O. LEPSIUS, « Kelsen, théoricien de la démocratie », in O. JOUANJAN (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2010, p. 135-170.

⁴¹ Comme le remarque O. Jouanjan : « Autrement dit, écrit-il, si le principe majoritaire est constitutif de la démocratie, l'égalité des chances électorales doit assurer la condition de possibilité de formation d'une majorité nouvelle et donc la fluidité ou la dynamique inhérente elle aussi au système démocratique afin de protéger les minorités d'aujourd'hui et leur capacité à devenir majorité de demain. C'est seulement ainsi que le principe majoritaire peut ne pas devenir la loi statique du "plus fort". Et c'est la fonction essentielle qui doit revenir à la cour constitutionnelle telle que l'imagine Kelsen, en tant qu'organe régulateur de la démocratie (représentative) » (« Constitutionalisme, justice, justice constitutionnelle et représentation », art. cité, p. 47).

⁴² Selon l'expression de B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 249-251.

⁴³ Voir la décision 2000-438 DC du 10 janvier 2001, Loi organique destinée à améliorer l'équité des élections à l'Assemblée de la Polynésie française, *J.O.*, 7 janvier 2001, p. 784.

⁴⁴ Comme l'écrivait F. Luchaire, qui – mais ce n'est sans doute qu'un hasard – fut membre du Conseil constitutionnel, in « Débats » issu de la communication de S. RIALS, « Constitutionnalisme, souveraineté et représentation. La représentation continuité ou nécessité », in *La continuité constitutionnelle en France depuis 1789*, Aix-Marseille/Paris, PUAM/Economica, 1989, p. 73.

⁴⁵ Comme ce fut affirmé pour le Congrès de Nouvelle-Calédonie par le Conseil constitutionnel, voir décision 85-197 DC du 23 août 1985, *Rec.*, p. 70, cons. 35, et *GDCC*, *op. cit.*, n° 38, p. 641, *AJDA*, 1985, p. 604-614, note L. Hamon, *op. cit.*

⁴⁶ Voir par exemple la « Saisine du Conseil constitutionnel en date du 14 mars 2003 présentée par plus de soixante députés, en application de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, et visée

alors même que, du point de vue du contenu, il ne saurait y avoir de « bonne » ou « mauvaise » représentation, ni d'organe « vraiment » ou « pas vraiment » représentatif, puisque représenter, en droit constitutionnel, consiste en un processus invariable : donner, par imputation, une volonté à l'être fictif souverain qui ne peut qu'être toujours identique à elle-même du point de vue juridique, puisque le souverain n'existe qu'à travers cette volonté et que, première, elle précède et ne suit pas. La *représentation*, au sens de création de la volonté, ne peut donc manquer de *représentativité*, au sens de conformité à une réalité préexistante (et ce d'autant moins que les deux termes étaient parfaitement synonymes à l'origine), puisque précisément la volonté est *initiale*.

De proche en proche, pourtant, la notion de représentation, pas seulement certes mais notamment à cause de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, a fini par être déclinée sur cet unique thème : « Égalité devant le suffrage » et « contrôle de la représentation égale du suffrage » constituent l'essentiel de la « définition des principes de la représentation politique⁴⁷ » devant lui. C'est encore sur la seule équité du découpage électoral, accusé d'être tantôt obsolète, tantôt douteux car partisan, que portent désormais les observations régulières du Conseil constitutionnel en la matière⁴⁸, héritage de la volonté d'obtenir une « représentation politique aussi sincère que possible », conséquence directe du remplacement du contenu par les bases : la « représentation effective » est la prise en compte des territoires et des circonscriptions à partir des « bases essentiellement démographiques⁴⁹ ».

Finit par se dessiner une sorte de droit constitutionnel revu et corrigé par le Conseil constitutionnel, pure émanation de sa jurisprudence, dépourvu de toute dimension théorique, dans lequel on peine à reconnaître un quelconque sens juridique de la représentation politique à laquelle sa jurisprudence est pourtant censée

dans la décision n° 2003-468 DC » à propos de la loi 2003-327 relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques, *J.O.*, 12 avril 2003, p. 6497-6506.

⁴⁷ Voir D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 6^e éd., 2001, p. 335-352. Dans le même sens, voir B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 249-252.

⁴⁸ Ainsi qu'il l'avait fait savoir dans ses observations des 15 mai 2003 et 7 juillet 2005 dans lesquelles il met en cause, du fait du découpages de circonscriptions, des « disparités de représentation peu compatibles avec les dispositions combinées de l'article 6 de la Déclaration de 1789 et des articles 3 et 24 de la Constitution », voir les « Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives de juin 2002 », *J.O.*, 21 mai 2003, p. 8694, *Rec.*, p. 370, ainsi que celles sur les échéances électorales de 2007, *J.O.*, 8 juillet 2005, p. 11259, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19, 2005, p. 58-59, rappelées par le biais d'une conformité sous réserve lors de l'examen de la loi organique portant dispositions statutaires relatives à l'outre-mer (décision 2007-547 DC du 15 février 2007, cons. n° 7) comme de l'examen d'un recours contre le décret portant convocation des collèges électoraux pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale (décision 2007-589 du 24 avril 2007), et enfin de la Décision du 3 mai 2007 sur une requête présentée par M. Pascal Jan, cons. 3 (dont un commentaire est proposé dans *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23, p. 37-40) ou de ceux des protestations électorales introduites à l'occasion des élections législatives de 2007, voir *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, 2008, p. 35-37. Voir aussi la décision 2013-ELEC du 11 juillet 2013, Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 10 et 17 juin 2012 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2013/2013-26-elec/decision-n-2013-26-elec-du-11-juillet-2013.137642.html>].

⁴⁹ Voir notamment la décision du Conseil constitutionnel n° 2000-438 du 10 janvier 2001, préc.

rendre hommage. Le résultat ? Un couteau sans manche ni lame : une « représentation du peuple » sans représentation ni peuple, sans volonté souveraine et sans être à qui l'imputer, reposant uniquement sur les conditions techniques de son édicition. Les conséquences de cette absorption du contenu par les bases seront grandes pour le reste de sa jurisprudence qui, même si elle est antérieure à la formulation de la représentation de la nation ou de la réduction de la représentation aux bases, a pour point commun d'avoir électoralisé la représentation et donc de l'avoir vidé d'une partie de sa substance pourtant essentielle : son objet.

II. UNE REPRÉSENTATION RÉDUITE À LA SEULE ÉLECTION

On se bornera ici à prendre deux exemples particulièrement parlants de ce glissement : la jurisprudence du Conseil sur la représentation des collectivités territoriales par le Sénat (A) et celle sur l'élection des représentants français au Parlement européen (B).

A. La douteuse jurisprudence sur la « représentation des collectivités territoriales » par le Sénat

La confusion entre bases et contenu éclaire en effet d'un jour nouveau le sens de la représentation pour le Conseil constitutionnel : alors que l'objet de la représentation délestée de son caractère volitif n'est jamais précisément déterminé en ce qui concerne l'Assemblée nationale, puisque l'article 24 de la Constitution n'en dit rien, il est en revanche exposé pour le Sénat dans des termes qui se veulent dépourvus d'ambiguïté : assurer « la représentation des collectivités territoriales de la République » selon le même article 24 alinéa 3, fonction regardée comme « la raison d'être du bicamérisme républicain⁵⁰ ». Derrière une formule dont l'ambiguïté n'est plus même perçue, la substitution des bases au contenu atteint son sommet. Institutionnalisée par une disposition constitutionnelle, elle consacre l'existence d'une « représentation » qui n'a plus rien de législative. Elle laisse aussi dans l'ombre la seule question qui vaille du point de vue de la théorie de l'État : qu'est-ce que « représenter les collectivités territoriales » veut dire ? Or, en tant que législateur, le Sénat ne peut que *représenter* au sens juridique du terme, c'est-à-dire exprimer la volonté nationale, puisqu'il est, fût-ce dans les conditions inégales que l'on sait, législateur. Et si représenter est légiférer, comment le Sénat pourrait-il représenter autre chose que la volonté du peuple de la même manière – ensemble à dire vrai – que le fait l'Assemblée nationale ? Ne lui est en, en effet, pas seulement imputée la volonté, à leur en supposer une en tant que telle, des collectivités territoriales mais celle du peuple dont il exprime la volonté par la loi. La position du Conseil constitutionnel est pourtant sur ce point à nouveau très ambiguë : d'un côté, il souligne qu'« en sa qualité d'assemblée parlementaire le Sénat participe à l'exercice de la souveraineté nationale » (92-308 DC) que l'article 3 réserve pourtant aux seuls représentants du peuple ; de l'autre, il renonce à toute conceptualisation pour consacrer la représentation sénatoriale comme étant uniquement constituée à travers ses bases électorales en rattachant d'emblée cette fonction à sa seule

⁵⁰ P. JAN, *Les assemblées parlementaires françaises*, Paris, La documentation française, 2005, p. 21-26.

élection « par les collectivités territoriales ». La décision du Conseil constitutionnel 2000-431 DC du 6 juillet 2000 pose en effet de manière prétorienne que « le Sénat doit, dans la mesure où il assure la représentation des collectivités territoriales de la République, être élu par un corps électoral qui est lui-même l'émanation de ces collectivités » et que « par suite, ce corps électoral doit être essentiellement composé de membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales⁵¹ ». Tout en laissant entendre que les collectivités territoriales se réduisent à leur organe délibérant, et en ne sachant guère si c'est *parce qu'il est élu par un corps électoral qui en est l'émanation* qu'il les représente ou si c'est parce qu'il les représente *qu'il est élu par un corps électoral qui en est l'émanation*, le Conseil constitutionnel entérine l'idée que la représentation des collectivités territoriales par le Sénat ne peut se faire qu'« à travers les mode de désignation du Sénat⁵² », et son élection étudiée comme une modalité de représentation.

Faute de mise au point par le Conseil qui couperait court à tout débat – la fonction de représentation est indépendante de l'élection – et faute d'introduire la distinction entre les bases et le contenu, la fonction « représentative » sénatoriale posée sous le seul angle électoral ne peut que se faire insaisissable : en quoi consiste-t-elle ? À être élu par les collectivités territoriales ? À en exprimer la volonté ? À en représenter (pris au sens de défendre) les intérêts ? Mais comment alors l'articuler avec le sens juridique de la représentation ou l'idée, défendue par le Conseil, « d'unicité » du peuple et donc de l'expression de sa volonté ? La dissymétrie théorique des notions abordées est telle qu'elles deviennent proprement incompréhensibles. Elles ne seront guère éclaircies par les mises au point du Conseil constitutionnel qui se borne à consacrer les nouveaux dogmes.

Ainsi, à rebours de toute préoccupation touchant au contenu de la notion de représentation, seule la double dimension électoral et territoriale/démographique de la représentation, censée être un des aspects de la souveraineté du corps électoral, semblera digne d'intérêt et logiquement explicable pour le Conseil. C'est d'ailleurs elle qui, selon lui, doit guider les réformes électorales touchant le Sénat sur le même modèle que celles concernant l'Assemblée nationale, c'est-à-dire des bases

⁵¹ Considérant lui-même en partie issue du considérant 26 de la décision 92-308 DC et repris depuis, voir la décision 2005-529 DC du 15 décembre 2005, Loi organique modifiant les dates des renouvellements du Sénat. C'est essentiellement sur cette question que se font les saisines de Conseil constitutionnel par les parlementaires dans des termes extrêmement révélateurs consacrant le glissement de sens du concept, voir la saisine des sénateurs du 26 juin 2000, ainsi que le contradictoire avec le gouvernement visés dans la décision 2000-431 DC (*J.O.*, 11 juillet 2000, p. 13487-13490) et les saisines des 8 juillet et 9 juillet 2003 des députés et sénateurs visées dans la décision 2003-475 DC (*J.O.*, 31 juillet 2003, p. 13040 et 13044 ainsi que le contradictoire avec le gouvernement, p. 13048-13052).

⁵² Voir F. ROBBE, *La représentation des collectivités territoriales par le Sénat. Étude sur l'article 24 alinéa 3 de la Constitution du 24 octobre 1958*, Paris, LGDJ, 2001, p. 253-453. Et lorsque l'idée est contestée, c'est moins pour mettre au clair le concept constitutionnel de « représentation des collectivités territoriales par le Sénat » que pour considérer qu'une Chambre élue à 97% par les délégués des communes ne peut revendiquer le titre de représentant des collectivités territoriales dans leur ensemble (voir P.-E. SPITZ, « Loi relative à l'élection des sénateurs. Commentaire de la loi décision du 6 juillet 2000 », *RDP*, 2000, p. 1239-1256).

dites « essentiellement démographiques⁵³ ». Une réforme touchant la « représentation » ne peut qu'être une réforme visant à en « réduire les disparités⁵⁴ », entendue dans l'unique optique du déséquilibre démographique : en lui se résument les « règles fondamentales de la représentation politique⁵⁵ ». La question de la représentation est ramenée à une application du principe « d'égalité devant le suffrage ». Les inégalités ne peuvent être que de « représentation » entendue de nouveau au sens « démo-géographique » ou « démo-territorial » du terme (« représentation » dite démographique et territoriale)⁵⁶. Dans cette perspective, la représentation parlementaire d'un département est réputée assurée, aux yeux du même juge, du seul fait de « l'affectation » des sièges de sénateurs en fonction des seuils démographiques fixés par le législateur, nécessitant une mise en œuvre passablement complexe. La question de la représentation se délite dans celle de ses bases qu'elle est réputée résumer. Les caractéristiques géographiques et sociologiques épuisent la question uniquement envisagée sur le plan des modalités de recrutement. Les électeurs sont censés choisir ceux qui *les* représenteront et non ceux qui représenteront *la volonté du peuple*, formule désormais dépourvue de tout sens. Toutes les questions de détermination des bases équitables de la représentation vont se substituer à celle du contenu pour finir par l'évacuer presque complètement.

Les sénateurs ne sont plus représentants du fait que « leur volonté crée la loi », mais du fait du lien établi entre eux et les collectivités territoriales qu'ils sont dits « représenter ». Et si le Conseil constitutionnel a toujours considéré que les collectivités territoriales ne devaient pas être représentées en tant que catégorie globale, et non chacune « en tant que telle⁵⁷ », chaque collectivité ne pouvant avoir une

⁵³ Comme l'ont confirmé les décisions sur les réformes successives de l'élection des sénateurs en 2000 et 2003, n° 2000-431 DC du 6 juillet 2000, Loi relative à l'élection des sénateurs, *Rec.* p. 98, dans laquelle est évoquée la répartition démographique des sièges par département : « Considérant que les dispositions combinées de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et des articles 3 et 24 de la Constitution imposent au législateur de modifier la répartition par département des sièges de sénateurs pour tenir compte des évolutions de la population des collectivités territoriales dont le Sénat assure la représentation » (cons. n° 11), ainsi que la décision 2003-475 DC du 24 juillet 2003, Loi portant réforme de l'élection des sénateurs, *Rec.*, p. 400, qui reprend la même formule (cons. n° 5). Voir aussi les compléments d'information autorisés de J.-C. COLLIARD, « Le Conseil constitutionnel conseiller en matière électorale », in *Le processus électoral. Permanences et innovations*, Paris, Studyrama, 2006, p. 53-54, et du même, après le vote de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, « Le découpage électoral et la commission prévue à l'article 25 de la Constitution », *LPA*, n° spécial : *Actualité législative*, 19 décembre 2009, p. 42-46 ; J.-P. DUPRAT, « Le Parlement entre modernisation et attentisme (L'article 24 de la Constitution) », art. cité, p. 35-38.

⁵⁴ Voir CC, déc. n° 2003-476 DC du 24 juillet 2003, Loi organique portant réforme de la durée du mandat et de l'âge des sénateurs ainsi que de la composition du Sénat, *J.O.*, 31 juillet 2003, p. 13038.

⁵⁵ F. ROBBE, « Le Sénat à l'heure des demi-réformes », *RFDC*, 2003, p. 751.

⁵⁶ C'est ainsi que l'on souhaite pour lui une « représentation plus équitable des collectivités territoriales », comme l'appelle par exemple de ses vœux dans une approche caractéristique F. ROBBE, « Le Sénat à l'heure des demi-réformes », art. cité, p. 750 *sqq.*, et « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *Les petites affiches*, 19 octobre 2000, p. 10 (commentaire de la décision 2000-431 du 6 juillet 2000) ainsi que la même Chronique, *ibid.*, 5 juillet 2004, n° 133, p. 17 (commentaire de la décision 2003-475 DC du 24 juillet 2003).

⁵⁷ Voir CC, décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 précitée cons. n° 28, *GDCC*, *op. cit.*, n° 44.

représentation spécifique comme « sujet » de la représentation de même que l'individu l'est au sens des bases pour la première Chambre, il n'en considère pas moins que l'élection est seule considérée comme permettant de lui fournir sa qualité représentative : le collège électoral est regardé à la fois comme le sujet et comme l'objet de la représentation des collectivités locales.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel, loin, donc, d'être parvenue à saisir le concept, n'a fait qu'institutionnaliser la vulgate et les glissements de sens sur la représentation politique. Un phénomène similaire se constate pour la jurisprudence relative à l'élection au suffrage universel des membres du Parlement européen.

B. La position ambigüe sur l'élection des membres du Parlement européen et ses interprétations

La jurisprudence sur l'élection des députés européens est une nouvelle illustration de la dévitalisation du concept de représentation dans la jurisprudence du Conseil. Bien qu'antérieure aux autres décisions précitées, la décision 76-71 DC du 30 décembre 1976 *relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct* jette un nouveau trouble sur elle⁵⁸. Moins certes, cette fois, pour ce qu'elle dit, que pour la manière dont elle a été reçue et interprétée, même si cette interprétation n'est que la conséquence logique d'un déficit de conceptualisation originel. On sait en effet que le Conseil affirme que « la souveraineté qui est définie à l'article 3 de la Constitution de la République française, tant dans son fondement que dans son exercice, ne peut être que nationale et que seuls peuvent être regardés comme participant à l'exercice de cette souveraineté les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République⁵⁹ » ; que donc l'élection des membres d'une assemblée qui n'appartient pas à l'ordre institutionnel de la République française et qui ne participe pas à l'exercice de la souveraineté nationale n'est, en substance, pas contraire à la Constitution. On ne peut, de prime abord, là encore, qu'être d'accord avec lui s'il entend par là que seuls sont des représentants du peuple ceux qui participent à l'exercice de la souveraineté. Le problème est que comme il n'a jamais précisé en quoi représenter consistait et donc désigné ceux qu'il regardait comme des représentants du peuple, il laisse entendre non seulement qu'il *faut* mais qu'il *suffit* d'être élu dans le cadre des institutions de la République pour être représentant, en laissant la porte ouverte à toutes les interprétations, notamment celle qui voit dans l'élection, dès lors qu'elle désigne une instance « nationale », un moyen d'expression de la souveraineté.

⁵⁸ Décision 71 DC des 29 et 30 décembre 1976, *Rec.*, p. 15, et *GDCC*, 6^e éd., n° 25, p. 334, commentaire en partie repris de *Élection au suffrage universel direct des membres de l'assemblée européenne* (décision des 19 et 30 décembre 1976), *RDP*, 1977, en part., p. 149 *sqq.* « Considérant que la souveraineté qui est définie à l'article 3 de la Constitution de la République française, tant dans son fondement que dans son exercice *ne peut qu'être nationale* et que seuls peuvent être regardés comme participant à l'exercice de cette souveraineté les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République ».

⁵⁹ Décision n° 71 DC des 29 et 30 décembre 1976, dite « Assemblée européenne », *Rec.* p. 15 et *GDCC*, *op. cit.*, 6^e éd., p. 331 *sqq.*, avec références des notes et commentaires p. 331-332. Voir aussi la note de L. Hamon, *Dalloz*, 1977, p. 201 *sqq.* et le commentaire de J.-C. MASCLÉ, *Droit électoral*, Paris, PUF, 1989, p. 14. Sur le fondement de cette idée, voir G. VEDEL, « Les racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen », *Pouvoirs*, n° 2, 1977, p. 23-36.

C'est d'ailleurs sur ce fondement que ce considérant a été regardé comme « d'une importance doctrinale majeure⁶⁰ ». Si des commentaires qui en ont été faits ont conduit à la conclusion « que la qualité de représentant ne trouve pas un fondement suffisant dans le suffrage universel » et que, sur le plan du droit constitutionnel, la décision du Conseil confirme le fait qu'elle « se fonde essentiellement dans la rapport à la Nation : est représentant, celui que la Nation, seul titulaire de la souveraineté, désigne et investit du pouvoir de vouloir pour la Nation⁶¹ », ils ont aussi insisté sur la valeur d'expression souveraine que n'en conservait pas moins le suffrage universel aux yeux du Conseil et, surtout, sur le rôle de l'élection dans ce processus, dès lors qu'il se fait dans un *cadre géographique déterminé : celui de la nation* : « Ce n'est pas dire que le suffrage universel est sans importance, écrit en particulier D. Rousseau ; il marque le caractère plus ou moins démocratique de la représentation nationale, et le *Conseil fait d'ailleurs de l'élection, le moyen privilégié de l'expression contemporaine de la souveraineté nationale*⁶² ». Pour devenir une expression de la souveraineté nationale, l'acte électif supposé être une expression de souveraineté ne doit donc remplir qu'une condition : « s'inscrire dans le cadre des institutions de la République, c'est-à-dire pouvoir être imputé aux institutions reconnues par la Nation pour exprimer sa volonté⁶³ ». Mais l'ambiguïté demeure : qu'est-ce qui fait la reconnaissance de la capacité à vouloir pour la nation et donne donc la qualité de représentant ? Le lien avec l'exercice de la souveraineté, c'est-à-dire le vote de la loi, ou bien le fait d'être élu « par la nation », en son sein, laquelle, par l'élection, exprime sa volonté ? Bref la loi ou l'élection ?

En l'espèce, c'est d'abord parce qu'elle n'aurait pas été considérée comme « nationale » au sens géographique du terme que l'élection des membres du Parlement européen ne saurait être regardée comme mettant en cause l'exercice de la souveraineté tout aussi « nationale », non parce qu'une élection ne pourrait, en elle-même, en constituer une expression. Remarquable renversement du problème, car cela revient à considérer qu'à l'exception de la réserve en cause, le vote est intrinsèquement une manifestation de souveraineté, que donc n'importe quelle élection, pourvue qu'elle soit *nationale* – au double sens « d'échelon territorial » et de « nationalité » – doit être regardée, de ce seul fait, comme une expression de souveraineté. Une telle conception inclut non seulement les élections législatives, mais encore toute autre élection. On songe bien sûr à l'élection du président de la République au suffrage universel – même si le Conseil ne l'a encore jamais qualifié de « représentant du peuple » –, mais même aux élections locales. C'est d'ailleurs dans ces termes qu'a parfois été interprétée la décision 146-DC du 18 novembre 1982 dite *Quotas par sexe I* posant le principe que les élections locales étaient des élections « politiques⁶⁴ » : elles désigneraient, selon certains auteurs,

⁶⁰ Selon l'expression de D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 322.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Voir les *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12^e éd., n° 33 bis, considérants n° 6 et 7 : « 7. Considérant que du rapprochement de ces textes [article 3 de la Constitution et article 6 de la Déclaration des droits de l'homme] il résulte que la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu ; que ces principes de valeur constitutionnelle s'opposent à toute

d'identiques représentants du peuple, puisque toutes réalisées au suffrage universel⁶⁵, tirant littéralement un trait sur leur capacité à « vouloir pour la nation ». Même si ces interprétations ont pu dépasser ce que le Conseil voulait dire et qui n'était jamais, nous semble-t-il, pour la décision de 1982, que la volonté de faire bénéficier le suffrage local des mêmes protections que celles prévues au 3^e alinéa de l'article 3 de la Constitution – l'universalité, l'égalité et le secret du suffrage –, il n'en demeure pas moins que c'est le manque d'assise théorique de la jurisprudence du Conseil qui a permis pareils flottements qui produisent tous le même résultat : la méconnaissance du sens constitutif de la représentation.

*
**

Que conclure de cette mise en perspective critique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le concept de représentation politique ? Que pour lui, la représentation politique n'est pas une fiction constitutive du droit permettant de faire naître la volonté du souverain, mais forme un simple cadre à l'activité électorale au prix d'une considérable restriction de sens qui aplatit la notion. Peut-on d'ailleurs seulement considérer comme « théorie » la jurisprudence qui ne dit rien des conditions d'identification du sujet représenté et se borne à évoquer les modalités techniques du choix des représentants sans rien dire de l'objet de la représentation ni du processus de son élection ? La réponse est dans la question. Aussi sidérant que cela puisse paraître, et pour irrévérencieux que l'on soit perçu, il est possible d'affirmer que le Conseil ne dispose pas d'une théorie de la représentation ou plus exactement qu'il n'a pas conscience de ne pas en avoir ou de n'en traiter qu'un aspect, important mais secondaire au regard de la place centrale que tient la représentation politique dans la théorie juridique de l'État. Au point que l'on en vient à se poser une question : le Conseil constitutionnel qui, selon l'expression de L. Favoreu, est réputé avoir constitutionnalisé l'ensemble des branches du droit n'aurait-il pas aussi, dans le même temps, contribué à déconstitutionnaliser le droit constitutionnel ?

Bruno Daugeron

Professeur de droit public à l'Université Paris Descartes

division par catégories des électeurs ou des éligibles ; qu'il en est ainsi pour tout suffrage politique, notamment pour l'élection des conseillers municipaux ».

⁶⁵ Comme le soutient par exemple G. CHAVRIER, *Le pouvoir normatif local : enjeux et débats*, Paris, LGDJ, 2011, p. 47 : « Le Conseil constitutionnel devrait donc être regardé comme ayant reconnu la qualité de représentants aux conseils des collectivités en appliquant cet article, et en jugeant que l'élection des conseils municipaux constitue une "élection politique". Mieux encore, on devrait être convaincu de la qualité des élus locaux à la lecture de la décision 98-397 DC du 6 mars 1998, Loi relative au fonctionnement des conseils régionaux. Celle-ci ne peut être lue que comme leur ayant nécessairement reconnu la qualité de représentants ».

Le Conseil constitutionnel et le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire

Lors des discussions du projet de constitution devant l'Assemblée générale du Conseil d'État, à la fin du mois d'août 1958, René Cassin déclarait : « Il ne faut pas constitutionnaliser la séparation administrative et judiciaire » – il ajoutait, désignant la protection des libertés publiques par la juridiction administrative, « Il ne faut pas que nous ayons l'air de reculer dans ce qui est tout de même un de nos titres¹ ». Pourtant, l'article 66, alors en discussion, de la Constitution du 4 octobre 1958, lorsqu'il dispose : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. », énonce bien une règle relative à la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. Le fait que le Conseil constitutionnel n'avait nullement été prévu comme devant exercer un contrôle du respect par le Parlement de dispositions autres que les articles 34 et 37 avait conduit à ne pas attacher une importance particulière à ce point. C'est seulement le contrôle de la loi au regard de la liberté individuelle, à partir de la décision du 12 janvier 1977, loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales, qui ramènera l'attention sur cet aspect des choses. Ayant tenu pour secondaire, dans un premier temps, l'enjeu de compétence juridictionnelle attaché à la définition de la liberté individuelle, le Conseil constitutionnel ne tarda pas à reconsidérer la question et à opérer une réduction extrême du champ de la liberté individuelle et, partant, de la compétence judiciaire qui s'ensuit. Les controverses récentes sur le contrôle des mesures prises en vertu de l'état d'urgence ont conféré à ces querelles de compétence une actualité tardive mais très vive.

Le moment est peut-être venu de poser la question suivante : faut-il constitutionnaliser des règles régissant la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction ? Le Conseil d'État, Cassin le rappelait dans son allocution au seuil des débats sur le projet de constitution², s'est toujours fait gloire de devoir l'importance de son rôle non à des constitutions changeantes, mais à une tradition qui les

¹ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 3, Paris, La Documentation française, 1991, p. 388.

² Saisissant l'invocation, par Debré, des institutions britanniques et de leur souplesse, Cassin exalte « le Conseil d'État, presque millénaire, à peine nommé dans nos constitutions écrites, [qui] est devenu une institution consubstantielle à l'État français et presque coutumière. Il a une existence permanente qui survit à travers les régimes politiques divers et, à ce titre, il est appelé à rendre des services particuliers à l'État dans les périodes de crises interconstitutionnelles ou

surplombe. Il est ainsi resté à l'abri de la lumière constitutionnelle, l'existence même d'une juridiction administrative ne procédant pas directement de la Constitution. Il a reconnu implicitement que ses attributions juridictionnelles n'apparaissent pas dans le texte constitutionnel avant que la révision de 2008 les consacre, en refusant de considérer comme sérieuse la question prioritaire de constitutionnalité portant sur le cumul de fonctions administratives et contentieuses par le Conseil d'État. La décision relève qu'« il résulte des termes mêmes de la Constitution, et notamment de ses articles 37, 38, 39 et 61-1 tels qu'interprétés par le Conseil constitutionnel, que le Conseil d'État est simultanément chargé par la Constitution de l'exercice de fonctions administratives et placé au sommet de l'un des deux ordres de juridiction qu'elle reconnaît³ ». Le seul des articles cités – et il n'en est pas d'autre utilisable – qui se rapporte aux fonctions juridictionnelles du Conseil est l'article 61-1, qui résulte de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008.

Du fait du silence des textes constitutionnels antérieurs à 2008 sur la juridiction administrative, le Conseil constitutionnel a été contraint, dans sa décision du 22 juillet 1980⁴, de recourir aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République pour en consacrer l'indépendance, invoquant à cette fin la loi du 24 mai 1872. Ainsi, à l'indépendance de l'autorité judiciaire qu'énonce l'article 64 de la Constitution de 1958 répond celle de la juridiction administrative, *via* les principes fondamentaux. Aux termes de cette décision sont ainsi garantis non seulement l'indépendance des juridictions, mais encore « le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement ». La formule, qui ne brille pas par sa clarté, désigne sans doute possible, dans le contexte qui est celui de la décision, la spécificité de la fonction juridictionnelle par rapport aux autres fonctions de l'État⁵ et non celle des attributions dévolues respectivement à chaque ordre de juridiction.

La décision du 22 juillet 1980 signifie nécessairement la constitutionnalisation de l'un des traits structurels du système juridique français, c'est à savoir la dualité des ordres de juridiction. En additionnant les dispositions du titre VIII, intitulé « De

de troubles » (*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, op. cit.*, p. 284.)

³ CE 16 avril 2010, Association ALCALY et autres, req. 320667.

⁴ Contre toute logique, mais il y a là confirmation du peu de goût du Conseil d'État pour la consécration constitutionnelle de son statut, cette décision n'a pas été retenue pour figurer dans le recueil des Grands arrêts de la jurisprudence administrative - les auteurs de l'ouvrage n'y font figurer qu'une seule décision du Conseil constitutionnel, celle du 23 janvier 1987 dont il sera question plus loin. La décision de 1980 figure en revanche dans le recueil des Grandes décisions du Conseil constitutionnel.

⁵ Comme l'attestent les conséquences que la suite de la décision de 1980 tire de ces affirmations : « qu'ainsi, il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence » (nous soulignons). On est dans une logique de séparation des pouvoirs conçue comme une spécialisation fonctionnelle. Le Conseil veut ici sauvegarder la compétence des juridictions, prises dans leur ensemble, par rapport aux deux autres pouvoirs et non la compétence de chaque ordre de juridiction par rapport à l'autre.

l'autorité judiciaire », de la Constitution et l'existence désormais constitutionnellement garantie, elle aussi, d'une juridiction administrative⁶, on obtient bien le chiffre deux... Cette dualité implique-t-elle également la consécration du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires ? Tout dépend bien sûr du sens que l'on donne à cette expression. Si elle est synonyme de dualité juridictionnelle, on vient de le voir, la réponse est positive. Mais si elle comporte, par rapport à celle-ci, l'indication supplémentaire d'une interdiction faite aux tribunaux (judiciaires) de connaître sinon de tous les litiges auxquels l'Administration est partie⁷, du moins de ceux qui mettent en jeu ce qui fait sa spécificité, on est obligé de faire porter l'interrogation sur la répartition des compétences entre les deux ordres. C'est ainsi que l'entendait Georges Vedel, rapporteur devant le Conseil de la décision de 1987 dont il va être longuement question : le principe de séparation, déclarait-il, c'est « l'interdiction faite aux tribunaux de connaître des litiges administratifs ».

Abstraction faite, si tant est que ce soit possible, des controverses portant sur l'existence et l'identification du ou des principes qui la commandent, il convient alors de s'interroger sur le statut de la séparation, que les décisions *Rotschild* et *Blanco* ont utilisée pour poser l'existence d'un droit public substantiellement différent du droit privé (celle-ci est justifiée par la spécificité des données du litige, qui commande celle du droit applicable par une juridiction particulière à l'Administration, grâce à l'établissement d'une liaison de la compétence et du fond). La décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987, loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence⁸, commence par énoncer :

les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle

... avant de constitutionnaliser aussitôt, on y reviendra, un pan majeur de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs ».

Revenons un instant sur la première proposition, celle qui se rapporte au principe de séparation lui-même. On persiste à se demander pourquoi il n'a pas valeur constitutionnelle, tant il est central dans la conception française d'un statut spécifique fait au pouvoir, soustrait, dans ses manifestations les plus importantes, aux juridictions de droit commun et, partant, à ce droit commun, étant observé que les contours exacts de cette soustraction ont toujours été définis par la jurisprudence du juge des conflits, du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Que le principe de séparation ne procède pas logiquement, selon les démonstrations rigoureuses

⁶ Voir notamment les conséquences qu'en tire le commissaire du gouvernement Patrick Frydman dans ses conclusions sur CE Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, p. 190, quant à la possibilité, désormais, pour le juge administratif, de laisser inappliquée une loi incompatible avec les dispositions d'un traité international.

⁷ On sait qu'une définition aussi large du contentieux soustrait aux tribunaux (judiciaires) n'a jamais eu cours en France, en dépit de la simplification qui s'ensuivrait.

⁸ M. LONG *e. a.* (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20^e éd., Paris, Dalloz, 2015, p. 588 ; P. GAÏA *e. a.* (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 18^e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 60 et les références citées.

qui ont été faites⁹, des textes législatifs mentionnés par le Conseil, mais seulement de l'interprétation qui en a été donnée n'est probablement pas l'explication de la décision. Il eût été facile de trouver dans la formule vague du décret du 16 fructidor an III, soit d'une loi de la République¹⁰ (« Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient »), l'élément à partir duquel induire l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. La réitération d'une règle d'abord posée par une loi de la monarchie plaide d'ailleurs en ce sens, dans la mesure précisément où elle atteste une continuité assumée par la République, y compris avec l'édit de Saint-Germain de 1641. La combinaison de la loi du 24 mai 1872 avec le décret de fructidor eût de surcroît assuré une continuité avec la décision du 22 juillet 1980 : de la soustraction aux tribunaux des litiges administratifs ne procède plus, depuis 1872, un déni de justice, mais seulement la soumission desdits litiges à un ordre de juridiction spécifique. Mais la phrase précitée de la décision de 1987 ressemble fort à une dénégation : ou bien la répartition des compétences entre les deux ordres n'est pas régie par la Constitution, et le Conseil pouvait se contenter de la consécration, faite en 1980, de l'existence de deux ordres indépendants, ou bien elle est, totalement ou partiellement, assujettie à de telles normes, et il est contradictoire de refuser la constitutionnalisation du principe de séparation pour ensuite la déplacer vers des éléments de celui-ci.

Toujours est-il qu'on aboutit aujourd'hui à ce paradoxe que là où la Constitution affecte explicitement la répartition des compétences, en son article 66, le Conseil donne aujourd'hui à cette disposition une interprétation aussi restrictive que possible, alors que là où la Constitution est muette, il entend obvier à ce silence en ayant recours aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, afin de promouvoir des solutions fragiles dans leur fondement et imprécises dans leurs implications.

I. LE CHAMP DE L'ARTICLE 66 DE LA CONSTITUTION : DE L'EXPANSION AU RE-PLI

L'interprétation par le Conseil constitutionnel de l'article 66 appelle irrésistiblement une citation : « Le flux les apporta, le reflux les remporte¹¹ »...

Genèse

Il faut rappeler d'abord l'existence de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, Belle au Bois dormant et Cendrillon tout à la fois de notre histoire constitutionnelle. Destinée à rassurer les républicains inquiets des conditions du retour au pouvoir du général de Gaulle, elle fixait les principes que devait mettre en œuvre, dans le texte constitutionnel qu'il avait mission d'élaborer et de soumettre aux suffrages des Français, le Gouvernement investi le 1^{er} juin 1958 et notamment celui-ci :

⁹ Voir notamment M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1973, et J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ, 1970.

¹⁰ Le terme « décret » ne doit pas induire en erreur : c'est bien d'un texte de valeur législative qu'il s'agit, comme l'a clairement rappelé Jean-Louis Mestre (J.-L. MESTRE, « La nature législative du décret du 16 fructidor an III », *RFDA*, vol. 28, n° 5, septembre-octobre 2012, p. 915).

¹¹ P. CORNEILLE, *Le Cid*, acte IV, scène III.

4° L'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère.

Son invocation, sous forme de principe servant à l'interprétation de la Constitution rédigée conformément aux prescriptions qu'elle comportait, eût permis des recompositions extrêmement subversives. Prise à la lettre, elle impliquait une forte remise en cause de l'étendue de la compétence de la juridiction administrative : elle revenait à constitutionnaliser la théorie de la voie de fait, bien au-delà de ses conditions restrictives tenant à la gravité de l'illégalité de l'acte attentatoire aux libertés fondamentales.

D'emblée, c'est-à-dire avant même la rédaction de la Constitution de 1958, cette liaison apparente entre le juge judiciaire et les libertés constitutionnelles fut démentie, le 4^e point de la loi constitutionnelle étant réduit à un message politique que l'on pourrait énoncer ainsi : le Général ne portera pas la main sur les libertés, dormez tranquilles, républicains (on ne parlait pas encore de « droits de l'homme »)¹². Toujours est-il que nul, durant l'élaboration de la Constitution ensuite soumise au peuple français, ne s'est élevé pour réclamer le respect de la dévolution de compétence en matière de libertés qu'eût emportée la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 prise à la lettre : nul n'entendait démolir l'échafaudage des constructions prétoriennes en la matière.

Mais l'article 66 actuel ? Rappelons que son texte – « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi » – est dû à une initiative de Marcel Waline devant le Comité consultatif constitutionnel¹³. Le 13 août 1958, il suggère l'amendement suivant au préambule de la Constitution : « Aucun citoyen ne peut être arrêté ni détenu sans être présenté dans les vingt-quatre heures au juge d'instruction du lieu de la détention, qui peut ordonner la mise en liberté immédiate¹⁴ », mettant en avant le caractère « tout de même auto-

¹² Pierre Pflimlin, alors membre du Gouvernement, décrivait ainsi le 4^e principe posé par le projet : « indépendance du pouvoir judiciaire, avec référence au Préambule de la Constitution de 1946 et à la Déclaration des droits de l'homme. » (« Procès-verbal de la Commission du suffrage universel de l'Assemblée nationale du 1^{er} juin 1958 », in *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 1, Paris, La Documentation française, 1987, p. 142). La citation de Pflimlin indique clairement que proclamation de l'indépendance du juge judiciaire et référence aux libertés consacrées sont conçues comme deux choses distinctes. Il s'agit de la seule mise au point qu'ait suscitée cette disposition, si l'on excepte l'objection faite par Pierre-Henri Teitgen à l'expression « pouvoir judiciaire » qu'utilisait le projet de loi constitutionnelle – il y voyait une habilitation donnée au juge de contrôler la constitutionnalité des lois (*Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, op. cit., p. 148).

¹³ Dans ses Observations sur l'avant-projet de Constitution du 29 juillet 1958, François Luchaire notait déjà : « La Constitution mérite d'être complétée sur plusieurs points. 1) Il serait utile d'insérer dans la Constitution une formule d'*habeas corpus* qui permettrait à n'importe quel magistrat du siège d'exiger la présentation devant lui de toute personne arrêtée » (*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, op. cit., p. 537).

¹⁴ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, op. cit., vol. 2, p. 447 (on omet les remarque – « vous voulez vraiment mettre cela dans le préambule ? » – et interruptions du président, Paul Reynaud).

ritaire » du régime mis en place et suggérant qu'il pourrait s'agir d'un bon argument lors de la campagne référendaire à venir. Marcel Waline souhaitait marquer dès le début du texte « le caractère résolument libéral de la nouvelle Constitution » – on verra que Michel Debré s'emparera de l'argument. À l'objection tirée des risques de voir s'ouvrir une discussion interminable sur les ajouts à faire au Préambule, Léon Noël répond par la proposition que la proclamation de l'*habeas corpus* figure dans le titre « de la Justice » et non dans le Préambule. Pierre Marcilhacy soutient l'amendement Waline, en proposant d'en élargir la portée, mais le commissaire du Gouvernement, Janot, s'inquiète du délai de vingt-quatre heures que comporte le texte et met en avant la loi sur les pouvoirs spéciaux en Algérie qui serait contraire à cette exigence. Protestant contre une tentative de contourner son amendement, Marcel Waline obtient un vote favorable à son principe, mais accepte que le texte passe dans le titre VIII consacré à la magistrature. Paul Reynaud, qui présidait le Comité, visiblement hostile à cette proposition, décide que la discussion sur la rédaction aura lieu lors de l'examen de ce titre. Finalement, cette discussion n'aura pas lieu, Waline se voyant avec désinvolture invité à prendre contact avec le secrétaire général (Jean Mamert) pour régler la question¹⁵... Finalement, les propositions de modifications adressées au Gouvernement ne feront pas mention de ce point¹⁶, mais l'annexe 2, intitulée « Observations et suggestions non retenues par le Comité consultatif constitutionnel » porte : « Certains membres du Comité ont émis le souhait que soit insérée, soit dans le Préambule, soit dans la Constitution elle-même, une disposition dite d'*habeas corpus*. Le Comité a envisagé favorablement le principe d'une telle disposition¹⁷. » Ensuite, le choix proposé au Conseil interministériel du 19 août 1958 comporte la brève mention « Art. 62 bis – Habeas corpus¹⁸ » et ce Conseil adopte le même jour un article portant ce numéro et disposant : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. La loi détermine les conditions qui permettent à l'autorité judiciaire d'assurer le respect de cette règle¹⁹. » C'est le texte qui sera transmis au Conseil d'État le 21 août.

Lors de la discussion devant la Commission constitutionnelle du Conseil d'État, il sera affirmé que c'est le Gouvernement qui a tenu à ce texte, sur suggestion du Comité consultatif constitutionnel. Le commissaire du Gouvernement, Raymond Janot, montre clairement sa réticence, soucieux qu'il est de ne pas rendre inconstitutionnelles les dispositions de la loi sur les pouvoirs spéciaux du Gouvernement en Algérie : il qualifie le texte de « panneau-réclame » dont il ne voit pas l'utilité et qu'il impute aux « scrupules qui émanent de différents professeurs de droit qui se sont manifestés », tout en dénonçant « un débat assez confus dont rien n'est sorti²⁰ ». Le président Cassin préfère insister sur l'indépendance des juges et pose

¹⁵ 14 août 1958 (*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, op. cit.*, p. 551).

¹⁶ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, op. cit.*, p. 599.

¹⁷ *Ibid.*, p. 617.

¹⁸ *Ibid.*, p. 633.

¹⁹ *Ibid.*, p. 653.

²⁰ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, vol. 3, Paris, La Documentation Française, p. 169.*

« qu'un des moyens les plus évidents pour les magistrats de montrer leur indépendance est d'assurer les garanties de la liberté individuelle²¹ », avant que la rédaction actuelle de l'article 66 soit adoptée, ainsi saluée par Cassin : « Nous suivons de près le texte du Gouvernement en lui donnant un peu plus de vigueur²² ».

Ce texte, Michel Debré le présente ainsi à l'Assemblée générale :

le gouvernement du général de Gaulle a voulu, pour affirmer la légitimité libérale de la France, aller plus loin qu'on ne l'a fait jusqu'à présent. Après le rappel du principe – nul ne peut être arbitrairement détenu – il donne compétence à la seule justice pour l'appliquer, et renvoie à la loi. Cette loi sera préparée et promulguée en des termes qui essaieront de combiner les exigences fondamentales des droits individuels et les droits de l'État, et d'assurer la sécurité de la nation comme celle des citoyens. Nous pourrions, à cet égard, faire mieux encore que le droit anglo-saxon²³.

Mais la discussion en Assemblée générale marque le refus de certains (en particulier Delvolvé) d'interdire les internements administratifs, ce qui donne lieu à cette ferme mise au point de Cassin :

c'est cela l'autorité judiciaire ; c'est l'indépendance. Et, ensuite, elle a pour mission de faire respecter l'interdiction d'internement arbitraire. On met sous la surveillance de l'autorité judiciaire la manière dont même les internements administratifs doivent être ordonnés [...] ²⁴.

Le président Latournerie intervient alors pour indiquer sa réticence de principe. Il estime que l'idée selon laquelle « l'autorité judiciaire est gardienne des libertés individuelles [on remarquera le pluriel] » n'est que partiellement exacte et ramène à un temps où il n'y avait pas de juridiction administrative. Puis, il insiste sur le fait que sont en cause « des actes administratifs qui relèvent de la juridiction administrative » et indique que

Si ce texte était voté tel qu'il est, il en résulterait qu'on ne pourrait légalement confier à la juridiction administrative la vérification de la régularité des détentions. Si c'est cela que l'on veut faire, je considérerais que c'est une catastrophe. L'autorité judiciaire a les plus grandes qualités, chacun les connaît. Mais quand il s'agit de l'appréciation d'un acte administratif, il y a une juridiction qui a été précisément faite pour apprécier cette légalité, parce que ces actes se présentent sous une forme particulière, dans une conjoncture particulière, avec des fins particulières et devant un juge particulier²⁵.

Ces observations préfigurent l'entier domaine de la présente contribution et donne lieu à une mise au point du rapporteur général, Deschamps, qui, une fois encore, marque une mauvaise humeur évidente par rapport à ce texte – les professeurs de droit sont décidément des gens impossibles et il arrive même que le gouvernement les suive ! S'ensuit une discussion à vrai dire assez confuse et marquée par un fort désir, chez certains de ceux qui y participent, de sauvegarder en toute hypothèse la

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 1, *op. cit.*, p. 268.

²⁴ *Ibid.*, p. 383.

²⁵ *Ibid.*, p. 384.

possibilité d'internements administratifs. La crainte que ce texte conduise à une prise en charge par l'autorité judiciaire de « tout le contentieux de l'internement administratif » (Périer de Féral), voire à des solutions plus extrêmes encore²⁶, conduit Cassin à suggérer de distinguer la compétence judiciaire pour enjoindre de libérer un détenu et celle qui resterait à la juridiction administrative pour annuler les actes illégaux qui auraient été pris par l'Administration. Cela se terminera par la rédaction, à l'initiative de Marcel Martin, d'un texte évitant de mentionner la seule intervention de l'autorité judiciaire :

L'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle. Nul ne peut être arbitrairement détenu. Les juridictions judiciaires et les juridictions administratives assurent, chacune en ce qui les concerne, le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi²⁷.

Le Gouvernement ne tiendra aucun compte de cette suggestion et fera disparaître de l'actuel article 66 toute mention de la juridiction administrative. Cela traduit à l'évidence un choix quant à la répartition des compétences entre les deux ordres et oblige à distinguer rigoureusement la protection de la liberté individuelle, réservée à l'autorité judiciaire par cette disposition, et celle des libertés publiques ou des libertés individuelles qui recourent un domaine beaucoup plus large, non affecté par l'attribution de compétence opérée par l'article 66 – de nombreux étudiants ont été victimes de conséquences négatives, du point de vue de leur notation, liées à cette confusion, qui n'épargne d'ailleurs guère des juristes patentés mais insuffisamment attentifs ou rigoureux...

Expansions et rétractions

Il restait à interpréter l'article 66 de la Constitution. Du titre constitutionnel établissant la compétence de l'autorité judiciaire, le Conseil constitutionnel va donner une interprétation d'abord très large, puis extrêmement restrictive, manifestant ainsi spectaculairement une propension aux revirements non motivés qui est une de ses caractéristiques les plus déplorables.

La décision du 12 janvier 1977, loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales, dite « fouille des véhicules²⁸ », est l'une de celles qui ont contribué à asseoir l'image du Conseil constitutionnel comme gardien des libertés et à établir la confiance de la gauche dans l'institution. On y lit d'abord que

la liberté individuelle constitue l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et proclamés par le Préambule de la Constitution de 1946, confirmé par le Préambule de la Constitution de 1958 ; Considérant que l'article 66 de la Constitution, en réaffirmant ce principe, en confie la garde à l'autorité judiciaire.

Étrange formulation ! Quel besoin y avait-il de faire appel aux principes fondamentaux pour fonder une liberté qui est la seule que l'un des articles de la Constitution de 1958 consacre expressément ? Il est illogique de considérer que le texte de la

²⁶ Lorsque Marcel Martin suggère, en un lapsus, « l'autorité judiciaire est gardienne des libertés publiques », l'Assemblée s'écrie : « Non ! Non ! » (*ibid.*, p. 387).

²⁷ *Ibid.*, p. 388. Dans sa version finale, la proposition du Conseil d'État mentionnera « les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs » (*ibid.*, p. 523).

²⁸ P. GAÏA *e. a.* (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 432.

Constitution *réaffirme* quelque principe que ce soit, sauf à considérer que ses dispositions novatrices devraient se voir attribuer une autorité moindre, ce qui serait absurde : l'énonciation à laquelle les auteurs de la Constitution procèdent est indivisible. La formule, que l'on doit au rapporteur, Paul Coste-Floret, et qui n'a fait l'objet d'aucune discussion en séance, traduit l'engouement du Conseil des années 1970 pour les principes fondamentaux qui avaient permis son essor. On peut remarquer que la dissociation entre principe fondamental et article 66 permet au Conseil d'insister sur l'attribution de compétence par le second à l'autorité judiciaire²⁹ : tout rattachement d'une liberté à la liberté individuelle emporte nécessairement la compétence de l'autorité judiciaire qui a la garde de cette dernière.

C'est ce qui, précisément, a entraîné quelques incertitudes dans l'interprétation de la décision de 1977 : il était constant que n'était en cause ni une arrestation (à la rigueur pouvait-on l'évoquer pour caractériser l'opération précédant immédiatement la fouille du véhicule) ni une détention, mais de quoi s'agissait-il au juste ? L'« atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle » que censure la décision était caractérisée par l'étendue des pouvoirs conférés aux autorités de police judiciaire et à leurs agents, par l'excessive généralité des cas dans lesquels ces pouvoirs pouvaient s'exercer et par l'imprécision de la portée des contrôles auxquels ils seraient susceptibles de donner lieu, bref par un manquement aux exigences de ce que la Cour européenne des droits appelle la prééminence du droit et le Conseil constitutionnel, à sa suite, la garantie des droits, et non par l'objet de la restriction autorisée. L'explication la plus couramment retenue à l'époque était que la protection de la vie privée, ou au moins de certains éléments de celle-ci, avaient été rattachée à la liberté individuelle. Le rapport de Coste-Flore n'analyse pas très longuement cette question, mais la place sur le terrain de l'inviolabilité du domicile, alors même que la disposition législative déferée prenait soin d'exclure de son champ d'application la visite des « caravanes, roulotte, maisons mobiles ou transportables et des véhicules aménagés pour le séjour » en stationnement et utilisés comme résidence effective ». Le rapporteur se fondait sur un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 26 février 1963³⁰ retenant une conception extensive du domicile pour conclure qu'il y avait lieu d'assimiler en toute hypothèse domicile et véhicule. Ce point n'a donné lieu à aucune discussion en séance, la plupart des intervenants s'accordant à estimer que le législateur était allé trop loin et qu'il y avait une atteinte à la liberté individuelle qu'il convenait de censurer³¹.

²⁹ Sans pour autant que l'on puisse en tirer l'explication que la garantie substantielle, la liberté individuelle, serait issue de la tradition républicaine, tandis que la garantie procédurale, la compétence judiciaire, daterait de 1958 : les deux éléments sont indissociables.

³⁰ *Bulletin des arrêts de la chambre criminelle*, n° 92, 1963 [<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007055205&fastRe-qlId=1537072272&fastPos=1>]. S'agissant de l'intrusion d'un particulier dans une chambre, la Cour de cassation avait jugé que « le terme de domicile ne signifie pas seulement le lieu où une personne a son principal établissement, mais encore, comme en l'espèce, le lieu où, qu'elle y habite ou non, elle a le droit de se dire chez elle, quel que soit le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux ».

³¹ Insistant sur le fait que deux des membres du Conseil constitutionnel siégeant dans cette affaire avaient exercé les fonctions de ministre de l'Intérieur, Roger Frey déclarait qu'ils avaient pu « constater que l'administration a toujours dans ses cartons d'innombrables textes de circonstances qui, en fait, ne servent à rien et dont l'adoption serait lourde de dangers ». Il ajoutait :

Cette décision inaugurerait une interprétation large de la liberté individuelle, ajoutant à l'interdiction des détentions arbitraires expressément édictée la protection de la vie privée et la sauvegarde de l'inviolabilité du domicile³². Mais le lien que l'article 66 de la Constitution oblige à faire entre expansion de la liberté individuelle et élargissement de la compétence judiciaire allait non seulement freiner ce mouvement, mais encore en provoquer le reflux, jusqu'à ramener cette notion à sa stricte acception originaires : le droit à la liberté et à la sûreté (pour le dire dans les termes de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme).

C'est l'invention de la notion de liberté personnelle qui marquera le premier temps de cette rétraction de la liberté individuelle. Surgie de nulle part, le Conseil se bornant à affirmer sa valeur constitutionnelle sans indiquer, même allusivement son fondement, ni du reste sa consistance, celle-ci permet la reconnaissance constitutionnelle de libertés sans avoir à passer par la liberté individuelle et ses contraintes en termes de compétence juridictionnelle. M. Genevois écrit ainsi de la liberté personnelle qu'il s'agit d'« un concept distinct de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution³³ ». On peut gloser sur cette formule : il s'agit de la liberté de l'individu de disposer de sa personne et de se soustraire aux entreprises d'autrui, collectivités publiques incluses – on dirait de la liberté individuelle si ne s'ensuivait pas de cette qualification une compétence judiciaire que l'on désire précisément éviter³⁴. C'est la notion de liberté personnelle qui accueille désormais des éléments qui naguère eussent relevé de la liberté individuelle, comme l'attestent les décisions du 25 juillet 1991, loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 (les conditions d'exploitation des données collectées par le « Système d'information Schengen » sont jugées « à même d'assurer le respect de la liberté personnelle ») et du 20 janvier 1993, loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (le droit accordé au service central de prévention de la corruption d'obtenir communication de tout document et de procéder à la convocation des personnes est jugé attentatoire à la liberté personnelle – mais d'autres passages de la même décision placent la protection des données personnelles contenues dans des fichiers sous le signe de la liberté individuelle, de sorte que les choses deviennent particulièrement obscures). En effet, cette montée en puissance de la liberté personnelle n'oblitére pas pour autant, à cette époque, la liberté individuelle. En témoigne ainsi la décision des 12 et 13 août 1993, loi relative à la maîtrise de l'immigration, qui énonce que la loi doit respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le ter-

« Il n'y a pas de mois où l'on ne propose à un ministre de l'Intérieur un texte limitant la liberté au motif qu'il faciliterait l'action de la police ». Rien de nouveau sous le soleil, on le voit, sinon la complaisance désormais des ministres de l'Intérieur à ce type de demandes... Ces enseignements tirés de l'expérience ministérielle sont complétés par l'affirmation suivante : « La mission du Conseil constitutionnel apparaît de plus en plus comme étant de protéger les libertés individuelles et les libertés publiques » – on remarquera et le pluriel et la dissociation.

³² Voir notamment P. WACHSMANN, « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1, janvier-mars 1988, p. 1 [http://data.decacolog.net/enap1/liens/fonds/REVUE_SCIENCE_CRIMINELLE_1_1988.pdf].

³³ *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. V, 1989, p. 503.

³⁴ On en trouvera la démonstration détaillée dans la thèse de Gilles Armand, *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle*, soutenue à Caen en 2000.

ritoire de la République, parmi lesquels « la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d’aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ». La décision juge en conséquence qu’en subordonnant à des restrictions préalables la célébration du mariage, la loi sous examen avait méconnu « le principe de la liberté du mariage qui est une des composantes de la liberté individuelle ». De tels corollaires ramènent à la logique qui était celle de la décision de 1977, peu important la compétence de l’autorité judiciaire qui en résulte nécessairement.

Mais la réduction de la notion de liberté individuelle allait connaître un second temps, celui du recours aux articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 comme impliquant un principe général de liberté au profit de l’individu, qu’il y ait lieu ou non de passer par l’appel à la liberté personnelle³⁵. Le résultat sera radical, au point de « sortir » de la liberté individuelle tout ce qui ne relève pas du droit à la sûreté strictement entendu. Seul subsiste alors, de l’article 66 ce que Marcel Waline avait entendu consacrer : l’*habeas corpus*, soit l’obligation de présenter rapidement à un juge *judiciaire* toute personne privée de sa liberté, c’est-à-dire détenue. Tout le reste – ce qui est en deçà (la privation de liberté initiale, soit celle qui n’excède pas un certain délai, d’ailleurs variable en fonction des motifs qui ont conduit les autorités à décider ladite privation de liberté, et aussi les atteintes à la liberté d’aller et venir dont l’effet ne peut s’analyser en une atteinte au droit à la liberté et à la sûreté, comme les assignations à résidence) et ce qui est au-delà (les suppléments, pourrait-on dire, au droit de n’être pas arrêté ou détenu arbitrairement, qu’ils se rattachent ou non à la liberté personnelle, procèdent directement des articles 2 et 4 de la Déclaration) – relève, notamment lorsqu’est en cause la légalité d’une décision prise par une autorité administrative, de la compétence de la juridiction administrative.

Le désordre affectant la protection de la vie privée, rattachée tantôt à la liberté individuelle, tantôt à la liberté personnelle³⁶ ne pouvait continuer sans abîmer gravement l’image du Conseil constitutionnel. La décision du 23 juillet 1999, loi portant création d’une couverture maladie universelle, procède à une remise en ordre consistant à rattacher désormais le respect de la vie privée à l’article 2 de la Déclaration de 1789 (« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l’oppression. »). Cette référence comporte une différence faite entre la liberté et la sûreté : si la seconde est mise en œuvre à l’article 66 de la Constitution qui en confie la sauvegarde à l’autorité judiciaire, la première ne comporte par elle-même aucune détermination de l’ordre de juridiction compétent. La

³⁵ La décision du 27 juillet 1994 sur les lois relatives à la bioéthique (P. GAÏA *e. a.* (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 505) va même plus loin, lorsqu’elle énonce que « la liberté individuelle est proclamée par les articles 1^{er}, 2 et 4 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen » : elle semble faire procéder des articles les plus généraux de la Déclaration la liberté individuelle elle-même, réduisant ainsi à nouveau l’article 66 à un rôle de confirmation (non plus des principes fondamentaux, comme en 1977, mais des articles liminaires de la Déclaration). Cette affirmation est restée isolée.

³⁶ Voir la décision précitée du 20 janvier 1993 et aussi de 18 janvier 1995, loi d’orientation et de programmation relative à la sécurité et du 22 avril 1997, loi portant diverses dispositions relatives à l’immigration, incluant la vie privée dans la liberté individuelle versus du 29 décembre 1998, loi de finances pour 1999, distinguant protection de la vie privée et liberté individuelle.

jurisprudence est désormais constante sur ce point³⁷, mettant un point final à l'expansion de la liberté individuelle.

Le sort de la liberté du mariage sera semblable : la décision du 20 novembre 2003, loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité fait de la liberté du mariage une « composante de la liberté personnelle, protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 ». À l'article 2 de la Déclaration s'ajoute donc l'article 4 (« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. »), sans qu'il soit possible de comprendre ce qui justifie une double référence. On peut conclure que, aux yeux du Conseil, les deux dispositions, ensemble ou séparément, consacrent un principe général de liberté dont il lui est loisible de mettre en lumière tel ou tel aspect. La décision du 27 juin 2001, loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, dite IVG 2³⁸, utilise les mots « la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » pour caractériser la liberté de la femme de décider de ne pas mener la grossesse jusqu'à son terme, laquelle semble devoir relever de la liberté personnelle, quand bien même le terme n'était pas utilisé. On a vu que la décision du 20 novembre 2003 précise, à propos de la liberté du mariage qui lui est rattachée, que la liberté personnelle découle des articles 2 et 4 de la Déclaration, accentuant encore l'incertitude, pour ne pas dire la confusion, quant au fondement exact de ces libertés. La seule chose qui est désormais certaine est qu'il ne s'agit plus de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution.

Quant à la liberté d'aller et venir, jadis qualifiée de « principe de valeur constitutionnelle » (12 juillet 1979, loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales et départementales), puis considérée comme un corollaire de la liberté individuelle, elle est désormais protégée, elle aussi, par les articles 2 et 4 de la Déclaration, toujours en contraste avec la liberté individuelle inscrite à l'article 66 de la Constitution (décisions du 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC et du 10 mars 2011, loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure). L'inviolabilité du domicile suivra le même sort, ainsi que le secret des correspondances, comme l'indique nettement la décision du 23 juillet 2015, loi relative au renseignement.

Les éléments qui, dans un premier temps, avaient été attirés dans la notion de liberté individuelle n'en relèvent plus. En conséquence, leur protection cesse de relever de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire appelée par l'article 66 de la Constitution.

La liberté individuelle aujourd'hui

Qu'implique alors cet article ? Il exige « que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire », ainsi que l'énonce la décision

³⁷ Voir ainsi 22 mars 2012, loi relative à la protection de l'identité ; 10 mars 2011, loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure. L'article 4 de la Déclaration est, semble-t-il, appelé en renfort dans la décision du 23 juillet 2015, loi relative au renseignement.

³⁸ P. GAÏA *e. a.* (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 199.

du 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC. Mais il ne s'ensuit nullement, comme l'indique la même décision, l'interdiction de priver une personne de sa liberté sans intervention *préalable* de cette autorité (lorsque les visites domiciliaires se rattachent à la liberté individuelle, le Conseil constitutionnel exigeait avant tout que les opérations soient placées sous son contrôle effectif : « l'intervention de l'autorité judiciaire doit être prévue pour conserver à celle-ci toute la responsabilité et tout le pouvoir de contrôle qui lui reviennent », énonçait la décision du 29 décembre 1983, loi de finances pour 1984³⁹). L'objet essentiel de l'intervention du juge judiciaire est aujourd'hui de décider si une privation de liberté peut ou non *se prolonger*. Le délai dans lequel cette intervention doit être prévue par la loi varie selon les raisons qui ont conduit à décider de la privation de liberté. Dans le cadre d'une procédure pénale, la garde à vue de droit commun peut être prolongée par décision du procureur de la République, le Conseil constitutionnel ayant ici égard à sa qualité de magistrat, compte tenu du fait que la privation de liberté revêt une durée limitée à 48 heures, tandis que l'intervention d'un magistrat du siège est requise dès lors qu'il s'agit d'une prolongation supérieure à cette durée, dans le cadre des régimes spéciaux instaurés par le législateur (trafic de stupéfiants et terrorisme, puis diverses infractions commises en bande organisée).

Il faut relever que la décision du 10 mars 2011, loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, tire aussi de la maîtrise que les magistrats de l'ordre judiciaire doivent conserver sur la procédure pénale une autre conséquence importante pour la répartition des compétences : « il résulte de l'article 66 de la Constitution que la police judiciaire doit être placée sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire » (cons. 59). La solution se rapporte au « contrôle direct et effectif de l'autorité judiciaire sur les officiers de police judiciaire chargés d'exercer les pouvoirs d'enquête judiciaire et de mettre en œuvre les mesures de contrainte nécessaires à leur réalisation », mais la formulation générale de la proposition a pour conséquence de constitutionnaliser, *via* l'article 66, la séparation du contentieux des polices judiciaire et administrative, en tout cas pour ce qui concerne la première. Le fondement de cette solution est très contestable : en quoi l'article 66, surtout ramené à la portée qu'on a décrite, intéresse-t-il la police judiciaire en général, même dans l'hypothèse, seulement éventuelle où des mesures de contrainte seraient ordonnées ? L'horizon du prononcé d'une peine privative de liberté par les juridictions de jugement est, en toute hypothèse, très lointain. En réalité, c'est l'impératif d'indépendance des magistrats de l'ordre judiciaire dans l'exercice de la justice pénale qui conduit à cette solution : l'article 64 eût fourni à la solution un fondement plus convaincant que l'article 66.

Pour la rétention des étrangers, la durée maximale de 48 heures de la privation de liberté avant intervention de l'autorité judiciaire a longtemps prévalu : dès lors que la rétention des personnes sous le coup d'une mesure d'éloignement du territoire français devait être prolongée au-delà de 48 heures, l'intervention d'un magistrat du siège était requise. Mais la décision du 9 juin 2011, loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, a considéré « qu'en prévoyant que le juge judiciaire ne sera saisi, aux fins de prolongation de la rétention, qu'après écoulement d'un délai de cinq jours à compter de la décision de placement en rétention, il [le législateur] a assuré entre la protection de la liberté individuelle et les objectifs à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et de protection de

³⁹ *Ibid.*, p. 873.

l'ordre public, une conciliation qui n'est pas déséquilibrée », ce qui revient à donner au contrôle traditionnellement effectué par le juge administratif sur la légalité de la décision initiale de maintien en rétention un poids très important et qui nous paraît peu respectueux de l'attribution constitutionnelle de compétence à l'autorité judiciaire.

L'allongement constant de la durée maximale de la rétention pouvant être prononcée sur décision du juge judiciaire, a été, quant à lui, justifié par la circonstance « que l'autorité judiciaire conserve la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient » (décisions du 20 novembre 2003, loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité et du 9 juin 2011). Ici encore, il apparaît que la portée effective de l'article 66 a une regrettable tendance à signifier que l'essentiel réside dans une possible intervention correctrice du juge judiciaire.

En revanche, le Conseil constitutionnel a donné tout son poids à la protection de la liberté individuelle en exigeant, suite à des questions prioritaires de constitutionnalité, que les privations de liberté subies par les personnes faisant l'objet de soins psychiatriques soient placées sous le contrôle, et un contrôle automatique, du juge. La décision du 26 août 2010, n° 2010-71 QPC, indique « que la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible ; que toutefois les motifs médicaux et les finalités thérapeutiques qui justifient la privation de liberté des personnes atteintes de troubles mentaux hospitalisées sans leur consentement peuvent être pris en compte pour la fixation de ce délai ; qu'en prévoyant que l'hospitalisation sans consentement peut être maintenue au-delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire, les dispositions de l'article L. 337 [qui régissaient l'hospitalisation sans consentement à la demande d'un tiers] méconnaissent les exigences de l'article 66 de la Constitution », solution reprise par la décision du 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC, pour l'hospitalisation d'office prononcée par le préfet. Il est remarquable qu'en l'espèce, le Conseil ne se soit pas contenté de la simple possibilité, prévue depuis 1990, de mettre en cause, devant le juge des libertés et de la détention, la privation de liberté motivée par l'état de santé mentale de la personne privée de liberté. Compte tenu de la vulnérabilité et, souvent, de l'isolement des personnes concernées, rarement à même de maîtriser l'univers du symbolique et, en particulier, celui du droit, le respect de la liberté individuelle exigeait bien une présentation des intéressés à un magistrat du siège qui ne fût pas subordonnée à une initiative de leur part ou de celle de leurs proches.

En ce qui concerne les mesures d'assignation à résidence prononcées par l'autorité administrative, le Conseil constitutionnel a estimé que le degré de contrainte qu'elles font peser sur la personne qui en est l'objet n'est normalement pas d'une intensité telle que la liberté individuelle soit en cause. La question qui se pose ici est substantiellement identique à celle que pose, au sein de la Convention européenne des droits de l'homme, la démarcation entre les atteintes portées au droit à la liberté et à la sûreté (article 5 de la Convention) et le droit à la liberté de circulation (article 2 du 4^e Protocole) : comme l'a indiqué la Cour européenne des droits de l'homme,

Entre privation et restriction de liberté, il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence. Le classement dans l'une ou l'autre de ces catégories se révèle parfois ardu, car dans certains cas marginaux, il s'agit d'une pure affaire d'appréciation (arrêt *Guzzardi c. Italie* du 6 novembre 1980).

Peu soucieux de telles indications, le Conseil constitutionnel s'est contenté, à propos des mesures d'assignations à résidence que l'Administration peut substituer au placement en rétention des étrangers devant quitter le territoire, d'énoncer « qu'une telle mesure ne comportant aucune privation de la liberté individuelle, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution est inopérant » (décision du 9 juin 2011, loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité). Cette logique a été intégralement reprise pour les assignations à résidence prononcées dans le cadre de l'état d'urgence dans la décision du 22 décembre 2015, n° 2015-527 QPC. Relevant que les assignations à résidence ne peuvent viser, pendant la durée de l'état d'urgence, que des personnes à l'égard desquelles il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement menace l'ordre public, le Conseil estime lapidairement que « tant par leur objet que par leur portée, ces dispositions ne comportent pas de privation de liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution », tout en indiquant que la limite de douze heures par vingt-quatre heures fixée pour l'astreinte à domicile « ne saurait être allongée sans que l'assignation à résidence soit alors regardée comme une mesure privative de liberté, dès lors soumise aux exigences de l'article 66 de la Constitution ». Mesure de police administrative par sa finalité, et relevant à ce titre de la compétence de la juridiction administrative, l'assignation à résidence changerait de nature si la lourdeur des contraintes qu'elle impose venait à s'accroître, faisant alors basculer dans le domaine de la liberté individuelle et, partant, de la compétence judiciaire. Dans sa décision du 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC, le Conseil a maintenu cette analyse, même dans l'hypothèse où la durée d'application de cette mesure viendrait à s'allonger (après douze mois, une prolongation de trois mois pouvait être demandée au juge des référés du Conseil d'État) : « la prolongation dans le temps d'une mesure d'assignation à résidence [...] n'a toutefois pas pour effet de modifier sa nature et de la rendre assimilable à une mesure privative de liberté ». Il faut relever que le Conseil d'État, dans sa décision de Section du 11 décembre 2015, *M. Cedric Domenjoud*⁴⁰, s'est immédiatement mis en mesure, sans attendre la décision du Conseil constitutionnel sur la question prioritaire de constitutionnalité qu'il lui renvoyait, d'effectuer un contrôle entier sur les décisions d'assignation à résidence, y compris sur les aménagements concrets qu'elles prévoient. L'émotion du Premier président et du Procureur général de la Cour de cassation face à ces solutions et à ce qu'elles leur paraissent traduire de réticence des pouvoirs publics face à l'autorité judiciaire peut se comprendre. Elle est néanmoins tardive par rapport au recul massif que subit depuis longtemps le champ d'application de l'article 66 dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel – remarquons que la régression que représente la décision du 9 juin 2011 en matière de rétention des étrangers, qui nous paraît autrement grave par ses conséquences concrètes, n'avait guère donné lieu à d'aussi solennelles protestations. La question est toujours la même : il y a ceux qui acceptent de considérer les garanties assurées par la juridiction administrative comme au moins équivalentes à celles que procure la juridiction judiciaire (c'est notre position) et d'autres qui persistent à se défier de la juridiction administrative, en raison notamment de sa proximité structurelle avec le pouvoir et qui considèrent que

⁴⁰ X. DOMINO, « Conclusions sur Conseil d'État, Section, 11 décembre 2015, *M. J. Domenjoud*, n° 394989, *M. L. Gauthier*, n° 394990, *M. C. Verrier*, n° 394991, *M. P. Boilleau*, n° 394992, *Mme S. Crochet*, n° 395002 et *M. C. Domenjoud*, n° 395009 », *RFDA*, vol. 32, n° 1, janvier-février 2016, p. 105 ; L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « L'état d'urgence dans tous ses états », *AJDA*, 2016, p. 247.

l'autorité judiciaire est seule à même de protéger les libertés (c'est la thèse de Denis Baranger⁴¹ et d'Agnès Roblot-Troizier⁴²). Quant au résultat, c'est-à-dire à l'efficacité du contrôle opéré, les avancées réalisées à partir de l'arrêt *Domenjoud* sont incontestables, même si elles laissent subsister une lacune qu'on pourrait qualifier de structurelle : le contrôle *a priori* des mesures prises, que seul le juge judiciaire est à même d'assurer et dont la quasi-totalité des membres de la juridiction administrative ne veulent pas⁴³ (et dont le législateur ne veut d'ailleurs pas en général la doter⁴⁴). Cette lacune est particulièrement criante en matière de perquisitions administratives, parce que l'intervention *a posteriori* du juge, même très partiellement compensée par de nouvelles innovations jurisprudentielles⁴⁵, est impuissante à assurer une protection effective des libertés.

De telles controverses sur l'opportunité d'attribuer tel contentieux à tel ordre de juridiction ou à l'autre ramènent, encore une fois, au débat portant sur la nécessité, ou non, de la constitutionnalisation de la répartition des compétences entre les deux ordres. L'intervention des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République amplifie encore ces interrogations.

II. L'INUTILE INVENTION DE PRINCIPES FONDAMENTAUX AU FONDEMENT FRAGILE ET AU CONTENU IMPRÉCIS

Deux moments, on le sait, dans cette invention de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : 1987, avec la décision du 23 janvier 1987, loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence et 1989, avec la décision du 25 juillet 1989, loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles. Disons-le d'emblée : aucune de ces deux décisions ne convainc, qu'il s'agisse de la justification de la « découverte » du principe ou de la détermination de sa consistance.

⁴¹ D. BARANGER, « Quel "État de droit" ? Quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur », *RFDA*, vol. 32, n° 2, mars-avril 2016, p. 355-364 ; D. BARANGER, « L'état d'urgence dans la durée », *RFDA*, vol. 32, n° 3, mai-juin 2016, p. 447-454.

⁴² A. ROBLOT-TROIZIER, « Note sous Conseil d'État, Section, 11 décembre 2015, *M. C. Domenjoud*, n° 395009 et Conseil constitutionnel, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*, n° 2015-527 QPC », *RFDA*, vol. 32, n° 1, janvier-février 2016, p. 123-137 ; et A. ROBLOT-TROIZIER, « État d'urgence et protection des libertés », *RFDA*, vol. 32, n° 3, mai-juin 2016, p. 424-435.

⁴³ Parce qu'il réaliserait une confusion des rôles, en faisant du juge administratif un décideur, ce que, est-il fait valoir, il n'a pas vocation à être.

⁴⁴ À deux exceptions près dans l'évolution récente de la législation sur l'état d'urgence : l'une, induite par la décision du Conseil constitutionnel du 19 février 2016, n° 2016-536 QPC, pour l'exploitation des données informatiques saisies au cours d'une perquisition, l'autre, censurée par la décision du Conseil constitutionnel du 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC, pour la prolongation au-delà de douze mois des assignations à résidence.

⁴⁵ Voir CE Ass., avis contentieux du 6 juillet 2016, *Napol e. a.*, *AJDA*, 2016, p. 1635, chr. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; M. LONG *e. a.* (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*

Quel fondement ?

Si la décision de 1989 est généralement passée sous silence, en tout cas peu étudiée, il n'en va pas de même pour celle de 1987, qui fait dans l'ensemble l'admiration des publicistes.

Cependant, en dépit des tentatives pour faire passer cette construction pour indiscutable (Georges Vedel y a consacré quelques articles⁴⁶), il est permis d'y voir un édifice bancal, un bricolage peu convaincant dans son assise historique comme dans son fondement théorique. Au nom de « la conception française de la séparation des pouvoirs », est érigé en principe fondamental reconnu par les lois de la République, sous réserve d'exceptions, la compétence en dernier ressort de la juridiction administrative pour

l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle.

Cette affirmation est à la vérité peu compatible avec les disciplines qui devraient entourer la proclamation d'un principe fondamental : aucune loi de la République n'est invoquée à l'appui de la constitutionnalisation qu'opère l'énonciation du Conseil. Au-delà de cette carence, dont il est d'autres exemples, on ne peut qu'être songeur quant aux lois de la République dans lesquelles ce principe est censé trouver son origine, et sceptique quant à l'utilité d'une constitutionnalisation portant sur ce point.

Le fait que le rapporteur de la décision ait été Georges Vedel n'est certes pas une donnée indifférente en l'espèce. En tant qu'administrativiste, il se rattache à l'École de Toulouse fondée par Maurice Hauriou, c'est-à-dire à la partie de la doctrine qui estime que l'idée de service public est supplantée par celle de puissance publique, dans laquelle se trouverait, à tout le moins, la clé de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. De surcroît, Vedel a laissé son nom à une théorie des bases constitutionnelles du droit administratif : ce dernier puiserait au niveau constitutionnel les principes qui l'animent, en particulier, précisément, l'idée de puissance publique. Émise en 1954⁴⁷, reprise dans le classique manuel de droit administratif de l'auteur, celle-ci avait fait l'objet d'une contestation radicale par Charles Eisenmann⁴⁸, qui la réduisit à « un pauvre truisme sans consistance », pour généraliser un jugement porté à propos du principe de légalité vu par Vedel. Il est difficile de penser que ce dernier a pu exercer ses fonctions de rapporteur de la décision de 1987 sans voir dans cette affaire une occasion de faire triompher ses thèses doctrinales, à la fois quant au critère de compétence de la juridiction administrative et quant aux « bases constitutionnelles » de sa discipline de prédilection. La convergence d'intérêts – professoral et juridictionnel – était manifeste et eût dû susciter une motivation particulièrement scrupuleuse d'un tel

⁴⁶ On renvoie en particulier à sa contribution au numéro de la *Revue française de droit administratif* consacré au bicentenaire de la loi des 16 et 24 août 1790 : G. VEDEL, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA*, 1990, p. 698.

⁴⁷ G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *Études et documents du Conseil d'État*, n° 8, 1954, p. 21.

⁴⁸ Ch. EISENMANN, « La théorie des "bases constitutionnelles du droit administratif" », *Revue du droit public*, 1972, p. 1345, repris dans Ch. EISENMANN, *Écrits de droit administratif*, éd. par N. Chiffot, Paris, Dalloz, 2013, p. 274.

coup de force doctrinal. Or, le rapporteur procède sur le ton de l'évidence et ne laisse guère soupçonner ni qu'une position autre que la sienne eût été concevable, ni qu'il pût être lui-même, en tant que théoricien, concerné par ce débat. Le noyau dur du principe de séparation, dit-il, doit se voir reconnaître valeur constitutionnelle – mais il laisse soigneusement dans l'ombre la question de la reconnaissance de celui-ci par des lois de la République et l'opportunité de cette constitutionnalisation, en particulier autour de l'idée de puissance publique. Magistral, lui répond l'écho, l'un des membres du Conseil se déclarant rajeuni par cet exposé, entendre ramené à l'époque où il était étudiant, tandis qu'un autre affirme que le rapporteur lui a appris bien des choses. Le président Badinter, de son côté, salue un exposé qu'il qualifie de « tout à fait remarquable et très approfondi ». Ces réactions révèlent que pas un membre du Conseil constitutionnel ne s'est senti en mesure de ou disposé à discuter, si peu que ce soit, les propositions faites par Vedel.

Le secrétaire général du Conseil constitutionnel de l'époque, Bruno Genevois, s'est employé à préciser les choses. Reconnaisant à demi-mots le caractère insatisfaisant, sinon rhétoriquement, de la référence à la conception française de la séparation des pouvoirs⁴⁹, il invoque des solutions diverses, plus prétoriennes que législatives, consacrant l'importance de l'intervention du Conseil d'État comme garant des libertés publiques à l'encontre de l'Administration⁵⁰ ou des textes aussi généraux que la loi du 3 mars 1849 ou celle du 24 mai 1872⁵¹. Or, privilégier l'attribution au Conseil d'État, par ce dernier texte, du contentieux de l'excès de pouvoir apparaît assez artificiel : d'une part n'est pas en cause la seule compétence dévolue au Conseil, d'autre part, la portée de sa mention dans la loi doit être relativisée⁵². Il est, au surplus, manifeste qu'on a constitutionnalisé le seul contentieux de l'excès de pouvoir, faute de pouvoir étendre l'opération au plein contentieux, en raison du trop grand nombre de lois démentant la compétence administrative dans ce domaine⁵³.

En réalité, ce n'est pas la loi de 1872, mais l'interprétation faite de la compétence du Conseil d'État à l'égard des actes administratifs qui a conféré à celle-ci son rôle éminent, en tant que noyau dur d'une compétence dévolue à la seule juridiction

⁴⁹ Qui, encore une fois, eût dû impliquer une constitutionnalisation du principe de séparation lui-même, solution qui conduisait à fragiliser un certain nombre de lois statuant la compétence judiciaire en matière administrative (il suffit de songer à la loi du 31 décembre 1957 sur la responsabilité du fait des véhicules).

⁵⁰ B. GENEVOIS, « Réforme du droit de la concurrence et respect des règles et principes de valeur constitutionnelle », *RFDA*, 1987, p. 287.

⁵¹ B. GENEVOIS, « Chronique », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. III, 1987, p. 600.

⁵² E. Laferrière écrit : « les auteurs de la loi de 1872, en mentionnant expressément les recours pour excès de pouvoir parmi les affaires soumises à la juridiction souveraine du Conseil d'État, avaient eu principalement pour but de lever toute difficulté sur le maintien de la jurisprudence antérieure [qui consacrait les prérogatives de contrôle du Conseil d'État sur les actes de l'Administration, en dépit de la perte du caractère de supérieur hiérarchique de l'Administration liée à sa proximité du chef de l'État] » (E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1, Paris, LGDJ, 1989 [1887], p. 243). Il s'est donc agi, pour le législateur de 1872, de régler un problème touchant aux relations entre le Conseil d'État et le pouvoir exécutif et non une question de rapports avec la juridiction judiciaire.

⁵³ Georges Vedel l'indique dans son rapport au Conseil et Bruno Genevois le souligne avec force dans ses commentaires précités.

administrative. La chose est particulièrement nette dans la célèbre affaire *Pelletier*. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement David apparaît avant tout soucieux de soustraire au moins la question de la légalité des actes administratifs au risque d'une dilatation de la compétence judiciaire en matière de responsabilité, qui résultait du décret de 1870 abolissant la garantie des fonctionnaires⁵⁴. Ce raisonnement conduit le Tribunal des conflits, dans sa décision, à sacraliser l'interdiction faite à l'autorité judiciaire de se prononcer sur la légalité d'un acte administratif : de la loi de 1790 et du décret de l'an III résulte « la prohibition faite aux tribunaux civils de connaître des actes administratifs », celle-ci étant ensuite qualifiée de « règle de compétence absolue et d'ordre public ». Dès lors, « la demande de Pelletier se fonde exclusivement sur cet acte de haute police administrative ; qu'en dehors de cet acte il n'impute aux défendeurs aucun fait personnel de nature à engager leur responsabilité particulière, et qu'en réalité la poursuite est dirigée contre cet acte lui-même, dans la personne des fonctionnaires qui l'ont ordonné ou qui y ont coopéré » : la distinction entre faute personnelle et faute de service était née sous la figure d'une distinction entre fait personnel et mise en cause de la légalité d'un acte administratif sous couvert d'une action en responsabilité visant l'agent. Il est significatif qu'après que l'essentiel avait été sauvegardé en 1873, le second terme fut élargi par la jurisprudence⁵⁵, de sorte que la faute « de service » s'entendra de celle mise en cause par une action en responsabilité dont la résolution supposerait, de la part du juge judiciaire, qu'il se prononçât sur la manière dont un service public administratif a fonctionné.

Ainsi, le principe dégagé en 1987 apparaît moins comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République que comme un principe constitutionnel issu de la synthèse faite par le doyen Vedel de la jurisprudence relative au principe de séparation : puissance publique et bases constitutionnelles se trouvaient d'un seul coup consacrées⁵⁶.

La décision du 25 juillet 1989, loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles, comporte, quant à elle, une innovation symétrique : « L'importance des attributions conférées à l'autorité judiciaire en ma-

⁵⁴ David opposait, on le sait, la garantie personnelle des fonctionnaires, instituée en l'an VIII et abrogée en 1870, et la « garantie réelle, établie en faveur de l'administration, pour défendre contre l'ingérence des tribunaux les actes qui, revêtus de son caractère et de son autorité, lui appartiennent en propre ». Il affirmait ensuite que « l'interdiction faite à l'autorité judiciaire de connaître des actes de l'autorité administrative subsiste dans toute sa force » (concl. sur TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, D., 1874, III, 5).

⁵⁵ C'est de solutions prétoriennes et non législatives qu'il s'agit, comme Charles Eisenmann l'avait déjà fait remarquer d'un point de vue plus général dans son article précité sur la théorie de Georges Vedel quant aux bases constitutionnelles du droit administratif. Il écrivait : « Nul ne conteste que ce ne soient pas des lois constitutionnelles, mais des lois ordinaires qui posent le « principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire », et surtout tous les administrativistes s'accordent également à reconnaître que ce principe ne reçoit son contenu, c'est-à-dire sa véritable signification juridique, sous l'obligeant couvert de ces fameux textes révolutionnaires, que d'une jurisprudence très libre et plutôt mobile ». On peut dire la même chose à cet égard de la loi de 1872.

⁵⁶ Que cette consécration manque en réalité son but, comme le montre Fabrice Melleray dans la troisième partie de son étude (F. MELLERAY, « En relisant la décision Conseil de la concurrence », *AJDA*, 2017, p. 91), est ici indifférent.

tière de protection de la propriété immobilière par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». De même qu'à la décision sur les nationalisations a répondu, de manière un peu forcée et sans que la décision de principe semble avoir été soigneusement pesée, la décision sur les privatisations consacrant un droit de propriété des personnes publiques, y compris l'État, on a ici l'impression que l'équilibre entre les deux ordres exigeait qu'au principe fondamental énoncé en 1987 en faveur de la juridiction administrative correspondît un principe de même rang, favorable cette fois-ci à l'autorité judiciaire. La faiblesse du soubassement législatif du principe dégagé en 1989 est, une nouvelle fois, manifeste.

Quelle est l'origine assignée à ce dernier ? Ici encore, aucune indication ne se trouve dans la décision. Il faut d'ailleurs relever que rien, dans le compte-rendu des délibérations, ne permet d'apprendre quoi que ce soit quant au principe fondamental en question, dont il n'est à aucun moment question. L'invocation de la loi de 1810 sur l'expropriation, qui a fixé la compétence judiciaire pour prononcer le transfert de propriété et pour fixer le montant de l'indemnité, est impossible, s'agissant d'une loi de l'Empire. L'utilité des lois de 1833 et 1841, lois de la Monarchie de Juillet, n'est guère plus grande. La seule ressource argumentative consiste alors à recenser des lois de la République qui n'ont pas remis en cause ces solutions ou en ont étendu l'application et qui sont, de ce fait, censées les avoir reconduites⁵⁷ – la justification d'une constitutionnalisation ainsi opérée quasiment en contrebande n'emporte guère la conviction. Il en va d'autant plus ainsi que l'histoire du principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la propriété immobilière est pour le moins différente de celle qu'accrédite sa relecture à l'aune d'un libéralisme rétroactif. Simon Gilbert a précisément retracé dans sa thèse⁵⁸, à laquelle on ne peut que renvoyer le lecteur, les paradoxes qui parsèment la consécration de ce principe, d'une volonté de Napoléon de sauvegarder l'ordre politique impérial en ne cédant en réalité que très peu de terrain à l'autorité judiciaire à une bataille acharnée entre les deux ordres autour de cette question, avec des concessions et des résistances réciproques. Ici encore se vérifie d'ailleurs le rôle finalement assez secondaire du législateur au regard de l'importance des solutions prétoriennes intéressant la propriété immobilière. La valeur juridique du principe fondamental – ou plutôt des principes fondamentaux, le pluriel traduit également un certain embarras du Conseil – issu de la décision du 25 juillet 1989 apparaît donc bien « incertaine et fragile », pour reprendre les termes de Simon Gilbert⁵⁹.

L'observateur extérieur ne peut qu'être frappé par le fait que le compte-rendu de la délibération du Conseil constitutionnel ne permet absolument pas de savoir pourquoi il a été décidé de consacrer le principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la protection de la propriété immobilière : il n'en est, tout simplement, pas question. La justification habituellement avancée consiste à le présenter comme ayant en réalité déjà été consacré ou supposé par la jurisprudence antérieure – la décision du 13 décembre 1985, loi modifiant la loi du 29 juillet 1982

⁵⁷ B. GENEVOIS, « La soumission du régime de l'expropriation à la Constitution. À propos de la décision n° 89-256 du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1989 », *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, 1990, p. 7. Voir aussi la discussion entre cet auteur et Michel Verpeaux retracée par Simon Gilbert dans sa thèse : S. GILBERT, *Le juge judiciaire, gardien de la propriété privée immobilière. Étude de droit administratif*, Paris, Mare et Martin, 2011, p. 576-577.

⁵⁸ S. GILBERT, *Le juge judiciaire, gardien de la propriété privée immobilière. Étude de droit administratif*, op. cit.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 579.

et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle, se contentait cependant d'affirmer « qu'aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose que, en l'absence de dépossession, l'indemnisation des préjudices causés par les travaux ou l'ouvrage public dont l'installation est prévue par l'article 3-II relève de la compétence du juge judiciaire ». L'argument *a contrario* permettant d'en déduire que cette compétence se fût imposée en cas de dépossession ne résout en rien la question du fondement de cette solution : il est difficile de conclure à la consécration d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République qui n'aurait pas été désigné comme tel – encore moins justifié d'une manière quelconque.

On peut ajouter que cantonner le champ du principe fondamental ainsi découvert à la seule protection de la propriété immobilière peut apparaître en contradiction avec l'indication, déjà contenue dans la décision de 1982 sur les nationalisations et reprise par la décision du 25 juillet 1989, qu'il importe de tenir compte des évolutions ayant affecté, depuis 1789, tant le principe que les implications du droit de propriété. L'explication réside-t-elle dans les sources législatives à partir desquelles les principes fondamentaux sont mis au jour ? Ici encore, l'explication ne peut convaincre tant elles sont minces, on l'a vu, pour ce qui concerne la République. Il eût alors été envisageable de faire de l'autorité judiciaire le gardien de la propriété en général, au prix d'un effort supplémentaire d'émancipation somme toutes assez léger au regard des sources législatives textuelles. Le vieil adage *res mobilis, res vilis* se retrouve cependant reflété dans le principe consacré, ce qui contribue à cantonner à l'extrême la portée du « nouveau » principe constitutionnel.

Quelle portée ?

La question est évidente à propos de la décision de 1987, grevée quant à ses implications, d'une exception et d'une possibilité de dérogation. En effet, le principe est susceptible de relativisation au nom d'une bonne administration de la justice (admission de la technique des « blocs de compétence », destinée à unifier un contentieux pour éviter les complications et les divergences de jurisprudence) et sa formulation laisse place à l'exception des matières réservées « par nature » (il faut entendre par cette expression incongrue : par la tradition) à l'autorité judiciaire.

La proclamation du principe fondamental est en réalité fragilisée par ces réserves. Si l'idée d'une compétence exclusive de la juridiction administrative en matière d'annulation et de réformation des actes de puissance publique avait été aussi indiscutable que le suggérait le rapporteur de la décision, comment se fût-elle accompagnée d'exceptions, alors même qu'il est toujours rappelé qu'un principe auquel le législateur a opposé, avant l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution de 1946, des démentis ne peut recevoir une consécration constitutionnelle⁶⁰ ? Quelles seront ces matières qui incombent à l'autorité judiciaire avec une évidence telle qu'elle paralyse le jeu du nouveau principe fondamental ? Les premières qui viennent à l'esprit sont bien sûr l'état et la capacité des personnes et la protection de la propriété immobilière. S'agissant de cette dernière, on sait que la décision de 1989 la consacre par un principe fondamental concurrent. Faudra-t-il à chaque fois passer par un principe ayant rang constitutionnel pour compenser l'effet du principe de 1987 – autrement dit, le Conseil se référera-t-il, lorsque le problème se posera, à l'importance des pouvoirs reconnus à l'autorité judiciaire en matière

⁶⁰ C'est la doctrine qui résulte de la décision du 20 juillet 1988, loi portant amnistie.

d'état et de capacité des personnes par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ?

Quant à la relativisation, elle permet, de manière fort circonspecte, de laisser le principe de côté lorsque cela paraîtra rationnel :

lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé[.]

C'est l'hypothèse des « blocs de compétence », destinés à éviter une trop grande complexité des règles de répartition des compétences dans une matière donnée, ainsi que les risques d'incohérence propres à une trop forte imbrication de ces compétences. En somme, le principe ne joue que dans la mesure où son application s'avérerait trop gênante – cela comble le vœu exprimé par le président Badinter lors des discussions auxquelles a donné lieu le rapport de Vedel, lorsqu'il insistait sur l'importance de la décision à intervenir, « compte tenu, tout à la fois, de la tradition, des limites à y apporter et de l'expérience de souplesse requise en cette matière ». Qu'apporte alors concrètement la constitutionnalisation opérée ? Essentiellement, sans doute, la possibilité, pour le Conseil constitutionnel, de faire planer sur les choix du législateur l'ombre de son contrôle.

Dans la décision de 1987 et s'agissant du droit de la concurrence, la volonté d'« unifier, sous l'autorité de la Cour de cassation, l'ensemble de ce contentieux spécifique » est considérée comme ne méconnaissant pas le principe fondamental, au vu de la multiplicité des chefs de compétence de chacun des deux ordres et de la légitimité, en conséquence, du désir du législateur d'« éviter ou [...] supprimer des divergences qui pourraient apparaître dans l'application et dans l'interprétation du droit de la concurrence ».

En revanche, la décision du 28 juillet 1989, loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France censure bel et bien la solution adoptée par le législateur en ce qui concerne le contentieux de la reconduite à la frontière. La loi sous examen avait prévu que les recours contre les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière frappant les étrangers en situation irrégulière devaient être intentés devant le président du tribunal de grande instance ou son délégué, qui avait obligation de statuer dans les 48 heures selon les formes applicables au référé. Cette solution avait été adoptée en raison des facilités qu'offrait l'organisation territoriale de la juridiction judiciaire pour un contentieux que le législateur souhaitait voir réglé dans des délais très brefs. Le Conseil constitutionnel a néanmoins déclaré cette disposition contraire à la Constitution en application du principe fondamental dégagé en 1987. Le Conseil indique que les décisions prises par l'autorité administrative en matière de police des étrangers (refus d'entrée sur le territoire national, décisions se prononçant sur l'octroi d'une carte de séjour ou la délivrance d'une carte de résident, arrêté de reconduite à la frontière, expulsion, assignation à résidence) « constituent l'exercice de prérogatives de puissance publique ». Il n'admet ni le rattachement de la matière aux compétences réservées à l'autorité judiciaire (les contestations portant sur la nationalité de l'intéressé sont rares), ni l'invocation des exigences d'une bonne administration de la justice (la possibilité d'utiliser des structures déjà existantes au sein de la juridiction judiciaire n'est pas considérée comme un argument suffisant). À ce dernier titre, le Conseil souligne « que la bonne administration de la justice commande que l'exercice d'une voie de recours

appropriée assure la garantie effective des droits des intéressés », mais estime que cette exigence peut être satisfaite aussi bien par les deux ordres de juridiction. Le principe fondamental s'avère en l'espèce fort contraignant pour le législateur, comme le confirme encore, en matière de sécurité sociale, la décision du 27 novembre 2001, loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles, dans laquelle le moyen est soulevé d'office. La décision de 1989 impose nettement la compétence administrative pour les recours en annulation d'actes pris dans l'exercice d'une compétence de police administrative. La législation de l'état d'urgence sera l'occasion de vérifier la force de l'attraction exercée par cette source constitutionnelle de compétence de la juridiction administrative.

Concernant la décision de 1989, il est difficile de connaître l'étendue exacte de la compétence judiciaire garantie par le principe fondamental : la seule certitude dont on dispose est qu'elle joue pour la fixation de l'indemnité due en cas de dépossession, donc principalement en cas d'expropriation. En l'absence de dépossession⁶¹, la compétence judiciaire ne s'impose pas, comme l'indiquait déjà la décision du 13 juillet 1985, loi modifiant la loi du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle. Le Conseil d'État en a d'ailleurs tiré la conséquence que l'indemnisation des dommages résultant de l'institution d'une servitude administrative relève, sauf disposition législative contraire, de la compétence de la juridiction administrative⁶². Limité aux cas de dépossession immobilière, le principe impose-t-il la compétence judiciaire pour prononcer le transfert de propriété à l'issue de la phase administrative de l'expropriation ? On sait que le maintien de celle-ci avait été discuté lors de l'examen de la loi d'orientation foncière de 1967. Compte tenu du caractère quasi automatique du prononcé de l'ordonnance, la garantie apportée aux intéressés est, au demeurant, faible et une constitutionnalisation de la compétence judiciaire serait d'autant plus inutile que la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement a fort opportunément supprimé l'autorité de chose jugée qui s'attachait à l'ordonnance et donc probablement sa nature juridictionnelle. Par ailleurs, le Conseil d'État a considéré comme dépourvue de caractère sérieux la question de la compétence de la juridiction administrative pour connaître des recours dirigés contre les déclarations d'utilité publique et contre les arrêtés de cessibilité en matière d'expropriation, ce qui confirme le faible impact du principe énoncé en 1989⁶³.

En définitive, les constitutionnalisations opérées en 1958 (liberté individuelle), en 1987 (annulation et réformation des actes de puissance publique) et en 1989 (sauvegarde de la propriété immobilière) prennent avant tout sens par l'écho qui leur a été donné, pas immédiatement d'ailleurs, par le Tribunal des conflits et les deux ordres de juridiction. À cet égard, la décision *Bergoend*⁶⁴ constitue une sorte de syn-

⁶¹ Dans sa thèse, précitée, Simon Gilbert insiste sur « le lien traditionnel entre la dépossession et la compétence judiciaire » (S. GILBERT, *Le juge judiciaire, gardien de la propriété privée immobilière. Étude de droit administratif*, op. cit., p. 580).

⁶² P.-A. JEANNENEY « CE Sect., 28 février 1986, Commune de Gap-Romette c/ cons. Béraud », *AJD*, 1986, p. 317, concl. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement indiquait que « le principe selon lequel l'autorité judiciaire est la gardienne de la propriété privée n'a qu'une portée limitée ». La constitutionnalisation de ce principe n'a en rien affecté cette constatation.

⁶³ CE 9 novembre 2011, M. A., req. n° 351890.

⁶⁴ TC, 17 juin 2013, *Bergoend c/ Société ERDF Annecy Léman* ; M. LONG e. a. (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 903.

thèse de toutes les solutions qu'on a étudiées, marquée par un net regain du principe de séparation, entraînant un rétrécissement considérable de la compétence judiciaire liée à la voie de fait. Le Tribunal des conflits énonce

qu'il n'y a voie de fait de la part de l'administration, justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire pour en ordonner la cessation ou la réparation, que dans la mesure où l'administration soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété, soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative[.]

On peut traduire ce considérant de principe de la manière suivante : sauf titre précis de compétence judiciaire, d'ailleurs interprété restrictivement (atteinte à la liberté individuelle *stricto sensu* ou au principe même du droit de propriété⁶⁵), l'autorité judiciaire ne peut juger l'Administration et en particulier se prononcer sur la légalité des actes qu'elle prend. Mais cette dernière précision ne doit pas induire en erreur : la priorité accordée au principe de séparation déborde le seul cas des actes administratifs. Dit autrement : tout se passe comme si c'était bien le principe de séparation lui-même qu'avait en définitive constitutionnalisé la décision de 1987⁶⁶. Mais il reste permis de s'interroger sur la justification – en droit et en opportunité – de la constitutionnalisation opérée, comme l'épisode du refus d'un contrôle judiciaire préalable des perquisitions en période d'état d'urgence l'a fâcheusement illustré.

Patrick Wachsmann

Professeur à l'Université de Strasbourg, Institut de recherches Carré de Malberg

⁶⁵ On remarquera que la décision ne limite pas la solution à la propriété immobilière, comme le relèvent les auteurs des *Grands arrêts* (M. LONG *e. a.* (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 908). Il en va de même en cas d'emprise (TC, 9 décembre 2013, Panizzon *c/* Commune de Saint-Palais-sur-Mer, p. 376).

⁶⁶ La décision Panizzon citée à la note précédente, confirme cette observation en cas d'emprise : la compétence administrative, réaffirmée comme étant de principe, ne concerne pas seulement le recours en annulation contre la décision attentatoire à la propriété privée, mais également le prononcé d'injonctions à l'Administration et la réparation des conséquences dommageables qu'aurait eues cette décision. Ce principe ne cède qu'au cas où ladite décision aurait eu pour effet l'extinction du droit de propriété.

La portée conférée par le Conseil aux décisions qu'il rend en matière fiscale

Ce n'est qu'avec humilité que l'auteur de ces lignes, qui ne prétend pas être un spécialiste du contentieux constitutionnel, s'aventure sur un terrain qui ne lui est pas familier. Tout devrait l'inciter à la modestie et à la modération dans le regard qu'il porte sur les décisions du Conseil, qui sont l'aboutissement d'un travail auquel ont participé les conseils qui ont aidé à la rédaction des saisines, le rapporteur de l'affaire et ses assistants, la délibération collective d'un collègue comprenant des juristes parmi les plus éminents, sans compter, s'il s'agit d'une QPC, le travail effectué en amont par le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Qui plus est, la matière fiscale – et ici, le fiscaliste retrouve ses marques – doit tout particulièrement inciter à la prudence. Car le juge constitutionnel se trouve là au nœud des tensions qui traversent la justice fiscale. Au problème lancinant de la justice de l'impôt – cette expression du pouvoir de l'État – une réponse aura été, est encore, l'encadrement formel du pouvoir d'imposer. Il suffit pour que l'impôt soit juste qu'il soit consenti par une assemblée de représentants démocratiquement élus. Cette formulation est évidemment *une* expression, historiquement signifiante pour les États occidentaux, mais dont nous sommes bien conscients des indéterminations : représentants de qui ? Démocratiquement en quoi ? Recours ou non au vote majoritaire pour déterminer la volonté de l'assemblée ? pour ne citer que les plus évidentes. Du fait même de ces indéterminations, la réponse formelle ne pouvait éteindre le débat sur la justice fiscale. Il est aisé de voir en quoi l'hypothèse d'un impôt décidé à la majorité par des députés eux-mêmes élus à la majorité par un corps électoral composé principalement de citoyens sans patrimoine et à faibles revenus avait de quoi inquiéter la minorité possédante, et l'on ne s'étonnera pas que l'universalisation du suffrage ait alimenté la crainte chez les possédants d'une spoliation opérée par l'impôt. Une réponse à cette possible faillite de la justice formelle était de chercher des principes de justice matérielle, au premier rang desquels, évidemment, celui d'une répartition égale de l'impôt entre les contribuables. Là encore, les indéterminations sont nombreuses, ne serait-ce que dans l'identification et la quantification du terme commun (facultés contributives, sacrifice...). Le point déterminant est que pour s'imposer à une norme fiscale législative (car le consentement à l'impôt avait naturellement glissé vers le principe de légalité de l'impôt), il fallait que ces principes matériels aient un rang supra-législatif, si possible constitutionnel, et qu'existe un contrôle de la décision du législateur au regard de ces principes. Ne nous y trompons pas, il existe bien en matière fiscale une tradition de méfiance envers la démocratie dont l'horizon et l'instrument sont l'encadrement par la constitution – et donc par le juge

constitutionnel – de la volonté des élus ou des électeurs¹. En même temps, et avant de nous accuser de faire du Conseil un valet du grand capital, il est impossible d'ignorer que l'impôt peut aussi, et a effectivement pu, servir à attenter à des droits fondamentaux, tels que la liberté de la presse, la liberté religieuse, la liberté d'entreprendre et, évidemment, le droit de propriété². Si la question ainsi posée, dans cette tension entre consentement démocratique et protection des droits de la personne, n'est pas originale, du moins trouve-t-elle en matière fiscale une vigueur qui ne peut qu'inciter le Conseil – qui devrait inciter le Conseil – à cette vertu cardinale qu'est la prudence.

Une autre raison devrait, à vrai dire, l'y déterminer. Car l'équilibre entre intérêt général et intérêts particuliers prend aussi en la matière une couleur particulière, marquée, oserons-nous dire, par un certain non-dit. Le Conseil ne peut en effet ignorer que ses décisions en ce domaine peuvent représenter, et représentent souvent, un enjeu financier considérable et que, en des temps où l'État lutte pour le rétablissement de l'équilibre des comptes publics, cet aspect-là, pour trivial qu'il soit quand sont en jeu des libertés fondamentales, peut peser dans l'appréciation de l'intérêt général. De même, les intérêts particuliers qui en appellent au Conseil, soit directement par la voie de la QPC, soit indirectement par le relais de parlementaires complaisants – sans qu'il soit besoin d'évoquer ici les portes étroites – sont-ils particulièrement puissants, informés et stratèges, tentant par une jurisprudence bien amenée de peser tout à la fois sur le législateur, les négociateurs internationaux, les juges français et européens.

Or de cette prudence que l'on attendrait du Conseil, pour des raisons ressortissant tout à la fois de la philosophie politique et de la préservation des intérêts de l'État, le Conseil semble s'être départi dans des décisions qui nous paraissent plus aventureuses qu'audacieuses. Particulièrement topique pour notre propos, et que nous traiterons donc ici, est la question de la portée que le Conseil entend conférer à ses décisions en matière fiscale par le recours à deux outils : la méconnaissance de l'autorité des décisions du Conseil (I) et la préservation de l'effet utile du recours (II). Nous nous demanderons pour finir s'il n'existe pas une certaine résistance de la matière fiscale à cette prétention du Conseil à ériger ses décisions en jurisprudence (III).

I. LA MÉCONNAISSANCE DE L'AUTORITÉ DES DÉCISIONS DU CONSEIL

Il s'agit là d'un motif ancien, puisque le Conseil avait constaté dès 1962 un non-lieu à statuer sur une demande de déclassement d'une disposition législative dont il avait déjà écarté par une précédente décision qu'elle puisse avoir un caractère réglementaire³. Il se prévalait en la circonstance, et dans l'esprit d'une jurisprudence du Conseil d'État destinée à couper court à l'obstination de l'administration

¹ E. PICAUVET, « Contrat social néo-libéral, théorie de l'impôt et pensée du déclin », in Th. BERNIS, J.-C. K. DUPONT, M. XIFARAS (dir.), *Philosophie de l'impôt*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 169-197.

² De grâce, ne faisons pas l'erreur de dériver la question de savoir si l'article 17 de la Déclaration de 1789 garantit d'autre propriété qu'immobilière, qui est parfaitement justifiée, en une affirmation selon laquelle l'impôt ne pose pas le problème de l'atteinte au droit de propriété du contribuable.

³ Décision 62-18L du 16 janvier 1962, Loi d'orientation agricole.

s'entêtant à ne pas admettre les conséquences d'une décision de justice, de l'autorité de chose jugée qu'il reconnaissait à sa précédente décision, d'autant plus à bon droit que l'objet de la demande et le demandeur étaient les mêmes. Cette décision laissait cependant ouverte la question de son application à une loi nouvelle, différente par sa date et par son texte de la loi sur laquelle le Conseil se serait précédemment prononcé. Après avoir disposé qu'en principe l'autorité de chose décidée ne s'appliquait pas à une loi « conçue [...] en des termes différents », le Conseil avait introduit en 1989 une exception essentielle, lorsque « les dispositions de cette loi [...] ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution » (jurisprudence « Dix de Renault »)⁴. Ainsi, l'analogie matérielle primait sur la différence formelle pour apprécier l'identité d'objet fondant l'autorité de chose jugée.

Longtemps isolée, cette motivation a récemment été reprise en matière fiscale. Il s'agissait, en l'occurrence, de la question des revenus à prendre en compte pour le calcul du plafonnement de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF). Le Conseil avait conditionné en août 2012 la constitutionnalité de l'ISF à l'existence d'un tel plafonnement, afin d'éviter « une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques⁵ », son raisonnement étant, semble-t-il, qu'une dette d'ISF supérieure au revenu disponible obligerait le contribuable à céder une partie de ses biens pour acquitter l'impôt. De fait, la loi de finances pour 2013, qui refond l'ISF, réintroduit un mécanisme de plafonnement. Toutefois, pour éviter une optimisation fiscale simple – et largement pratiquée avant 2011 – consistant à ne pas mettre à la disposition du contribuable des gains qui lui sont en fait déjà acquis (bénéfices non-distribués, plus-values en report ou en sursis d'imposition, intérêts et produits capitalisés) de façon à abaisser au maximum le plafond (et donc le montant d'ISF à payer), le législateur avait prévu d'intégrer ces gains aux revenus du contribuable pris en compte pour le calcul du plafonnement. Cette disposition avait été censurée par le Conseil, qui estimait qu'intégrer des « sommes qui ne correspondent pas à des bénéfices ou revenus que le contribuable a réalisés ou dont il a disposé au cours de la même année » méconnaissait « l'exigence de prise en compte des facultés contributives ». En 2013, le débat s'est déplacé sur le terrain plus étroit des produits de contrats de capitalisation et contrats apparentés (notamment contrats d'assurance-vie) dit « en euros », c'est-à-dire pour lesquels étaient déterminés en euros ou en devises les produits réalisés et capitalisés sur le contrat. Si ces produits étaient conventionnellement indisponibles jusqu'au terme du contrat, ils pouvaient cependant être assimilés à des revenus et étaient d'ailleurs pris en compte pour le calcul du bouclier fiscal pour 2011⁶ et supportaient des prélèvements sociaux⁷. Une première tentative de l'administration fiscale pour forcer cette assimilation par voie de circulaire, qui avait suscité un émoi considérable chez les contribuables concernés pris à contre-pied, échoua devant le Conseil d'État, qui jugea le 20 décembre 2013 (quelques jours avant que le Conseil ne se prononce sur la loi de finances pour 2014) qu'il y avait là un ajout à la loi et donc incompétence du pouvoir

⁴ Décision n° 89-258 DC du 8 juillet 1989, Loi portant amnistie.

⁵ Décision n° 2012-654 DC du 9 août 2012, deuxième loi de finances rectificatives pour 2012

⁶ Loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances initiale pour 2011, art. 22, III modifiant l'article 1649-0 A du CGI.

⁷ Par exemple, article L-136-7, II, 3° du Code de la sécurité sociale, pour l'assujettissement à la CSG.

règlementaire. Il revenait donc au législateur de se prononcer, ce qu'il fit à l'occasion de la loi de finances pour 2014. La qualification comme revenu d'une variation de la valeur de rachat d'un contrat ne concernait, encore une fois, que la seule détermination d'un plafonnement d'impôt et s'appliquait à des enrichissements qui étaient déjà assimilés à des revenus pour asseoir des prélèvements sociaux. Cette obstination à identifier des formes d'enrichissement susceptibles d'être prises en compte pour le plafonnement de l'ISF n'en fut pas moins blâmée par le Conseil qui, rappelant la motivation de sa décision de l'année précédente, jugea que le législateur avait « méconnu l'autorité qui s'attache, en vertu de l'article 62 de la Constitution, à la décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 2012 ».

Arrivés à ce stade, il est possible de s'interroger sur l'utilité qu'il y avait pour le Conseil à mobiliser le motif de la méconnaissance de l'autorité de la chose décidée pour censurer la disposition litigieuse. Il est certes possible d'y voir un raccourci argumentatif. Le Conseil n'a ainsi pas besoin d'établir en quoi la nouvelle disposition méconnaît l'exigence de prise en compte des facultés contributives, mais simplement qu'elle ne diffère pas en substance d'une disposition pour laquelle cette démonstration a déjà été effectuée, travail d'assimilation qui serait *a priori* plus aisé. C'est en tout cas dans cette voie que s'est engouffré le Conseil d'État par son arrêt de 2015 Société Métropole Télévision⁸. Il s'agissait en l'occurrence d'une QPC dirigée contre l'article 1609 sexdecies du CGI, dont les dispositions avaient été transférées par une ordonnance du 24 juillet 2009 à l'article L-115-7 du Code du cinéma et de l'image animée, article qui avait été en 2014 déclaré inconstitutionnel par le Conseil constitutionnel⁹. On le voit, il n'y avait pas au juge grand effort à faire pour voir dans l'article 1609 sexdecies du CGI une disposition identique, dans sa substance et sa rédaction, à l'article L-115-7 CCA, l'audace consistant ici à utiliser le principe de l'autorité de la chose jugée pour s'autoriser à prononcer lui-même l'inconstitutionnalité de la disposition contestée « sans qu'il y ait lieu de saisir le Conseil constitutionnel d'une nouvelle question prioritaire de constitutionnalité ». Plus récemment, il a reconnu la constitutionnalité, avec réserve d'interprétation, d'un article considéré comme « similaire dans sa substance » à une version postérieure sur laquelle le Conseil constitutionnel s'était prononcé¹⁰.

Cette idée selon laquelle l'autorité de chose décidée constituerait un raccourci démonstratif nous laisse cependant perplexe. Cette perplexité tient, en premier lieu, au caractère pour le moins lapidaire de la motivation dont on prétend ainsi faire l'économie. Pour illustrer notre propos, en 2013 comme en 2012 la motivation du Conseil portait sur la qualification de l'enrichissement comme ne constituant pas « des bénéfices ou revenus que le contribuable a réalisés ou dont il a eu la disposition », mais la relation qui en était déduite avec les facultés contributives était, qu'il s'agisse d'une motivation directe ou par renvoi, parfaitement elliptique.

En second lieu, la cohérence et la force de l'autorité de chose décidée supposeraient que soit systématiquement vérifiée s'il n'y a pas identité substantielle de la disposition attaquée avec une disposition déjà examinée antérieurement. La question semble pourtant parfois discrètement omise. La même loi de finances pour 2014 prévoit ainsi un nouveau report de l'expiration du régime dérogatoire

⁸ CE, 16 janvier 2015, n° 386031, Sté Métropole Télévision ; Dr. fisc. 2015, no 28, comm. 469, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon, note S. Austray.

⁹ Décision n° 2013-362 QPC du 6 février 2014, TF1.

¹⁰ CE, 7 juillet 2017, n° 410620, Nabitz ; Dr. fisc. 2017, n° 30-35, comm. 416, concl. B. Bohnert.

des successions corses, qui est la reprise d'une tentative de report déjà censurée, elle aussi, en 2012. Or, ici, le Conseil se prononce directement sur la disposition contestée sans évoquer une méconnaissance de la chose décidée. Il est vrai que si l'intention du législateur est constante, les moyens employés diffèrent. *A contrario*, saisi d'une disposition dont le texte est à peu de choses près semblable à celui d'une disposition déjà censurée, le Conseil a pu écarter l'identité substantielle en relevant une différence dans l'objet de la loi ou dans l'intention du législateur. C'est par exemple le cas des décisions relatives aux taxes sur les boissons caféinées. Alors que le Conseil avait censuré en 2012 une telle taxe au motif que le critère retenu (dosage de caféine ou de taurine) était sans lien rationnel avec l'intention du législateur qui était de lutter contre la consommation alcoolique des jeunes, il valide en 2014 une imposition pratiquement identique au motif que l'objet de la loi est cette fois différent puisqu'« il ressort des travaux parlementaires de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2014 qu'en créant cette imposition, le législateur a entendu prévenir les effets indésirables sur la santé de boissons ayant une teneur élevée en caféine¹¹ ». Ainsi, c'est une double condition que semble exiger le Conseil pour reconnaître l'identité substantielle permettant d'opposer l'autorité de chose décidée : l'identité du but et l'identité des moyens, et il n'est pas sûr que cette double démonstration rende la motivation beaucoup plus aisée.

Quelle est donc, finalement, l'utilité de ce motif de l'atteinte à l'autorité de chose décidée ? D'un point de vue pratique, quand se multiplient les corrections de détail de dispositifs légaux ou les reprises « à droit constant » dans des ordonnances de codification, il peut paraître souhaitable d'éviter qu'apparaissent des contradictions entre des décisions portant sur des normes étroitement apparentées, de même qu'il peut être de bonne administration de la justice d'opérer en amont un tri entre les contestations qui sont nouvelles et celles qui ont déjà été tranchées par une décision, de l'autorité de laquelle on se prévaut. De même, conférer ainsi à une décision antérieure la force contraignante du précédent ne peut que renforcer l'autorité de la juridiction et accélérer la construction d'une jurisprudence. Certes, mais n'y a-t-il pas quelques risques à transposer ainsi au contrôle *a priori* une manière de raisonner qui relève davantage de l'appréciation du sérieux de la question en QPC ? Car pour quelques cas exceptionnels d'application, combien plus souvent ce hausse-col ne se change-t-il pas en carcan obligeant le Conseil, pour s'en libérer, à consacrer son énergie et son ingéniosité à établir des distinctions entre des textes similaires, ce qui, lorsque ces distinctions reposent sur l'intention prêtée au législateur, est s'engager sur une pente inutilement périlleuse. Enfin, et plus fondamentalement, cette assimilation de deux lois, quand bien même le texte en serait-il semblable, débattues et adoptées à des moments différents avec une intention qui n'est nécessairement jamais tout à fait la même, semble marquer bien peu de considération pour le pouvoir d'appréciation d'un parlement démocratiquement élu. Ne serait-il pas au fond bien plus simple et bien plus respectueux (notamment de la séparation des pouvoirs) que le Conseil constitutionnel considère par principe que toute contestation est nouvelle en contrôle *a priori*, quelles que puissent être les ressemblances apparentes entre le projet de loi adopté et un texte sur lequel le Conseil se serait déjà prononcé ? La lourdeur de la procédure législative devrait suffire à garantir qu'il n'y aura pas d'obstination déraisonnable du législateur, et cela n'interdit en rien au Conseil, se prononçant sur la conformité à la Constitution, de reprendre un raisonnement antérieur. Il est même probable que sa jurisprudence

¹¹ Décision n° 2014-417 QPC du 19 septembre 2014, Société Red Bull On Premise et autre.

tirera plus de force de cette répétition et de la rigueur de ce raisonnement que de l'argument d'autorité du précédent, en supposant, il est vrai, que la qualité de la motivation permette de retracer cette rigueur du raisonnement. Bref, étant donnée la considération toute particulière que la tradition constitutionnelle porte à l'appréciation du Parlement en matière fiscale, ce serait vertu de prudence pour le Conseil de se dispenser, puisqu'il le peut, des protestations indignées de qui croit voir contestée l'autorité de ses décisions.

II. LA PRÉSERVATION DE L'EFFET UTILE D'UN RECOURS « EN TANT QUE NE PAS »

Un second domaine où le Conseil a pu nous sembler faire preuve de témérité dans la portée des décisions rendues en matière fiscale est celui de la préservation de l'effet utile des recours « en tant que ne pas », c'est-à-dire sur un moyen d'atteinte au principe d'égalité en tant que la loi contestée ne reconnaît pas au requérant un avantage qu'elle accordait à d'autres. Évidemment, il serait problématique que les victimes d'une discrimination « par omission » soient impuissantes, alors qu'elles auraient pu agir contre une loi les visant directement pour leur appliquer une règle plus défavorable (discrimination « par action »). Ne s'agit-il pas d'ailleurs de l'hypothèse même ou l'atteinte au principe d'égalité qui résulte de la loi, pour se faire négativement et non positivement, a le plus de chance d'échapper au contrôle *a priori* ? Aussi le Conseil, dès sa première décision en QPC, a-t-il reconnu la recevabilité d'un recours « en tant que ne pas ».

La question est cependant délicate s'agissant de la matière fiscale. Par hypothèse, le dispositif critiqué est un régime de faveur par rapport au droit commun. Pour mettre fin à la rupture d'égalité, le Conseil doit ou décider sa généralisation – ce qui est difficilement admissible au regard du principe de légalité de l'impôt, sans compter l'incidence financière d'une telle décision – ou décider sa suppression – ce qui pose tout autant le problème de la compétence du Conseil pour décider de l'application d'un impôt à des personnes que le législateur avait exonérées, lesquelles pourraient à bon droit faire état des attentes légitimes résultant d'une situation légalement acquise. À ce problème de sécurité juridique pour les bénéficiaires du régime, il est possible de répondre par un report dans le temps des effets de la décision. Plus gênante est la question, en cas de suppression, de l'effet utile du recours pour la personne qui a posé la QPC si l'on considère que son intention n'était pas de faire disparaître une différence de traitement, mais d'obtenir une décharge d'imposition par l'application à sa personne d'un régime de faveur. C'est sans doute ce qui a conduit le Conseil, dans deux décisions de 2013, à combiner censure pour atteinte au principe d'égalité, report des effets de la décision au premier janvier de l'année suivante pour laisser le temps au législateur de se prononcer, par la loi de finances initiale ou la loi de finances rectificative, sur la généralisation ou la suppression du régime de faveur et, « pour préserver l'effet utile du recours », à accorder le bénéfice du régime de faveur au requérant. Fixer la liste des personnes qui bénéficieront de ce cadeau royal est d'ailleurs elle-même source de difficultés, car il pourrait y avoir quelque injustice à le réserver au seul requérant dont la QPC est la première parvenue jusqu'au Conseil, d'où des distinctions parfois byzantines entre contribuables requérants, contribuables jugés et contribuables concernés (sans compter les contribuables réclamants mais non encore requérants, les contribuables contestants mais non encore rehaussés, voire les contribuables concernés mais non encore rectifiés).

On peut certes voir à cette disposition une certaine cohérence procédurale : si le recours ne peut avoir d'effet utile, quel peut être l'intérêt à agir du requérant, qui en conditionne la recevabilité ? Significativement, le Conseil d'État a déjà eu à traiter de la question pour des recours pour excès de pouvoir dirigés contre des doctrines administratives relatives à la portée d'un avantage fiscal. S'il admet qu'un contribuable puisse demander l'annulation d'une doctrine accordant un avantage fiscal (en tant qu'elle accorde à ses concurrents un avantage fiscal dont il bénéficie¹² ou en tant qu'elle accorde aux membres d'une profession appartenant à son même cercle d'intérêts un avantage qu'elle lui refuse¹³), il lui dénie le droit de demander l'extension d'une tolérance non prévue par la loi (annulation en tant que la doctrine ne lui accorde pas cet avantage)¹⁴, précisément par ce qu'il n'appartient à l'administration d'accorder un avantage fiscal (qu'un avantage reconnu à tort reste garanti au contribuable en ayant bénéficié par l'effet de l'article L 80 A du LPF est ici une autre question).

La solution que retient le Conseil constitutionnel le conduit donc à ordonner l'extension d'un régime fiscal de faveur en dépit, et même contre la volonté explicite du législateur, régime dont il vient au surplus d'établir qu'il est construit sur des critères inadéquats par rapport au but poursuivi. On aimerait pouvoir écrire que le Conseil sauve sa jurisprudence par une analyse de l'intention du législateur, lui permettant de faire une subtile distinction entre la dérogation qui n'a pas visé assez large et celle qui a visé trop large ou à côté au regard de l'objectif poursuivi. Dans le premier cas, la dérogation aurait vocation à être élargie si le législateur maintient son intention, et en faire bénéficier le requérant au nom de l'effet utile serait en quelque sorte anticiper sur un élargissement logique ; dans le second, la dérogation aurait vocation à être restreinte ou supprimée, et l'étendre au requérant serait une manière de persévérer dans l'erreur. N'est-ce pas d'ailleurs, précisément ce qu'il a fait par sa décision *Layher SAS* du 30 septembre 2016, à la désagréable surprise des avocats de la requérante ? Il s'agissait en l'occurrence d'un recours de jalousie d'une société mère contre une disposition réservant aux seules sociétés d'un groupe fiscalement intégré l'exonération de la contribution de 3 % sur les montants distribués. Le Conseil relève que le régime de l'intégration fiscale, qui détermine le mode de calcul de l'impôt sur les sociétés, n'a pas de relation logique avec un impôt indirect sur les distributions (le critère de l'exonération n'est donc

¹² CE, 8^e et 7^e ss-sect., 8 août 1990, n° 68387, CCI de Dunkerque : Dr. fisc. 1990, n° 41, comm. 1869, concl. P.-F. Racine ; *RJF* 8-9/1990, n° 1101, chron. J. Turot, « Les recours en annulation contre la doctrine administrative », p. 535.

¹³ CE, sect., 4 mai 1990, n° 55124, Association freudienne et autres, et n° 55137, Robinet et autres, Dr. fisc. 1990, n° 25-26, comm. 1272 ; *RJF*, 6/90, n° 674.

¹⁴ CE, 9^e et 10^e ss-sect., 29 octobre 2012, n° 337253, Sté Crédit Agricole SA, concl. C. Legras, note O. Fouquet ; V.L. LECLERCQ et Th. PONS, « L'imputation des crédits d'impôt d'origine étrangère sur l'IS à taux réduit. À propos de l'arrêt CE, 9^e et 10^e ss-sect., 29 octobre 2012, n° 337253, Sté crédit agricole », Dr. fisc. 2013, n° 45, étude n° 501. Le récent arrêt du Conseil d'État Sté Crédit agricole SA (CE, 26 juin 2017, n° 386269 ; Dr. fisc. 2017, n° 29, comm. 405, note Th. Pons) est revenu sur la solution au fond, c'est-à-dire en interprétant l'article 220,1 du CGI de telle sorte que la possibilité d'imputer un crédit d'impôt à taux normal sur un impôt à taux réduit n'est pas une tolérance mais une application normale de la loi. Le même jour, le Conseil d'État accepte de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC sur la compatibilité de l'article 220-1-a du CGI avec les principes d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques et avec le droit de propriété, QPC soulevée par une entreprise qui n'avait pu, notamment, reporter sur l'exercice suivant la fraction inutilisée de ces crédits d'impôt (CE, 26 juin 2017, n° 406437, Sté BPCE ; Dr. fisc. 2017, n° 29, comm. 408, conc. É. Bokdam-Tognetti, note Ph. Durand)

pas rationnel) et ne peut donc justifier une différence de traitement. Mais à la déception de la requérante, ce n'est pas la restriction au régime de faveur mais bien le régime de faveur lui-même que le Conseil a abrogé, avec report des effets de sa décision au 1^{er} janvier 2017 – la solution est jusque-là classique –, mais sans juger utile de préserver pour la SAS Layher l'effet utile de son recours.

Mais cette rationalisation que nous proposons serait doublement spéculative. En premier lieu, parce que la motivation des décisions du Conseil ne permet pas, dans le laconisme de formules stéréotypées, de suivre un tel raisonnement, qui, s'il existe, est peut-être à chercher davantage dans l'inconscient que dans l'implicite du Conseil. En second lieu, parce que nous voilà une fois de plus renvoyés à la pesée de l'intention du législateur comme critère de la constitutionnalité de la loi. La prudence, de nouveau, ne commanderait-elle pas que le Conseil s'abstienne d'asortir sa censure de ce qui s'apparente, au fond, à une injonction ?

III. UNE RÉSISTANCE DE LA MATIÈRE FISCALE ?

Sur les deux points précis que nous avons choisi d'aborder – autorité de la chose décidée et préservation de l'effet utile du recours – il semble que les décisions les plus récentes du Conseil aient marqué un repli vers des positions plus prudentes. Peut-être, et c'est là l'hypothèse que nous proposons en conclusion, faut-il y voir une forme de résistance de la matière fiscale. Il est en effet difficile au Conseil d'imposer une interprétation lorsqu'elle repose au fond sur des éléments incertains comme l'intention du législateur (qui détermine, nous l'avons vu, l'identité substantielle, mais aussi le caractère rationnel des critères utilisés pour justifier un traitement différent), les facultés des contribuables ou les effets pouvant être légitimement attendus d'une situation légalement acquise.

Ce constat pourrait conduire – ce serait aisé – à dénoncer sur le fond une attitude du Conseil empiétant sur les attributions de législateur et peu soucieux de détailler dans la motivation de ses décisions le raisonnement qu'il a mené. Mais ne pourrait-on pas inverser cette lecture et voir dans cette imprécision la rémanence de la liberté du souverain consubstantielle de l'impôt et qui rend si difficile, et peut-être même si dangereux, de construire un encadrement de l'impôt sur des critères matériels ? Après tout, peut-être est-il plus sain qu'un certain flou persiste sur la nature des facultés que taxe l'ISF (on sait que ce sont les facultés que confère la détention d'un ensemble de biens et de droits¹⁵, ce qui est, à vrai dire, un peu une tautologie) si l'on songe aux avenues qu'ouvrirait à l'évasion fiscale une définition trop étroite en termes de revenu disponible.

Mais le corollaire de cette incertitude est un appel à la retenue sur la portée des décisions, tout particulièrement lorsqu'elles sont rendues en QPC. Car les QPC ont ce biais de placer le débat sur le seul terrain de la protection des droits et libertés que la constitution garantit, qui est loin d'être l'unique dimension de l'exercice du pouvoir d'imposer.

Emmanuel de Crouy-Chanel

Emmanuel de Crouy-Chanel est professeur à l'Université de Picardie – Jules Verne et

¹⁵ CC, déc. n° 2010-44 QPC du 29 septembre 2010, Époux M., cons. 11 ; déc. n° 2010-99 QPC du 11 février 2011, Mme Laurence N., cons. 5 ; déc. n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, Loi de finances pour 2013, cons. 90.

▮ membre du département Sorbonne-fiscalité et finances publiques de l'Institut de recherches juridiques de la Sorbonne (IRJS)

L'autonomisation relative des références à la sécurité dans les décisions du Conseil constitutionnel

Existe-t-il une spécificité des références à la sécurité dans les décisions du Conseil constitutionnel ? Ces références sont-elles ou non sensibles aux mouvements d'autonomisation et de subjectivation d'un droit fondamental à la sécurité que consacraient les discours législatifs¹ et certaines décisions juridictionnelles² ? Ces vingt dernières années porteraient en effet la marque d'un glissement conceptuel signant le passage de la « sécurité publique » comme composante de l'ordre public vers une sécurité érigée en principe autonome, voire en droit subjectif. Ce glissement serait le produit d'initiatives législatives et jurisprudentielles répétées imposant, d'une part, des obligations d'action à l'égard de l'État³ et consacrant, d'autre part, un droit à réparation – certes affirmé à degré variable⁴ – en faveur de victimes d'actes d'atteinte à la sécurité.

¹ Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les enjeux normatifs de la fondamentalisation du droit à la sécurité », in M. TOULLER (dir.), *Le code de la sécurité intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ?*, Paris, Dalloz, 2017.

² Voir M.-A. GRANGER, « Existe-t-il un “droit fondamental à la sécurité” ? », *RSC*, n° 2, 2009, p. 273 [<http://www.revuedf.com/droit-fondamentaux/existe-t-il-un-droit-fondamental-a-la-securite/>] ; D. TRUCHET, « L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public : la question d'un droit à la sécurité », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Université de Caen, Centre de recherche sur les droits fondamentaux, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 305. Pour la Cour Européenne des droits de l'Homme, voir M. AFROUKH, « L'émergence d'un droit à la sécurité des personnes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, n° 1, 2015, p. 139-158.

³ « La sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives. L'État a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics, à la protection des personnes et des biens » (art. L. 111-1 du Code de sécurité intérieure).

⁴ Pas de faute de l'État à ne pas avoir prévu une attaque terroriste (CE 10 février 1982, *Compagnie Air –Inter*, rec. 743). En revanche faute lourde de l'État pour avoir supprimé des dispositifs de surveillance de pistes d'aérodrome (CE 14 mars 1979, *Compagnie Air –Inter*, rec. 119). Voir aussi l'infirmité du jugement du tribunal administratif de Nîmes sur la responsabilité de l'État pour défaut de surveillance de Mohamed Merah, par la Cour administrative d'appel de Marseille, 4 avril 2017, n° 16MA03663 [<http://marseille.cour-administrative-appel.fr/content/download/95619/921334/version/2/file/16MA03663%20arr%C3%AAt.pdf>].

Beaucoup restent prudents sur la partie prenante du Conseil constitutionnel à ce mouvement⁵. D'un côté, lorsque le Conseil est saisi d'une question relative à l'ordre public, il ne fait pas systématiquement référence à la sécurité. D'un autre côté, à supposer que des traces de l'autonomisation et de la subjectivation en question soient perceptibles dans les décisions du Conseil constitutionnel, il ne semble pas que ce dernier prenne une part active. Il apparaît davantage comme un relais consentant, comme le partisan d'un « laissez faire » légitimant une tendance initiée et impulsée par d'autres que lui, en particulier par le législateur.

Dès lors, il est difficile d'apporter une réponse univoque quant à la signification et aux fonctions des références faites à la sécurité par le Conseil constitutionnel. Ses décisions comprennent une pluralité d'usages (I). Le statut juridique conféré à la sécurité s'avère également complexe. Si le Conseil constitutionnel ne l'a jamais élevé au rang de droit fondamental au niveau constitutionnel, il n'a pas fait obstacle à ce que le législateur procède à cette qualification. Par ailleurs, de la même façon que celui-ci, il considère la sécurité comme une condition de mise en œuvre d'autres droits et libertés constitutionnels (II).

I. LA DIVERSITÉ DES RÉFÉRENCES À LA SÉCURITÉ

Il n'est pas rare que le Conseil constitutionnel associe la sécurité à la notion d'ordre public. L'emprise du droit administratif semble donc bien sur ce point établie. Toutefois, d'un côté, les références classiques à la sécurité publique comme composante de l'ordre public, ou apposées à celui-ci (« sécurité et ordre publics ») ne sont pas exclusives. Elles constituent en outre souvent des reproductions de la rédaction adoptée dans les dispositions législatives contrôlées (A). D'un autre côté, les références à la sécurité en tant que composante de l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public sont exprimées dans des termes spécifiques, au moyen d'une sémantique construite par le Conseil constitutionnel⁶ (B).

A. La validation des sémantiques législatives

Depuis le début des années 1980, le Conseil constitutionnel a validé nombreuses des dispositions législatives mentionnant expressément la sécurité pour justifier des mesures restrictives de droits et libertés constitutionnels. Certaines de ces dispositions s'inscrivent dans les cadres conceptuels classiques du droit administratif. Le législateur invoque la sécurité publique comme composante de l'ordre public (1) ou l'adjoint à celui-ci (2). Mais parfois aussi, le législateur dissocie les références à la sécurité de celles faites à l'ordre public (3).

1. La sécurité publique, composante de l'ordre public

Les quelques décisions du Conseil constitutionnel qui se réfèrent à la sécurité publique en tant que composante de l'ordre public reprennent les rédactions des dispositions législatives examinées. Le Conseil les reproduit pour en éclairer le sens

⁵ M.-A. GRANGER, « Existe-t-il un “droit fondamental à la sécurité” ? », art. cité ; M. AFROUKH, « L'émergence d'un droit à la sécurité des personnes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », art. cité.

⁶ Décision n° 80-137 DC, 20 janvier 1981, cons. 56.

ou la finalité. À une exception près, il les a toutes validées. Trois exemples mettant en scène des situations très diverses méritent d'être relevés.

Le premier est relatif à l'interdiction du racolage public. Dans sa décision du 13 mars 2003⁷, le Conseil valide les dispositions en cause au motif que, comme l'affirmait le législateur, « le racolage public est susceptible d'entraîner des troubles pour l'ordre public, notamment pour la tranquillité, la salubrité et la sécurité publiques ». Le Conseil estime « qu'en privant le proxénétisme de sources de profit, la répression du racolage sur la voie publique fait échec au trafic des êtres humains » et « que la création par le législateur d'un délit de racolage public ne se heurte dès lors à aucune règle, ni à aucun principe de valeur constitutionnelle ». Cette appréciation appelle une observation. Le Conseil se borne en effet à prendre appui sur les justifications avancées par le législateur alors que, eu égard aux circonstances de l'espèce, il aurait pu saisir la perche qui lui était à moitié tendue de prendre position sur le statut du principe de dignité de la personne humaine comme composante de l'ordre public, à l'instar du Conseil d'État dans l'arrêt *Morsang-sur-Orge*⁸. Les auteurs de la saisine contestaient en effet le nouveau délit de racolage sur le fondement du principe de nécessité des peines, mais aussi sur celui du principe de dignité de la personne humaine. Il était tout fait imaginable que le Conseil constitutionnel prenne appui sur la formulation de ce moyen, non pour l'accueillir, mais pour en prendre le contre-pied, en consacrant le principe de protection de la dignité humaine comme composante de l'ordre public, au même titre que la sécurité. Cela aurait d'ailleurs sur le fond conforté sa décision. Mais finalement, rien de tel.

Le deuxième exemple provient de l'examen de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. À cette occasion, le Conseil constitutionnel se réfère à la sécurité publique non pas seulement en tant que composante de l'ordre public, mais aussi en tant qu'« exigences minimales de la vie en société ». Il avalise de la sorte, sans la discuter, la « fonction sociale » que le législateur entend lui donner. Ainsi après rappelé que les « les articles 1^{er} et 2 de la loi déferée ont pour objet de répondre à l'apparition de pratiques, jusqu'alors exceptionnelles, consistant à dissimuler son visage dans l'espace public », le Conseil se borne à relever que « le législateur a estimé que de telles pratiques peuvent constituer un danger pour la sécurité publique et méconnaissent les exigences minimales de la vie en société⁹ ».

Enfin le dernier cas envisagé a conduit à la seule déclaration d'inconstitutionnalité de dispositions législatives se référant à la sécurité publique comme composante de l'ordre public. La loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure votée fin février 2011 donnait compétence au préfet pour procéder à l'évacuation de terrains ou de bâtiments occupés illégalement. Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel admet la constitutionnalité des dispositions contrôlées sans distanciation particulière à l'égard de la rédaction du texte législatif. Il relève que celui-ci prévoit que dès lors qu'« une installation illicite en réunion sur un terrain appartenant à une personne publique ou privée en vue d'y établir des habitations comporte de graves risques pour la salubrité, la sécurité

⁷ Décision n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, cons. 61.

⁸ CE, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, rec. 372.

⁹ Décision n° 2010-613 DC, 7 octobre 2010, cons. 4.

ou la tranquillité publiques, le représentant de l'État dans le département ou, à Paris, le préfet de police peut mettre les occupants en demeure de quitter les lieux ». Il peut également procéder à leur « évacuation forcée [...], sauf opposition du propriétaire ou du titulaire du droit d'usage, lorsque la mise en demeure de quitter les lieux n'a pas été suivie d'effet et n'a pas fait l'objet du recours suspensif prévu à cet effet¹⁰ ». Le Conseil constitutionnel conclut que « dans cette mesure, les dispositions contestées sont justifiées par la nécessité de sauvegarder l'ordre public et proportionnées à cet objectif ». Toutefois, dans un second temps, il finit par déclarer l'inconstitutionnalité de ces dispositions parce qu'elles négligent la période de trêve hivernale. Elles permettent en effet « de procéder dans l'urgence, à toute époque de l'année, à l'évacuation, sans considération de la situation personnelle ou familiale, de personnes défavorisées et ne disposant pas d'un logement décent ». Le Conseil estime à cet égard que

la faculté donnée à ces personnes de saisir le tribunal administratif d'un recours suspensif ne saurait, en l'espèce, constituer une garantie suffisante pour assurer une conciliation qui ne serait pas manifestement déséquilibrée entre la nécessité de sauvegarder l'ordre public et les droits et libertés constitutionnellement garantis¹¹.

Autrement dit, pour le Conseil, l'ordre public et l'une de ses composantes qu'est la sécurité publique doivent s'incliner devant l'état de nécessité des personnes à disposer d'un logement, même irrégulièrement occupé, pendant la période hivernale. L'exigence sociale l'emporte ici sur l'exigence sécuritaire.

2. La sécurité adjointe à l'ordre public

Le standard « sécurités et ordres publics » est classique en droit administratif. On en trouve plusieurs expressions précurseurs dans la loi du 4 avril 1884 relative à l'organisation municipale¹², dans de grands anciens arrêts du Conseil d'État (*Dol et Laurent*¹³ et *Couitéas*¹⁴), ou encore dans la rédaction initiale de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence : « le Ministre de l'Intérieur peut assigner à résidence toute personne résidant dans les zones comprises par l'état d'urgence dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre publics ». Cette référence à « la sécurité et l'ordre publics » apparaît également à l'article 73 de la Constitution depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. Mais cet article qui délimite les compétences des départements et des régions d'Outre-mer n'a fait l'objet d'aucune décision du Conseil constitutionnel ici pertinente. En revanche, celui-

¹⁰ Décision n° 2011-625 DC, 10 mars 2011, cons. 51 et 54.

¹¹ Cons. 55.

¹² « La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publique ».

¹³ CE, 28 février 1919, *Dol et Laurent*, req. 61593, S. 1918-1919.3.33 : « les limites des pouvoirs de police dont l'autorité publique dispose pour le maintien de l'ordre et de la sécurité, tant en vertu de la législation municipale, que de la loi du 9 août 1849, ne sauraient être les mêmes dans le temps de paix et pendant la période de guerre où les intérêts de la défense nationale donnent au principe de l'ordre public une extension plus grande et exigent pour la sécurité publique des mesures plus rigoureuses ».

¹⁴ CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, rec. 789 : « en prenant, pour les motifs et dans les circonstances ci-dessus rappelées, la décision dont se plaint le sieur X..., ledit gouvernement n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui sont conférés en vue du maintien de l'ordre et de la sécurité publique dans un pays de protectorat [...] ».

ci a eu plusieurs fois à se prononcer sur l'article 6 précité de la loi du 3 avril 1955, ainsi que ses articles 11 et 5 dont les rédactions modifiées par les différentes lois de prorogation de l'état d'urgence comprennent de nouvelles références à l'expression « sécurité et ordre publics ».

Comment le Conseil constitutionnel les apprécie-t-il ? La réponse est simple. À de rares exceptions près, il les valide. Il estime justifiées les restrictions aux droits et libertés constitutionnels qu'elles permettent. Cette double référence à la sécurité et à l'ordre publics semble dès lors produire un effet confortatif. En d'autres termes, les mesures restrictives de droits et libertés que la Constitution garantit apparaissent d'autant plus justifiées aux yeux du Conseil constitutionnel qu'elles ont pour finalité la protection, et de la sécurité et de l'ordre publics. La justification législative sert celle même du Conseil qui n'a pas besoin de l'étayer. Celui-ci a ainsi pu estimer non excessivement attentatoire à la liberté d'aller et venir la prolongation au-delà de 12 mois de « la durée d'une mesure d'assignation à résidence » par « périodes de trois mois » dès lors que, comme l'énonce la loi, « le comportement de la personne en cause constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics¹⁵ ». Cet effet confortatif des références à la sécurité et l'ordre public est plus prégnant encore dans la décision n° 2017-684 QPC du 11 janvier 2018, du moins si l'on accepte les conséquences d'un raisonnement *a contrario*. Dans cette décision, le Conseil déclare en effet contraire à la Constitution le 2° de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 qui, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, donnait pouvoir au préfet « d'instituer, par arrêté, des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé », au motif notamment, que le législateur n'avait « soumis la création d'une zone de protection ou de sécurité à aucune autre condition ». Or la loi du 11 juillet 2017 a précisément eu pour objet, à la suite d'une précédente censure du Conseil constitutionnel¹⁶, d'ajouter un but aux mesures pouvant être adoptées par le préfet sur le fondement de l'article 5. L'article 2 de cette loi modifie l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 en complétant son premier alinéa par les mots : « dans le but de prévenir des troubles à la sécurité et à l'ordre publics ». Il en résulte dès lors que c'est notamment parce que la délimitation de zones de protection ou de sécurité n'avait pas à être justifiée avant la loi du 11 juillet 2017 par le but de prévenir des troubles à la sécurité et à l'ordre publics que les dispositions qui la permettent ont été déclarées inconstitutionnelles.

Finalement, le Conseil constitutionnel n'a censuré qu'une référence faite à la sécurité et à l'ordre publics dans la loi du 3 avril 1955, à savoir celle résultant de sa modification opérée par la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016. L'exigence de sécurité et d'ordre publics justifiaient en l'occurrence que soient conservées, après la fin de l'état d'urgence, sans précision de délai d'une éventuelle destruction, les données copiées au cours d'une perquisition constituant une menace, mais ne conduisant à la constatation d'aucune infraction. Le Conseil constitutionnel considère qu'en l'espèce, le législateur n'a pas « prévu de garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée entre le droit au respect de la vie privée et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public ». Il déclare par conséquent con-

¹⁵ Décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, cons. 17.

¹⁶ Décision n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017.

traires à la constitution les mots : « À l'exception de celles qui caractérisent la menace que constitue pour la sécurité et l'ordre publics le comportement de la personne concernée » figurant à la dernière phrase du huitième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955¹⁷. Toutefois, comme dans la plupart des décisions relatives à l'état d'urgence¹⁸, le Conseil neutralise la portée de sa décision d'inconstitutionnalité en reportant ses effets dans le temps en raison des « conséquences manifestement excessives » qui en résulterait... Autrement dit, une atteinte déséquilibrée au droit à la vie privée pendant plusieurs mois est préférable à des conséquences manifestement excessives sur la sécurité et l'ordre public.

3. La sécurité détachée de l'ordre public

La dernière forme de références à la sécurité effectuée par les énoncés législatifs soumis à l'examen du Conseil constitutionnel exprime la tendance relevée d'une autonomisation à l'égard de la notion d'ordre public. Jusqu'à présent, le Conseil constitutionnel a validé, jusqu'à faire siennes, toutes les références faites à la sécurité « tout court » ou à la sécurité des personnes, à une exception, par ricochet, près¹⁹. On retiendra ici deux exemples.

Le premier concerne les mesures visant à sécuriser les manifestations sportives, culturelles ou récréatives. Dans une première affaire, le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité sans réserve des palpations de sécurité et « l'inspection visuelle des bagages à main et, avec le consentement de leur propriétaire, à leur fouille » « pour l'accès aux enceintes dans lesquelles est organisée une manifestation sportive, récréative ou culturelle rassemblant plus de 1 500 spectateurs ». Pour ce faire, il reprend la justification du législateur, à savoir celle de « protéger la sécurité physique des participants²⁰ ». Plus récemment, il a également validé la possibilité de constituer des fichiers de données sur les personnes ayant « contrevenu aux dispositions des conditions générales de vente ou du règlement intérieur relatives à la sécurité » des manifestations sportives ainsi que le pouvoir conféré aux organisateurs de leur refuser la délivrance de titres d'accès et l'accès à ces manifestations. Dans ce cas encore, le Conseil fait sienne la justification du législateur : « contribuer à la sécurité des manifestations sportives²¹ ».

Le deuxième exemple illustre la portée justificative des références à la sécurité, une fois encore, par raisonnement *a contrario*. À l'occasion de deux QPC, le Conseil a en effet déclaré l'inconstitutionnalité de dispositions législatives qui étendaient

¹⁷ Décision n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016, cons. 16.

¹⁸ Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, « L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel ou quand l'État de droit s'accommode de normes inconstitutionnelles », in *Ce qui restera toujours de l'état d'urgence*, Rapport de recherche, Convention n° 2016 DDD/CREDOF.

¹⁹ Le Conseil constitutionnel a, le 23 mars 2017, déclaré contraire à la constitution l'article 1^{er} de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre qui prévoyait que le plan de vigilance comporte « les mesures de vigilance raisonnables propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement ». Toutefois, l'ensemble de l'article est déclaré inconstitutionnel non pas en raison de la référence faite à la sécurité mais de celles relatives aux « droits humains » et aux « libertés fondamentales » estimées insuffisamment claires et précises pour fonder des sanctions pénales.

²⁰ Décision n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, cons. 98.

²¹ Décision n° 2017-637 QPC, 16 juin 2017.

aux faits d'escroquerie commis en bande organisée la possibilité de prolonger la garde à vue réservée aux délits portant atteintes à « la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes » (art. 706-73 et 706-88 du code de procédure pénale)²². Or, pour le Conseil, les faits en cause ne sont pas « en eux-mêmes » susceptibles de porter atteinte à ces principes. *A contrario*, il conforme alors la constitutionnalité de mesures de procédure pénale plus sévères quand les dispositions législatives concernent bien des délits portant atteintes à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes.

B. La sécurité des biens et des personnes, composante de l'objectif à valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public

La forme la plus fréquente de références à la sécurité dans les décisions du Conseil constitutionnel reste celle qui la présente comme l'une des composantes de l'objectif à valeur constitutionnelle de prévention d'atteintes ou de sauvegarde à l'ordre public²³. Ses références ont, eu égard aux terminologies habituelles du droit administratif, la particularité de ne pas qualifier la sécurité de « publique », mais de la rapporter directement à des destinataires, en l'occurrence des « biens » et des « personnes ». Le Conseil fait ainsi œuvre prétorienne. Il précise au moyen d'une sémantique propre le contenu qu'il entend conférer à l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public qui n'est lui-même expressément inscrit nulle part dans le texte constitutionnel.

À dire vrai, la première référence à la sécurité des biens et des personnes opérée par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 80-117 DC du 22 juillet 1980 n'avait pas été fondée sur l'ordre public. Le Conseil avait directement qualifié « la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens » de « principe de valeur constitutionnelle » qu'il opposait alors au droit de grève dans le secteur nucléaire. Ce faisant, il constitutionnalisait, en élargissant sa portée, la justification énoncée dans la loi examinée pour sanctionner d'autres hypothèses d'atteintes à la sécurité que celle de la grève. Cette première catégorisation de la sécurité des personnes et des biens est cependant restée isolée. Depuis la décision précitée du 20 janvier 1981 sur la loi dite « sécurité et liberté », le Conseil la rattache dorénavant de façon routinière à l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde ou de prévention de l'ordre public. Il reste qu'il n'est pas aisé de rationaliser les contextes dans lesquels le Conseil prend spécifiquement appui sur cette composante. Deux traits saillants peuvent néanmoins être relevés de la vingtaine de décisions concernées.

D'une part, *rationae materiae*, les références à la sécurité des personnes et des biens sont fréquemment accompagnées de celles faites à la nécessité de rechercher les auteurs d'infractions. Elles interviennent par conséquent en grande partie en matière pénale. Dans les autres cas, elles concernent essentiellement la sécurité intérieure. Les domaines dans lesquels elles apparaissent de façon privilégiée, mais

²² Décisions n° 2014-420/421 QPC, 9 octobre 2014, cons. 13 ; n° 2015-508 QPC, 11 décembre 2015, cons. 12 et 13 ; voir aussi la décision n° 2004-492 DC, 2 mars 2004.

²³ Voir par exemple décisions n° 80-137 DC, 20 janvier 1981, cons. 56 ; n° 93-323 DC 5 août 1993, cons. 9 ; n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, cons. 3 et 16 ; n° 2005-532 DC, 19 janvier 2006, cons. 18.

sans systématique, sont les mesures de contrôle et de vérification d'identité²⁴, les conditions d'installations de systèmes de vidéo-surveillance²⁵, l'encadrement des foules (manifestations sur la voie publique, manifestations sportives²⁶), la lutte contre le terrorisme²⁷ et, enfin, la justice des mineurs²⁸. Les droits et libertés constitutionnels auxquels la sécurité des biens et des personnes est le plus souvent opposée sont la liberté d'aller et venir et la liberté individuelle, le respect de la vie privée et l'inviolabilité du domicile et, plus occasionnellement, le droit d'expression collective des idées et des opinions.

D'autre part, il n'est pas toujours aisé de déterminer la ou les fonctions exactement remplies par les références spécifiques à la sécurité des biens et des personnes. À tout le moins peut-on une nouvelle fois relever un effet argumentatif confortatif permettant d'asseoir la déclaration de constitutionnalité de mesures restrictives de droits et libertés constitutionnels. Le Conseil constitutionnel a en effet très peu censuré de dispositions législatives qu'il présente comme « notamment » justifiées par la prévention ou la sauvegarde de la sécurité des biens et des personnes²⁹. Il n'a également émis que très peu de réserves d'interprétation³⁰. Le plus souvent, il intègre la sécurité des biens et des personnes dans un contrôle de proportionnalité et conclut, à de très rares exception près³¹, à l'absence d'atteinte manifestement déséquilibrée ou excessive aux droits et libertés constitutionnels auxquelles elle est opposée. La référence spécifique à la sécurité des biens et des personnes semble donc jouer comme un argument surabondant pour justifier la constitutionnalité de dispositions législatives restrictives de droits et libertés constitutionnels. Tout se passe finalement comme si l'adverbe « notamment » qui l'introduit en tant que composante de l'ordre public (« prévenir les atteintes à l'ordre public, et notamment à la sécurité des personnes et des biens ») signifiait *a fortiori*. Les décisions relatives à la justice pénale des mineurs l'illustrent tout particulièrement. Alors que le Conseil constitutionnel admet que les mineurs bénéficient d'une justice spéciale, moins sévère, il a néanmoins pu valider plusieurs mesures les concernant (celles qui prévoient notamment leur présentation immédiate) en se fondant précisément sur « la nécessité de rechercher les auteurs d'infractions et de prévenir les atteintes à

²⁴ Décision n° 80-137 DC, 20 janvier 1981, cons. 52 *sqq.* ; n° 93-323 DC, 5 août 1993, cons. 9. Toutefois, *et cela constitue une illustre d'un défaut de systématique*, on ne trouve pas de référence à la sécurité des biens et des personnes mais seulement à la nécessité de recherche des auteurs d'infraction dans la décision n° 2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017 qui portait pourtant aussi sur les contrôle d'identité.

²⁵ Décision n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, cons. 3.

²⁶ Décision n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, cons. 16.

²⁷ Décision n° 2005-532 DC, 19 janvier 2006, cons. 14.

²⁸ Décision n° 2007-553 DC, 3 mars 2007, cons. 11.

²⁹ Voir par exemple, DC n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, cons. 16. La décision d'inconstitutionnalité est en l'espèce fondée sur l'imprécision de la formulation du délit ainsi que sur l'art. 66 de la Constitution. Au moment précis de prononcer l'inconstitutionnalité, la référence à la sécurité des biens et des personnes a toutefois disparu. Seule reste celle à l'ordre et à la recherche des auteurs d'infraction.

³⁰ Voir décision n° 93-323 DC, 5 août 1993, cons. 9.

³¹ Voir les décisions n° 2007-553 DC, 3 mars 2007, cons. 11 ; n° 2011-635 DC, 4 août 2011, cons. 38.

l'ordre public, et notamment à la sécurité des personnes et des biens³² ». La considération de la spécificité des règles relatives à la justice pénale des mineurs offre néanmoins l'un des rares exemples de censure d'une disposition législative pour laquelle le Conseil constitutionnel avait pris le soin d'affirmer qu'elle était « notamment » justifiée par la prévention de la sécurité des biens et des personnes. Le Conseil s'est arrêté sur la particulière « rigueur » du dispositif soumis à son examen, en l'espèce des mesures d'assignation à résidence³³.

À l'issue de ce premier passage en revue des différentes références faites à la sécurité par le Conseil constitutionnel, on conclura qu'elles se déroberont à tout essai de systématicité et qu'elles n'obéissent pas à une rationalité unique. D'un côté, plusieurs types de références coexistent. Aucun élément ne permet de conclure à la présence d'une évolution significative, au sens de passage ou substitution, de l'usage d'un syntagme comprenant le mot sécurité vers un autre. Les signes d'une automatisation des références à la sécurité à l'égard de l'ordre public résultent essentiellement de la reproduction et de la validation des énoncés législatifs plutôt que de l'expression créatrice du Conseil constitutionnel. Du point de vue terminologique, le seul élément de constance reste la présentation de la sécurité des personnes et des biens comme composante de l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public qui n'a pas changé depuis le début des années 1980. D'un autre côté, il n'est pas aisé de déterminer les raisons ou les contextes qui portent le Conseil constitutionnel à s'appuyer spécifiquement sur la sécurité. À tout le moins décèle-t-on quelques thématiques de prédilection en matière pénale ou de sécurité intérieure. Surtout, le Conseil semble le plus souvent invoquer la sécurité des biens et des personnes pour conforter le fondement constitutionnel de dispositions législatives restrictives de droits et libertés.

II. UN STATUT DU JURIDIQUE EN IMPLICITES

Par-delà l'hétérogénéité des références faites à la sécurité, le Conseil constitutionnel lui confère-t-il un statut spécifique ? Comment se positionne-t-il face au mouvement de subjectivisation dans lequel elle serait emmenée, et qui se parachèverait par l'affirmation d'un droit fondamental à la sécurité ? Une fois encore, les choses sont complexes. Si l'on peut se ranger à l'opinion doctrinale générale qu'aucun droit – *a fortiori* fondamental – constitutionnel à la sécurité n'a pour le moment été expressément consacré par le Conseil constitutionnel, celui-ci a toutefois implicitement validé l'affirmation législative d'un droit fondamental à la sécurité (A). Par ailleurs, certaines références que le Conseil effectue à la sécurité des biens et des personnes donnent implicitement corps à une expression structurelle de la fondamentalité³⁴, dans la mesure où celle-ci est présentée comme la condition d'exercice d'autres exigences constitutionnelles (B).

³² Décision n° 2007-553 DC, 3 mars 2007, cons. 11.

³³ Décision n° 2011-635 DC, 4 août 2011, cons. 38.

³⁴ Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les droits fondamentaux en droit français : genèse d'une qualification », in P. LOKIEC et A. LYON-CAEN (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, 2005, p. 11.

A. La sécurité comme droit fondamental : entre évitement et laissez-passer

Par son silence, le Conseil constitutionnel a validé – ou mieux, n'a pas invalidé – l'affirmation législative du caractère fondamental de la sécurité (1). Pour autant, il n'a pas consacré l'existence d'un droit fondamental de valeur constitutionnelle à la sécurité (2).

1. La validation silencieuse de l'affirmation législative d'un droit fondamental à la sécurité

Le droit à la sécurité a été qualifié de « droit fondamental », et affirmé comme « l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives » à l'article premier loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité. Le Conseil constitutionnel, qui a contrôlé cette loi³⁵, n'a rien estimé devoir reprocher à cette qualification. Il ne s'est en particulier pas prononcé sur son caractère normatif. Mais il est vrai que les décisions insistant sur l'exigence de normativité des dispositions législatives se sont développées après le contrôle de la loi de janvier 1995³⁶.

Il reste qu'une fois l'exigence de normativité affirmée, des doutes ont pu être exprimés à propos des lois postérieures qui ont réitéré cette qualification³⁷. Dans la décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 tout particulièrement, le Conseil constitutionnel a en effet considéré que certaines dispositions de la loi contrôlée ne créaient « aucun droit nouveau », « aucune obligation nouvelle », ni ne conféraient « non plus à l'autorité administrative des pouvoirs dont elle ne disposerait pas déjà ». Il concluait qu'elles étaient « par suite, et dans cette mesure, dépourvues de caractère normatif³⁸ ». Certains ont alors raisonné par analogie et estimé que l'article premier de la loi contrôlée qui réaffirmait que « La sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives », n'aurait qu'une « valeur » ou « une portée » symbolique³⁹. Pour autant, le Conseil constitutionnel n'a livré aucune appréciation à ce sujet, et l'on pourrait donc conclure, à l'inverse, qu'il donne son aval à l'initiative du législateur.

2. L'absence d'affirmation d'un droit fondamental constitutionnel à la sécurité

Si le Conseil constitutionnel a laissé passer l'affirmation législative d'un droit fondamental à la sécurité, et conséquemment l'autonomisation juridique de l'exigence de sécurité dont elle est porteuse, il ne consacre lui-même aucun droit constitutionnel à la sécurité ni, à plus forte raison, aucun droit fondamental de valeur constitutionnelle. L'affirmation est simple. Elle mérite néanmoins quelques développements.

³⁵ Décision n° 94-352 DC, 18 janvier 1995.

³⁶ Voir en particulier la décision n° 2004-500 DC, 29 juillet 2004, *rec.* 116, cons. 12.

³⁷ M.-A. GRANGER, « Existe-t-il un “droit fondamental à la sécurité” ? », art. cité, p. 273.

³⁸ Décision n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, cons. 90.

³⁹ M.-A. GRANGER, « Existe-t-il un “droit fondamental à la sécurité” ? », art. cité, p. 273.

En premier lieu, lorsqu'entre le début des années 1980 à la fin des années 1990⁴⁰, le Conseil constitutionnel s'est engagé dans la construction d'une catégorie spécifique de libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle, il n'y a pas intégré de références à la sécurité. L'époque ne s'y prêtait sans doute guère ; le Conseil constitutionnel était présidé par Robert Badinter peu enclin à valoriser cette exigence⁴¹. Quelques temps après le terme de sa présidence, la catégorie des droits fondamentaux à valeur constitutionnelle a été abandonnée. Sur cette question, le Conseil constitutionnel a fait finalement preuve de la même prudence que les juges administratifs. Tandis que le Conseil d'État a assez tôt affirmé que la sécurité ne constituait pas « en elle-même » une liberté fondamentale pouvant bénéficier d'une procédure de référé-liberté⁴² ou que le Tribunal administratif de Paris a considéré que l'atteinte à une liberté fondamentale liée à l'absence de renforcement significatif des moyens de sécurité d'une université parisienne pendant l'état d'urgence était à démontrer⁴³, d'autres ordonnances ont contourné la question en préférant se fonder sur le « droit au respect de la vie⁴⁴ ».

En deuxième lieu, on pourrait envisager que l'affirmation du caractère fondamental du droit à la sécurité par le législateur stimule un jour le Conseil constitutionnel à l'ériger en principe fondamental reconnu par les lois de la République. À cet égard, la décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 sur le mariage pour tous⁴⁵ ouvre des portes. Le Conseil y énumère de façon inédite les domaines dans lesquels de tels principes peuvent être formulés et fait expressément mention de celui « des droits et libertés fondamentaux ». S'interpose toutefois pour le moment un obstacle de taille : depuis la décision du 20 juillet 1988⁴⁶, le Conseil exige pour qu'un prin-

⁴⁰ Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit “fondamental” et le droit constitutionnel français », *Recueil Dalloz*, 1995, chr. 323 ; J. FAVRE et B. TARDIVEL, « Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de “libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle” », *RDJ*, n° 5, 2000, p. 1420. Ont été successivement qualifiés de fondamentaux : le droit de la propriété (décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982), la liberté de communication des pensées et des opinions (décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984), les droits de la défense, le droit d'asile, la liberté individuelle et la sûreté, la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale (décision n° 93-325 DC du 13 août 1993), les libertés d'écrire, d'imprimer et de parler (décision n° 94-345 DC du 29 juillet 1994) et, enfin, les droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés parmi lesquels figurent notamment, la liberté proclamée par l'art. 4 de la Déclaration de 1789, dont découle « la liberté d'entreprendre, l'égalité devant la loi et les charges publiques, le droit à l'emploi, le droit syndical, ainsi que le droit reconnu aux travailleurs de participer à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises » (décision du n° 98-401 DC du 10 juin 1998).

⁴¹ Voir D. ROUSSEAU, *Sur le Conseil Constitutionnel. La Doctrine Badinter et la démocratie*, Paris, Descartes et Cie, 1997 ; R. BADINTER, Séance parlementaire du 20 janvier 2004, Sénat [https://www.senat.fr/seances/s200401/s20040120/s20040120_mono.html#REF_6].

⁴² CE, 20 juillet 2001, *Commune de Mandelieu-La-Napoule*, req. 236196, *rec.* 388.

⁴³ Tribunal administratif de Paris, 19 novembre 2015, req. n° 1518854/9.

⁴⁴ Tribunal administratif de Paris, 4 octobre 2011, req. n° 1116507/9 ; CE, 16 novembre 2011, *Ville de Paris et Société d'Économie Mixte ParisSeine*, req. n° 353172, contentieux sur les dommages causés par la réalisation des travaux dans Halles de Paris dans le magasin H&M ; CE, 22 décembre 2012, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres*, req. n° 364584.

⁴⁵ Cons. 21.

⁴⁶ Décision DC n° 88-244 DC, 20 juillet 1988, *rec.* 119.

cipe fondamental reconnu par les lois de la République soit consacré, que le principe en question ait été reconnu par une législation antérieure à 1946. L'affirmation d'un droit fondamental à la sécurité par la loi du 21 janvier 1995 et celles qui lui ont succédé ne peut donc, dans ces conditions, être invoquée qu'à titre confortatif de l'établissement d'une reconnaissance législative qui serait antérieure à la IV^e République.

En troisième lieu, à la lecture des décisions du Conseil constitutionnel, peu d'indices conduisent à déceler des évolutions significatives vers l'affirmation d'un droit constitutionnel à la sécurité. Le mouvement pourrait même sembler inverse. Le Conseil, on le rappelle, a en effet d'abord considéré la « sécurité des personnes et des biens » comme un « principe de valeur constitutionnelle » autonome⁴⁷, puis il l'a rattachée assez rapidement à la prévention des atteintes à l'ordre public qualifiée non pas de principe mais d'objectif à valeur constitutionnelle⁴⁸. Les références autonomes à la sécurité, c'est-à-dire détachée du fondement constitutionnel qu'est cet objectif, résulte de la reproduction de la rédaction des textes législatifs contrôlés (voir *supra*).

En quatrième lieu, le Conseil constitutionnel reste très prudent, si ce n'est évitant, sur le rapprochement, déviant parfois jusqu'à l'assimilation discutable⁴⁹, entre la sécurité et le principe de sûreté énoncé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Lorsque certains requérants ont établi ce lien, le Conseil n'y a pas prêté considération. Il a de lui-même replacé la question sur le terrain de la sécurité. Ainsi, par exemple, alors qu'un requérant arguait de ce que la prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour le délit d'escroquerie en bande organisée méconnaissait « la liberté individuelle et les droits de la défense dès lors que » les infractions auxquelles elle se rapporte « ne portent pas atteinte en elles-mêmes à la sûreté, à la dignité ou à la vie des personnes », le Conseil rectifiait l'argument en répondant sur le terrain de la sécurité : « pour apprécier la constitutionnalité de la référence au 8^o bis figurant aux 14^o et 15^o de l'article 706-73, il convient », affirme-t-il, « de vérifier si les délits visés à ces 14^o et 15^o sont susceptibles de porter atteinte en eux-mêmes à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes lorsqu'ils se rapportent au délit d'escroquerie en bande organisée prévu par le dernier alinéa de l'article 313-2 du code pénal⁵⁰ ».

Enfin, en dernier lieu, pas plus l'on ne trouve de positionnement explicite sur l'existence d'un droit constitutionnel et/ou fondamental à la sécurité dans les décisions du Conseil, on n'y rencontre non plus beaucoup d'indices qui concourraient à une reconnaissance implicite de ce droit. Le Conseil n'a jamais affirmé d'obligation constitutionnelle à l'égard du législateur d'agir pour faire cesser des atteintes

⁴⁷ Décision n° 80-117 DC, 22 juillet 1980.

⁴⁸ Décisions n° 80-127 DC, 20 janvier 1981 ; n° 93-323 DC, 5 août 1993 ; n° 94-352 DC, 18 janvier 1995 ; n° 2005-532 DC, 19 janvier 2006, etc.

⁴⁹ Voir P. DELVOLVÉ, « Sécurité et sûreté », *RFDA*, vol. 27, n° 6, novembre-décembre 2011, p. 1086. ; R. BADINTER, Séance parlementaire du 20 janvier 2004, Sénat [https://www.senat.fr/seances/s200401/s20040120/s20040120_mono.html#REF_6] ; H. LECLERC, « De la sûreté personnelle au droit à la sécurité », *Journal du droit des jeunes*, n° 255, mai 2006, p. 7-10.

⁵⁰ Décision n° 2015-508 QPC, 11 décembre 2015, cons. 12.

à la sécurité, ni d'assurer une quelconque réparation en cas de carence fautive. Autrement dit, il n'existe pas d'équivalent des arrêts *Couitéas*⁵¹, ni des deux arrêts *Doublet*⁵² et de leur suites⁵³ à l'adresse du Parlement.

B. La sécurité des biens et des personnes, condition de mise en œuvre de principes et droits constitutionnels

La discussion sur la fondamentale de la sécurité ne s'épuise pas à la considération des qualifications expresses qui peuvent lui être conférées. Il est aussi possible de l'envisager sous l'angle de la fonctionnalité, en particulier sous celui de la fonction justificative des énoncés. De ce point de vue, le statut des références à la sécurité dans les décisions du Conseil constitutionnel est double. D'un côté en effet, on l'a souligné, le Conseil présente la sécurité des biens et des personnes comme l'une des composantes de l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public. En ce sens, la sécurité ne constitue pas un fondement ultime dans le vocabulaire du Conseil constitutionnel, puisqu'elle est elle-même fondée sur un objectif plus général. Mais d'un autre côté, dans le même temps, depuis sa décision du 20 janvier 1981 sur la loi sécurité et liberté, le Conseil rappelle régulièrement⁵⁴ que « la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, sont nécessaires à la mise en œuvre de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle⁵⁵ ». La sécurité des biens et des personnes apparaît dès lors ici comme une précondition de l'exercice d'autres droits et libertés. Plusieurs commentaires s'imposent alors.

En premier lieu, il n'est pas interdit de voir dans ce lien opéré entre la sécurité des personnes et des biens d'un côté et la mise en œuvre de droits et libertés de l'autre, l'expression latente d'un processus de subjectivisation qui gagnerait aussi d'autres sources du droit et les discours politiques. Mais cette hypothèse mériterait d'être confortée par d'autres éléments tangibles qui font jusqu'à présent défaut dans les décisions du Conseil constitutionnel. En deuxième lieu, la référence « à la mise en œuvre de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle » laisse devant une donnée inconnue : quels sont exactement ces principes et droits que conditionne la sécurité ? Il n'existe pas réponse précise. En dernier lieu, comment ne pas voir dans la formulation proposée par le Conseil constitutionnel un écho de l'une des allocutions politiques qui a connu le plus de succès et de postérité ces dernières années, à savoir celle du Garde des Sceaux Alain Peyrefitte, prononcée au soutien du vote de la loi « sécurité et liberté » au début de l'année 1981 ? Celui-ci commentait ainsi les rapports entre les deux notions :

On a souvent opposé au cours des dernières semaines ces deux notions de sécurité et de liberté. Certains feignent de penser que tout renforcement de la sécurité

⁵¹ CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, *rec.* 789.

⁵² CE, 23 octobre 1959, *Doublet*, *req.* n° 40922; CE, Sect., 14 décembre 1962, *Doublet*, *rec.*, 680.

⁵³ Voir F. MELLERAY, « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », *AjDA*, n° 2, janvier 2005, p. 71 *sqq.*

⁵⁴ Décision n° 80-127 DC, 20 janvier 1981 ; voir aussi décisions n° 93-323 DC, 5 août 1993 ; n° 94-352 DC, 18 janvier 1995 ; n° 2005-532 DC, 19 janvier 2006 ; n° 2007-553 DC, 3 mars 2007 ; n° 2011-635 DC, 4 août 2011.

⁵⁵ Décision n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, cons. 56.

se fait aux dépens de la liberté et qu'en revanche il faut se résoudre à payer toute extension des libertés individuelles par une croissance de l'insécurité. Dieu merci, il n'en est rien ! [...]. Liberté et sécurité sont solidaires : voilà le vrai. La sécurité est la première des libertés; inversement, il n'y a pas de liberté sans une sécurité qui garantisse qu'on pourra en jouir, à commencer par la liberté de rester en vie, la liberté de garder son intégrité physique, la liberté d'aller et de venir. Il n'y a aucune contradiction à vouloir renforcer à la fois la sécurité et la liberté. La sécurité sans la liberté, c'est l'oppression ; la liberté sans la sécurité, c'est la jungle⁵⁶ !

Tout est dit. L'affirmation du Conseil constitutionnel que la sécurité des biens et des personnes est « nécessaire à la mise en œuvre » de principes et de droits à valeur constitutionnelle s'inscrit dans la droite ligne de ce tournant axiologique. Elle exprime sa rapide consécration au niveau constitutionnel. Alors qu'aucun énoncé du texte de la Constitution ne se réfère explicitement à l'ordre public, et encore moins à la sécurité des personnes et des biens, celle-ci est non seulement, sur le plan formel, hissée au même rang normatif que les droits et libertés qui y sont exprimés, mais aussi, sur le plan matériel, affirmée comme une de leur condition de mise en œuvre.

*
**

Au bout de cette enquête, on conclura que si les références à la sécurité apparaissent dans les décisions du Conseil constitutionnel parfois dissociées de l'ordre public, cela résulte davantage de la validation d'initiatives législatives que de son œuvre prétorienne. De même, on ne trouve pas de traces significatives autres que celles qui proviendraient des dispositions législatives contrôlées du mouvement de subjectivisation qui a pu être relevé dans certaines décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme. Jusqu'alors, l'institution des QPC qui pourrait porter certains justiciables à se prévaloir d'un droit constitutionnel à la sécurité n'a rien changé. Enfin, si le Conseil constitutionnel n'est pas en mesure d'imposer des obligations d'action au législateur, en matière de sécurité, il lui permet en revanche beaucoup. Rares sont les censures intervenues contre des dispositions que le Conseil a estimé justifiées par une exigence spécifique de sécurité. Le législateur n'est sanctionné qu'en cas d'atteinte manifeste aux droits et libertés constitutionnels. Les décisions du Conseil constitutionnel se caractérisent dès lors globalement par un laissez-faire. L'absence de censure qui en résulte produit à la longue un effet de légitimation des mesures législatives sécuritaires successivement adoptées.

Véronique Champeil-Desplats

Professeure de droit public à l'Université de Paris Nanterre, Membre du Centre de Théorie et d'analyse du droit, équipe CREDOF

⁵⁶ A. PEYREFITTE, Assemblée Nationale, 2^e Séance du 11 juin 1980, *J.O. débats*, p. 1749.

Le constitutionnalisme global
(suite)

Denis Baranger

Brexit as a Constitutional Decision

An Interpretation*

INTRODUCTION

This paper aims at better understanding a specific case of globalization and reaction to globalization: the European Union and Brexit. The overall claim is that there is an interaction between Brexit as a legal/political event and the nature of the European Union as a legal/political construct. Leaving the EU is not an ordinary accomplishment: it is a decision of great magnitude. I will approach it as such, namely as a “constitutional decision” aiming at changing the UK constitution. Yet this change does not take place in a vacuum: apprehending the “undoing” of Britain’s adherence to the European Union requires an understanding of the nature of European Union integration and of the incorporation of European Union law at the level of British domestic law.

Brexit reads as a reaction against—or a rejection of—globalism: a reclaiming of national sovereignty against a specific instance of supranational power: the European Union. Law forces actors to frame their political assertions in certain terms so that they become effective. To make Brexit a normative reality, it has to be expressed through certain manifestations of will.

The brutality of the “leave” vote and its accompanying propaganda rests on the assumption that leaving the European Union is easy. The will of the people should be self-executing: it should suffice to sever the links between the United Kingdom and the European Union. After all “Brexit means Brexit.” The ensuing process of implementing the results of the referendum of June 2016 goes some way towards proving that the exact reverse is true: it is murky and unclear. There is a gap between the political intention expressed in the vote of 23 June 2016 and the process of drawing the consequences from this choice. I will suggest that the underlying—and maybe unconscious—constitutional theory of Brexit is one of a “constitutional decision” which is properly accounted for by a (modified) Schmittian theoretical framework. Yet I will also suggest that “decisions don’t work” in general, and especially when it comes to undoing the European Union. This is due to the European Union’s own underlying constitutional theory which I will tentatively depict as a rejection of constituent power: a “decision not to decide.”

* This piece is published as it was delivered on 30 May 2017, with little or no changes except to take into account the progress of the European Union (Withdrawal) Bill in the British Parliament. I wish to express my gratitude to Gregory Bligh for his comments on an earlier draft.

*
**

My argument is made in two parts. In a first part, I will make the claim that the idea of constituent power is helpful in order to make sense of Brexit which, in my view, amounts to a constitutional decision in a (modified) Schmittian sense. In a second part, I will suggest that this “decision” is a reaction to the fact that the making of the European Union was based on a fairly elaborate rejection of the very idea of constituent power: what I would call a “decision not to decide,” i.e. not to give the EC and later the European Union a fully-fledged constitutional settlement. This was not accidental and, as shown by the Brexit process, appears very difficult to overcome.

I. BREXIT AS A (FAILED) CONSTITUENT DECISION

Brexit is an unfolding story, and every narrative is perforce a temporary one. New episodes are constantly added to the chain novel. I will focus for the moment on the “*Miller*” litigation and especially on the UK Supreme Court decision of 24 January 2017.¹ I will not spend too much time on the facts of the case and the procedural history. It is well known that on 23 June 2016 the British electorate voted on a referendum which resulted in a majority of voters choosing to “leave” the European Union. Mrs Miller and other claimants brought an action –first before the High Court and then before the Supreme Court of the United Kingdom (UKSC)– to ask whether the executive government could decide to use its own inherent prerogative (non-statutory) powers in order to give notice of withdrawal on the basis of article 50 of the Lisbon Treaty.

Let me just say that the case boiled down to the question of which “steps” were “required as a matter of UK domestic law before the process of leaving the European Union could be initiated” (§2). Could the executive trigger an article 50 declaration of withdrawal by an act of the Crown’s prerogative? Or did it take an Act of Parliament to authorize this process of withdrawal? The court’s answer is fairly straightforward: an Act of Parliament is necessary to initiate the procedure. What is of interest to me in the case is not so much the UKSC’s rationale for justifying this procedural choice as what the court has to say about constitutional change.

A. Referendum and constitutional change

In his dissenting opinion, Lord Reed states that the *Miller* litigation is not

an appropriate occasion on which to consider the implications for our constitutional law of the developing practice of holding referendums before embarking on major constitutional changes. (§171)

This is technically correct, yet the practice itself matters on a more general plane. There seems to be at least an implication, in the mind of politicians, that

¹ R (on the application of Miller and another) (Respondents) v. Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant), reference by the Attorney General for Northern Ireland – In the matter of an application by Agnew and others for Judicial Review, REFERENCE by the Court of Appeal (Northern Ireland) – In the matter of an application by Raymond McCord for Judicial Review, [2017] UKSC 5; on appeals from: [2016] EWHC 2768 (Admin) and [2016] NIQB 85 [<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf>].

referenda will lend some degree of legitimacy to a constitutional reform. We can see this at play with the Brexit vote. The magnitude of the “leave” vote cannot be underestimated. Yet it is unclear how it should be interpreted in legal terms.

There are many ways to approach Brexit. It is obviously a political event. A mistake commonly made is to overlook the fact that politics is an intrinsically normative activity, if not directly legally normative. But politics means public choices that can convey a certain degree of political legitimacy, as in the case of the 2016 referendum. The vote had a (politically) normative impact. There remained the question of how to take into account this political normativity in legal terms. The *European Union Referendum Act 2015* authorised the holding of the referendum held on 23 June 2016. However, it did not spell out the legal consequences of the referendum result. An example of an Act spelling out the consequences of a referendum is s. 8 of the *Parliamentary Voting System and Constituencies Act 2011*, enjoining the Executive government (a said minister) to make an order bringing into force certain specified legal provisions should the referendum be passed.

In the case of the 2016 Brexit referendum, however, what would happen after the vote was “left to political determination.”² Yet this political determination was subject to constitutional characterization and what had to be done was unclear. In *Miller*, the majority opinion stated that “this case has nothing to do with [...] the wisdom of the decision to withdraw for the European Union” which were characterized as “political issue” (§3). It also went on to say that the court had to decide “issues of law [...] relating to the constitutional arrangements of the UK” (§4).

This is exactly where the Brexit referendum has put Britain. It is self-evident that some sort of political decision has been made. Yet this decision is so self-evident that it is difficult for politicians or observers to spell out its exact consequences. This is the purpose of the inscrutable “Brexit means Brexit” political catchphrase. The legal consequences, for a start, are not incorporated in the political decision. They need to be addressed separately.

Brexit epitomizes the “political vs. legal” divide: it is entirely a political decision which awaits a legal implementation. After the vote, there was no clear constitutional path to exiting the European Union. The reason for this is based in part on the nature of the British constitution, which contains no explicit recognition of popular sovereignty, no written constitution and as such no explicit theory of constituent power and which supports complex normative arrangements in which parliamentary sovereignty is balanced by inherent ministerial powers (prerogative). This clash between a “raw” political decision and a complex, customary, constitutional settlement has brought about the *Miller* litigation and more generally the difficulties for the British executive to clarify its position about Brexit. Yet there is a way to understand Brexit precisely by calling into play the theory of constituent power.

B. The crux of the *Miller* litigation

The *Miller* case begins with a recital of the way in which the United Kingdom has entered the European Union. The narrative insists on the major importance of the “decision of principle to join the European Union Communities” taken at the

² N. ARONEY, “R (*Miller*) v. Secretary of State for Exiting the European Union: Three Competing Syllogisms”, *The Modern Law Review*, no. 80, 2017, p. 726-745 [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1468-2230.12282].

time. Quotes by major politicians during the debates on what would become the *European Communities Act 1972* (ECA) are conjured in order to insist on the magnitude of the choice being made:

The Prime Minister, Mr Heath, said that he did not think that “any Prime Minister has [...] in time of peace [...] asked the House *to take a positive decision* of such importance as I am asking it to take,” and that he could not “over-emphasise tonight the importance of the vote which is being taken, *the importance of the issue, the scale and quality of the decision* and the impact that it will have equally inside and outside Britain.” In a debate in the House of Commons in January 1972, in which the earlier resolution was effectively re-affirmed, Mr Rippon, the Chancellor of the Duchy of Lancaster, said “we all accept *the unique character of the Treaty of Accession*.”³

The ECA, then, was no ordinary statute. It was later reframed as a “constitutional statute” with the specific, technical (no implied repeal) meaning of that expression given to this expression since *Thoburn*⁴.

In *Thoburn*, Laws LJ said of the ECA that:

It may be there has never been a statute having such profound effects on so many dimensions of our daily lives.⁵

The ECA’s long title was “An Act to make provision in connection with the enlargement of the European Union Communities”, as if the decision to adhere had preceded the Act and its purpose was only to put it into effect.

As Nicholas Aroney has pointed out:

The Act was enacted after Britain *signed* the Treaty of Accession through which it would become a member of the European Union Communities but before Britain *ratified* it. This process recognised the capacity of the Government to sign the treaty in exercise of the Queen’s international prerogatives without parliamentary approval. But the timing also recognised the need to postpone Britain’s ratification of the treaty until after the ECA came into force, to ensure that from the time of ratification Britain would be in compliance with its European Union obligations[.] While the *European Union Communities Act* assumes the existence of the treaties, it does not necessarily mandate their continued existence.⁶

Yet the ECA was anything but a clear-cut constitutional enactment making Britain a part of the EEC, as would later be the case—for instance— of the equivalent clause in article 88-1 of the French Constitution (adopted as a result of the Maastricht Treaty). The main clause in the ECA was section 2 (“general implementation of treaty”) which contained an extraordinarily abstruse piece of legislative drafting:

All such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided for by or under the Treaties, as in accordance with the Treaties are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly.

³ §13, my emphases.

⁴ *Thoburn v. Sunderland City Council, Hunt v. London Borough of Hackney, Harman and Dove v. Cornwall County Council, Collins v. London Borough of Sutton*, [2002] 4 All E.R. 156.

⁵ *Thoburn*, p. 62.

⁶ N. ARONEY, “*R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union: Three Competing Syllogisms*”, *op. cit.*, p. 735.

This choice of words led to a heated doctrinal debate which has some echoes in the *Miller* litigation. For some, the ECA 1972 was only to be understood as a “conduit pipe” allowing for the conveying of EC law into the British legal system. For others it was a constitutional sea change: not only did it provide that European Union law would apply in the UK as part of its domestic law, but also it “provided for a new constitutional process for making law in the UK” (majority in *Miller*, §61).

1) In the minority, Lord Reed adopted a fairly moderate analysis of the meaning of the ECA. While he expressed some reverence for parliamentary sovereignty, he also insisted on another “principle of the British constitution”, namely that the Crown’s prerogative includes the conduct of foreign affairs and especially treaty-making power. This keys in with the dualistic doctrine of British law regarding international law: “although the Crown can undoubtedly enter into treaties, it cannot, by doing so, alter domestic law”. Treaties do not automatically take effect in the UK domestic legal system. Yet the ECA, while it does precisely that with regard to the EC treaty, is drafted in such a way as to make European Union law’s effect into domestic law “inherently conditional on the application of the European Union treaties to the UK and therefore on the UK’s membership of the European Union” (§177). In other words, the ECA is only a conduit pipe: it gives continuing effect to European Union law while Britain adheres to the European Union. But adhesion and withdrawal are matters for decision under the Crown’s prerogative?

2) The majority in *Miller* took the first of those two views:

Although the 1972 Act gives effect to European Union law, it is not itself the originating source of that law. It is, as was said on behalf of the Secretary of State echoing the illuminating analysis of Professor Finnis, the “conduit pipe” by which European Union law is introduced into UK domestic law. So long as the 1972 Act remains in force, its effect is to constitute European Union law an independent and overriding source of domestic law. (§65)

Yet at the same time it held that, by the ECA 1972, “Parliament endorsed and gave effect to the UK membership of [the European Union] under the European Union treaties” (§77). The key word here, for the sake of the present discussion, is “endorsed.” The UKSC came to the conclusion that Parliament, and Parliament only –as opposed to the executive by way of its prerogative– was the “relevant constitutional body” as what was to be effected was a “fundamental change in the constitutional arrangements of the UK” (§78). And the court went on to say that “far from indicating that ministers have the power to withdraw from the European Union treaties” the provisions of the ECA 1972 “support the contrary view” (§87).

To sum up, the majority and minority in *Miller* have parted ways on the issue of the legal import of the vote in the Brexit referendum. For the majority, the impact is such that it requires the closest possible substitute to an entrenched constitution: namely an Act of Parliament. For Lord Reed, there is no such implication: the existing constitutional arrangement allows for prerogative, in lack of an explicit will of Parliament expressed in the ECA, to trigger art. 50 without previous legislative authorisation. As I said previously, the majority opinion differs from the minority in the sense that, while not disapproving of the “conduit pipe” theory, it holds that the ECA had a “constitutional character,” not only in the *Thoburn* sense (§67) but also, maybe more importantly, in the sense that it “constitutes European Union law as an entirely new, independent and overriding source of *domestic law*” (§80). This was in essence a constitutional matter as “one of the most fundamental functions of the constitution of any state is to identify the sources of its law” (§80).

The problem with that position seems to be that it confuses two different things. On one hand, adhesion and its legal vehicle (a treaty). On the other, the authority of European Union law and its mode of implementation, which was the purpose of the ECA 1972. In other words: the majority merges the “conduit pipe” theory and the issue of the “constitutional” nature of the ECA. This does not seem to stand examination. It would seem that one cannot hold the “conduit pipe” theory and the “no withdrawal without act of Parliament” theory at the same time. Or at least — as courts can do whatever they like— in order to do so, one needs to emphasize, in the court’s words, “the major constitutional change which withdrawal from the European Union will involve, and therefore the constitutional propriety of prior parliamentary sanction for the process” (§99).

The court is thus stuck in a difficult position: it has to acknowledge that this is emphatically a constitutional matter. Yet the locus of the constitutional decision (in terms of source or *instrumentum*) and the very content, in precise legal terms, of what was decided is hugely vague. And as a result so are, in the words of the court, “the constitutional implications of withdrawal from the European Union” (§80) and the “significant [...] constitutional change” required to undo what was done in 1972 (§81).

This involves a framing of the “conduit pipe” theory in terms of legal sources and the collateral idea that sources are inherently a constitutional matter. The majority goes on to say that “the consequential loss of a source of law is a fundamental legal change which justifies the conclusion that prerogative powers cannot be invoked to withdraw from the European Union treaties” (§83).

As a matter of fact, in order to change the constitution (in the sense of the existing repository of legal pedigrees or “sources”), it takes nothing less than an Act of Parliament. Parliament is the ultimate “source-maker”:

Parliament was and remains sovereign: so no new source of law could come into existence without Parliamentary sanction. (§61)

Sovereignty is approached here in terms of the ability to create sources, in the exact sense of framing pedigrees for new sources. The sovereign is a “pedigree-maker.” In the words of Aroney:

The majority’s decision in the Brexit case seems to have turned this on its head in subtle ways. For in their reasoning, when the UK enacted the ECA it brought European Union law-making *into* UK domestic law, not only at the level of the specific rules and remedies of European Union law, but at a constitutional level as well.⁷

It seems difficult to come closer to using the vocabulary of constituent power without actually doing so. If, however, on the brink of entering the theoretical territory of constituent power, the court does not cross the Rubicon, it is for serious reasons. The overarching principle is parliamentary sovereignty (§61: “Parliament was and remains sovereign”). This cardinal principle stands as an obstacle to a continental-style constituent power. As we shall see, the sovereign is not only a source-maker, but also the authority which has legitimacy to make a constitutional decision.

⁷ *Ibid.*, p. 745.

C. The meaning of the Brexit referendum: a constitutional decision?

Let us set aside for a moment the fact that referendums in Britain are triggered by legislation and that the 2016 Brexit referendum did not have a binding effect on Parliament. What matters in fact is that the vote has an inherent importance, a normative authority which is not adequately captured by just apprehending the fact that, on the face of it, it was not legally binding on Parliament. There was obviously something more to it and there still is. The 2016 referendum has changed the face of the British constitution, although we don't know exactly how so far. A way to capture its constitutional meaning, I would submit, is to read it as a Schmittian constitutional decision. Referendums stand at the crossroads between political normativity and legal normativity. In legal terms, the "legal constitution" would deny any effect whatsoever to the 2016 referendum. Parliament or the executive are not bound to take any action. Yet the "political constitution" delivers exactly the opposite answer.

A decision that says what?

There is reason to think that the result of the referendum reads as a constitutional decision in the sense Carl Schmitt gave to that expression: "a political will" regarding "a global concrete decision on the type and form of political existence" which determines "the existence of the political unity as a whole." It is not dependent on a pre-existing norm. Rather, it determines the content of the "constitutional law," the formal constitution as such.⁸ It is a decision about the political nature of the State: it protects says Schmitt "its existence, integrity and security." It is an "existential notion" regarding "independent political existence."

This seems very much in line with the intentions of the proponents of the "leave" vote. I am not certain that the UKIP leaders or the activists in the "Brexit" camp as a whole have read Schmitt. But the Schmittian political philosophy seems to fit well with their own—less articulate, to say the least—ideology. Especially the Schmittian constitutional decision is based on the notion that there are "existential" choices that are predicated upon a conception of politics as based on the friend/enemy distinction. It insists on the ability of a political community to decide on its political form as an independent entity. If the Brexit referendum is to be read in this light, it would amount to a decision to undo adhesion to European Union.

Of course, the Schmittian framework is not an exact fit. For one thing, it is not adjusted to the case of an unwritten constitution. In Schmitt's constitutional theory, the decision *precedes* the formal constitution. In the UK, there is no formal constitution and the referendum takes place in the course of a long constitutional process of which it is only an episode. Also, the "leave" vote is not a conscious constitutional decision, while Schmitt insists that a constitutional decision is "a conscious act" which "gives shape to political unity." But I would submit that the Brexit referendum is seen by its proponents—and now by the British government—as a constitutional decision. The "raw" quality of the vote—the fact that it had no automatic legal effect—reinforces this rather than it weakens it. Constituent power, even in the non-decisionist versions, always has such a raw quality. C. 18th thinkers would have related this to the "state of nature" in which constituent power

⁸ C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 212. I am aware that I translate into English, not from the original German, but from the French translation and I beg my readers to forgive this (temporarily, I hope) breach of the rules of scientific translation.

takes place. In modern times, this is often related to the inherently “illegal” nature of the making of a new constitution, the fact that it breaks with past constitutional arrangements.

As far as the future is concerned, the aim of Brexit seems to be the consolidation of a constitutional identity that was unclear and *transforms* the electorate into a “demos”, the bearer of a constituent power. It aims at clarifying and “protecting”—in the words of Schmitt—that constitutional identity by severing the ties with the greatest transnational entity to which the UK belonged: the European Union. Yet I am far from claiming that the leave vote, or any other significant act of will following it, is actually a constitutional decision, for reasons I will explain now. Hence the fact that I have called it so far a “failed” constitutional decision or a “so-called decision.”

Some doubts about constitutional decisions

Many of Schmitt’s theoretical stances have the flavour of theoretical hard drugs: they are apparently persuasive and seem to convey a political truth of some kind. Yet they come with a certain delusional effect and, for some, an addictive and destructive effect. The truth in them is overstated. It is exaggerated in such a way as to make that kernel of truth serve an extremely elaborate ideological manipulation. Schmitt is the grand master of intellectual *mauvaise foi*. His arguments are made with an undeniable dose of bad faith. This is the case with the “decisionist” theory of the constitution. It seems pretty clear that Schmitt invented that theory in order to justify a revolutionary change in the political order of the kind evidenced by Bolshevism in 1917 Russia or (more to the point) the shift to Nazism in Germany. This is not to say that there is not—as in many things about Schmitt—an inkling of truth to the idea. This truth lays, in my view, in the idea that there is an underlying political will—which I would rather call a constitutional *intention* than a decision—at the core of every constitution. It does not have to take the shape of a decision. Schmitt is right to detect a core political choice in constitutions and to say that this core choice is what makes a constitution. But he is wrong in saying that this *choice* takes the form of a *decision*. More often than not, what is there to be found is a recognition, an acknowledgement—often by representatives—that the choice has been made. This is why constituent power can be reconciled with representation. There is no need to summon the “people” as such, if such a thing does exist at all. Representatives are there to express a “will” which is in fact an underlying intention or a consensus.

Also, there is a theatrical, or “grandstanding”, quality to the decisionist theory in constitutional law: it is meant to be to constitutional law what the big bang theory is to cosmological expansion: nothing exists before it, and everything happens as a result of it. Rather, a constitutional intention can be incorporated in an ongoing process of constitutional change, albeit—as maybe in the case of Brexit—with a serious swerving effect.

The delusional quality of Brexit

In the UK, there was obviously something delusional about the “leave” vote, which has paraded as an “existential” constitutional decision. This delusional aspect has been frequently emphasized: for one thing, promises made to the electorate were highly dubious, not to say that some of them (such as the famous £350 millions/week funding pledge for the NHS) were all-out lies. More generally, as there is something structural about the vote which goes beyond conjuncture and

uncertainty, the decision to leave the European Union and more diffusely –to reject legal globalism and reclaim sovereignty– may just have been an impossible one. Secondly, in the case of the UK, some local cultural features make it even more unlikely: there is no place in British constitutional law for a constitutional “decision.” Brexit appears as some kind of desperate attempt to “play the system” –or turn it upside down– by forcing a decision in a “non-decisionist” structure such as the British constitution. The attempts to transform Brexit into a constitutional decision are hindered by the fact that certain major constitutional concepts are missing in the UK context: the people, the general will, and even constituent power as such. Finally, there is a reason for this delusional dimension of Brexit which lays not at the national (UK) plane, but is due to the European Union itself. I would read Brexit as a political reaction to something deeper, an underlying structure of the European Union which reads as a “decision not to decide” what should be the political nature of the Union. This decision amounts to a deliberate choice *to not have a constitution*. This brings me to the second part of my paper.

II. THE EUROPEAN UNION’S “DECISION NOT TO DECIDE”

A. Twelve years after the constitutional treaty: why not a European constitution?

In 2005, Miguel Maduro expressed the view that:

though it may be argued that the constitutional treaty still does not represent an exercise of constituent power [...] it may also be the case that the treaty’s change of regime both presuppose and require an extension of the authority of constitutionalism in the European Union.⁹

Drawing from Joseph Weiler’s classic piece on the “transformation of Europe,”¹⁰ he also expressed the view that European Union would from then on “lay claim to the normative and political authority expressed in the doctrines of supremacy and direct effect and leading to [its] emergence as a community of open and indeterminate political goals.” The new Treaty, therefore, may, despite the absence of constituent power, “further extend the authority of constitutionalism.”¹¹

With the benefit of hindsight, and for various reasons, it is fair to say that none of this has happened. There has been no “Constitution for Europe” after the Treaty was rejected. The reality of the constitutionalisation of the European Union is very much subject to doubt. Who could seriously affirm that significant steps have been taken towards the “ever closer union” referred to in the preamble to the Maastricht Treaty? It takes an immense amount of wishful thinking to believe that this is the case, and also to think that this has led to the establishment of a “constitution.” The interesting question then becomes “why”? Maduro’s view was based on a refined

⁹ M.P. MADURO, “The importance of being called a constitution: Constitutional authority and the authority of constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, nos. 2-3, 1 May 2005, p. 332–356.

¹⁰ J.H. WEILER, “The Transformation of Europe”, *Yale Law Journal*, vol. 100, no. 8, June 1991, p. 2403-2483.

¹¹ M.P. MADURO, “The importance of being called a constitution: Constitutional authority and the authority of constitutionalism”, *op. cit.*, p. 333-334.

analytical distinction between “normative supremacy” generating its own “instrumental constitutionalism” and “constitutional authority in the sense of a constituent power.” According to Maduro, there has taken place a move from “low intensity constitutionalism” to a “polity-building capacity” aiming at a “constitutional authority” leaving “the question of final authority open.”¹² While the Treaty did not produce a “true constituent power” it enshrined the European Union’s “normative authority” though the entrenchment of primacy and direct effect. The somewhat utopian conclusion drawn from this point is that, in due course, the Treaty would bring about a chain of positive effects: a “legitimizing effect,” a “mobilizing effect” that would “generalize the use of constitutionalism as the language of political and legal claims in the European Union,”¹³ a “discursive effect”: “[the] European Union’s constitutional discourse will no longer be the exclusive domain of the law and lawyers.” Then again, this did not happen. Why?

A great deal of what was written about the constitutionalisation in European Union amounts to an acknowledgement that it is highly implausible that the making of European Union was triggered by a constitutional decision of the Schmittian type and that claim seems so implausible that to my knowledge it has never been made. As a matter of fact, the strategy of the founding fathers of European Union (Spaak, Monnet) has been described as a “design” to “take grand political questions off the table.”¹⁴

European Union constitutionalism has been recently described as “a dynamic category that is shaped by institutional practices rather than some *a priori* blueprint in light of which institutions are designed.”¹⁵ The same phenomenon has been also described as the result of “a liberal apprehension towards the masses” which produced “a highly constrained form of democracy, deeply imprinted with a distrust of popular sovereignty” and “parliamentary sovereignty”. A distrust of popular sovereignty has been apprehended as the reason for the lack of a constituent power. A distrust of parliamentary sovereignty led to the weakness of the European Assembly, and later the European Parliament. More generally, this has brought about a “constitutional *ethos*” empowering “institutions at arm-length from majoritarian influence » and a bias in favour of «administrative over democratic mechanisms.”¹⁶ Yet, there may be more to it than this mere “constitutionalism without a constituent power.” The negation of constituent power from the political and constitutional theory of the European Union deserves a closer look. What took place at the “founding” of the European Union and ever since could be framed as a “decision not to decide” or a counter-decision.

A structural “choice”

Under the light of classical constitutional theory, the European Union reads as the offspring of a “counter” constitutional decision: a “decision not to decide” on the constitution of Europe, and even a decision to make any such decision impos-

¹² *Ibid.*, p. 347.

¹³ *Ibid.*, p. 354.

¹⁴ T. ISIKSEL, *European Union’s Functional Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 13.

¹⁵ *Ibid.*, p. 9.

¹⁶ J.W. MULLER, quoted in T. ISIKSEL, *op. cit.*, p. 11.

sible. This is a rerun of a time-worn conservative strategy: what has not been created cannot be suppressed, because it stands beyond will. This “de-constituent” effect is what makes the European Union so hateful to a certain portion of the member-states’ public opinions. What has been created is not the creature of a “We the People” in the American sense and indeed it cannot be. Being not the result of a proper constituent power, it cannot be an engine of self-government.

Whatever you might think of Brexiteers or French “*souverainistes*,” their political ideology reads as an attempt to reclaim “self-government,” i.e. political autonomy. In this sense, there is a *prima facie* argument in favour of their legitimacy. They cannot be easily dismissed by theories of constitutional law that claim to be democratic in the modern sense. A modern constitution is an instrument of self-government. If self-government disappears or is significantly hindered, the constitutional nature of the whole mechanism of power lies open to challenge. In this sense, the challenge to both the European Union and moderate constitutionalism coming from populist movements and populist governments is not to be taken lightly or dismissed as simply illegitimate. It is dangerous in the measure of its appeal to core values of modern politics, although one can certainly think at the same time that this kind of challenge distorts these values. That populist and nationalist —anti-globalization— projects do not appear (so far) as being successful beyond their electoral success in some countries may be evidence that they set the autonomy claim at the wrong level. They seem to underestimate the fact that “going it alone,” i.e. autonomy only at a national level, has simply become impossible. Yet the seriousness of such anti-globalization challenges raises important questions about the theories of globalization, and in our case, of those theories that claim that the EU has a constitutional nature.

“Telos” vs “Demos”

In the formative process of the European Union, one may be tempted to identify something close to the formation of what Schmitt had called the “bourgeois state”: one which “aims at suppressing politics, restrict by way of a series of norms all the expressions of life in the state, and transform all state activity into competences, that is rigorously circumscribed [...] power.”¹⁷ With a little bit of exaggeration, this would seem a fairly good account of the spirit of European Law. The European Union meets to various degrees all of these criteria: a permanent temptation to set aside politics at the advantage (and by the means) of law, a welfarist *telos* which tends to predate the ambition to unite Europe politically (the federal project), and at a technical level, the insistence on granting *competences* to EU institutions in order to bypass or overcome national sovereignties. Of course, there are also counterforces. For instance, there is of course some politics taking place in the European institutions. Yet the exaggeration has the advantage of showing some structural features otherwise less visible.

Especially, the history of the Union shows a clear path towards favouring a “*telos*” (a goal to be achieved) over a “*demos*,” i.e. a constituent power exercised by an (elusive) European Union people —be it a “we the people” or a “we the peoples.” How should this *telos* be expressed? I can only be schematic here. There are obviously two candidates: economic growth and welfarism on one side; human rights

¹⁷ C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, p. 172.

on the other side. The welfarist aim has not probably been the dominant one in the case of the EU. It has coexisted with a technocratic approach to government, rather than a “*laissez faire*” one. Human Rights have taken second place only, as was shown in the 2007 *Viking*¹⁸ and *Laval*¹⁹ ECJ cases. But, be that as it may, what was left behind was a “*finalité politique*.” This can be summed up as the triumph of *telos* over *demos*: no institutionalised people to whom the founding moment would be ascribed; no identification of a political goal defined in terms of a certain political identity. In other words: no decision-maker, no decision. This is not to say, however, that I adhere to the “no-*demos*” theory of European Union law holding that:

The European Union cannot be considered a constitutional system in its own right because constitutional authority properly so-called must be traceable to the will of a self-governing *demos*.²⁰

I do not refute it either. But it seems to me that this absence of a *demos* is only a by-product of a deeper phenomenon: if the EU could have no *demos*, it is because the building of a “we the people” or of a “we the peoples” (the EU as a “nonunitary entity” in the words of Joseph Weiler) was hindered by an inaugural “decision not to decide” —or maybe “a decision to make a constitutional decision impossible.” It is of the essence of a welfarist technocracy to be anti-decisionist: the only possible (scientific) goal is welfare maximisation, and only experts and judges —not elected representatives— are required to promote it. The essence of a legal-technocratic order is to thwart political decision:

The European Union’s legal system has been configured to constrain the ability of member states to revise their commitments” in the sense that it has “frozen certain specific goals by shielding them from political redefinition.”²¹

The meaning of EU constitutionalism: is “a community of law” the same as “a constitution”?

Joseph Weiler in his classical 1991 piece on the “transformation of the EU” has interpreted this as meaning that European Union had been “constitutionalised” and had become “an entity whose closest structural model is no longer an international organization but a denser, yet non-unitary polity.”²² This is how, generally, the key formula of the “*Les Verts*” case of 1986²³ is interpreted: treaties have become “the basic constitutional charter” of the community.

Ever since “*Les Verts*,” the main claim in defence of the constitutionalisation thesis relies on the notion that the European Union is a legal community of a higher order. This assimilation is very clear in the “*Les Verts*” case at §23:

The European Economic Community is a community based on the rule of law, inasmuch as neither its member-states nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter, the Treaty.

¹⁸ *International Transport Workers Federation v. Viking Line ABP* (2007) C-438/05.

¹⁹ *Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet*. C-341/05.

²⁰ T. ISIKSEL, *European Union’s Functional Constitution*, *op. cit.*, p. 67.

²¹ *Ibid.*, p. 85-86, quoting Bartolini.

²² J.H. WEILER, “The Transformation of Europe”, *op. cit.*, p. 2407.

²³ Case n°294/83 (23 April 1986).

Les Verts only brought to fruition a reasoning that was already apparent since *Van Gend en Loos*, 20 years before. What was lacking in 1963 was the awareness that the “new legal order” based on primacy and direct effect deserved to be elevated to the rank of a constitution. The use of the “constitutional” idiom seemed to bring to completion a move from a “contractual” understanding of the EC treaty to an “objective” one, or even to the claim that what was initially a treaty had “muted” into a “charter” of a constitutional kind:

The constitutional thesis claims that in critical aspects the community has evolved and behaves as if its founding instrument were not a treaty governed by international law but «a constitutional charter governed by a form of constitutional law.²⁴

For instance, in *Van Gend En Loos* (1963), the ECJ stated that

The European Economic Community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and the subject of which comprise not only the member states but also their nationals[.]

Some European Union lawyers have interpreted this statement as establishing that “the ECJ founded the direct effect and supremacy of community law on a direct relation between community norms and the peoples of European Union,” and “a political link authorizing a claim of independent normative authority.”²⁵

According to this approach, “Constitutionalization” refers in fact to the rise and continuing consolidation of certain *legal* characteristics of the Union: the core principles of supremacy and direct effect; and also the definition of the European Union as “a complete system of legal remedies and procedures designed to enable the court of justice to review the legality of acts of the institutions.”²⁶ This might be “constitutional” in a certain sense. But using the idiom of constitutional law comes at a cost: the excoriation of the political import of the word “constitution.”

Yet, as Turkuler Isiksel has pointed out, “the *Les Verts* decision made constitutional language all but unavoidable in discussions concerning the nature” of the European Union as a “supranational polity.” In subsequent decisions “the court has continued to use constitutional terminology.”²⁷

A good example of this shift is to be found in the Opinion of the Court of 6 December 2001 on the *Cartagena Protocol*:

On questions concerning the division between the Community and the Member States of competence to conclude a given agreement with non-member countries. The choice of the appropriate legal basis has constitutional significance. Since the Community has conferred powers only, it must tie an international agreement to a Treaty provision which empowers it to approve such a measure. To proceed on an incorrect legal basis is therefore liable to invalidate the act concluding the agreement and so vitiate the Community’s consent to be bound by the agreement it has signed.²⁸

²⁴ J.H. WEILER, quoted in M.P. MADURO, “The importance of being called a constitution: Constitutional authority and the authority of constitutionalism”, *op. cit.*, p. 336.

²⁵ M.P. MADURO, *op. cit.*, p. 337.

²⁶ T. ISIKSEL, *European Union’s Functional Constitution*, *op. cit.*, p. 61.

²⁷ *Ibid.*, p. 62.

²⁸ CJCE, 6 December 2001, Protocole de Cartagena, 2/00, Rec. p. 9713, esp. pt. 5.

But when the court has done so, there has remained an ambiguity between a super-legal order and a “proper” constitution, because the latter —as an instrument of self-government— has both a legal and a political dimension. To claim that a “super” legal order amounts to a constitution is to miss the second dimension and to mistake access to court and legal regulation for political autonomy. This ambiguity is apparent in the ECJ’s 2014 opinion on Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms:

The European Union has a new kind of legal order, the nature of which is peculiar to the European Union, its own constitutional framework and founding principles, a particularly sophisticated institutional structure and a full set of legal rules to ensure its operation, has consequences as regards the procedure for and conditions of accession to the ECHR.²⁹

B. Anything but a great repeal: British law and European Union law after Brexit

Entrenched contradictions

The gist of the argument made by the proponents of “European Union constitutionalism” can be summed up in this idea of the European Union as a “super-legal order” of a higher nature. At the same time, there was something deeply detrimental about it, from the very point of view of European integration. That negative effect has been at play in the case of the failure of the Giscard convention and the so-called constitutional treaty for Europe. But the negative effect also takes place at the level of member-states: the incorporation of European Union law was an extremely ambiguous process.

It is not enough to affirm that “national constitutions themselves have been constitutionalized.”³⁰ As a matter of fact, the inaugural “non-decision” of the EC treaties has been replicated in a series of ambiguous, self-contradicting, enactments in domestic constitutions. In France, this has led to the unhappy cohabitation between art. 3 and art. 88-1 of the 1958 constitution. In the UK, the majority in *Miller* expressed the view that the principles of European Union law as expressed in *Costa v. Enel* and *Van Gend en Loos* were such that “rules which would [...] normally be incompatible with UK constitutional principles, became part of our constitutional arrangements as a result of the 1972 Act and the 1972 accession treaty.”³¹

In other words: adhesion to the European Union has forced some national constitutions, such as France’s, to what I would call “entrenched contradictions,” as they asserted both their national sovereignty and their adhesion to the European political entity. In France: between national sovereignty (art. 3) and adhesion to European Union (art. 88-1). In the UK, between parliamentary sovereignty and primacy and direct effect of European Union law. As I will try to show now, Brexit cannot be understood apart from the way in which the European Union has been created and institutionalized.

²⁹ 18 December 2014. ECLI:European Union:C:2014:2454

³⁰ M.P. MADURO, “The importance of being called a constitution: Constitutional authority and the authority of constitutionalism”, *op. cit.*, p. 339.

³¹ R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union, *op. cit.*, §68.

The European Union's structural closure

The European Union is not meant to work in reverse gear. This was quite apparent in doctrinal literature before the inclusion of article 50 TFUE by the Lisbon Treaty. In “The Transformation of European Union,” Joseph Weiler drew a distinction between “total exit” and “selective exit.” Total exit meant unilateral withdrawal. Before the Lisbon Treaty, many European Union lawyers were keen to say that unilateral withdrawal was illegal. Robert Lecourt had stated this very openly:

*Les traités ne prévoient aucun mécanisme d'aller et de retour [...] on a parfois parlé d'Europe à plusieurs vitesses, mais jamais d'un droit communautaire à marche arrière.*³²

Joseph Weiler was more careful and stated that the question was not a legal one: if total exit was “foreclosed” it was because of the “high enmeshment of the member states and the potential [...] for political and economic losses.”³³ There followed an analysis of the core mechanisms of European Union law: direct effect, supremacy, human rights, judicial review. Weiler called these mechanisms “constitutional” while—apart from human rights—I would rather call them “super-legal.” But, be that as it may, Weiler then concluded that “the closure of Exit [...] means that Community obligations, community law and community policies were ‘for real.’ Once adopted [...] Member States found it difficult to avoid community obligations.”³⁴

Taking onboard European Union law

The Brexit process as we see it unfolding provides ample evidence of this irreversible nature of EU law. It is enough for the time being to point to the main piece of legislation designed with a view to implementing Britain's withdrawal from the European Union: the European Union (Withdrawal) Bill, also known as the “great repeal” Bill.³⁵ This other, more informal denomination, is also rather misleading. As a matter of fact, as it now stands, what the Bill actually repeals is “merely” the ECA 1972. Or rather, Parliament decides that the ECA 1972 will be repealed “on exit day” (s. 1), which should be 29th March 2019, at least if the declarations of the current Prime Minister are any indication.³⁶ But as far as existing European Union law is concerned, it certainly does not repeal it in a wholesale fashion. There is no “great repeal,” but rather a “retention” of European Union law in two ways,³⁷ depending on the way in which European Union law has been implemented. 1) Some European Union law has been implemented through the means of British law: it is “European Union-derived,” in the Bill's terms. In other words, domestic legislation has been enacted in order for the UK to comply with the supremacy of European Union law

³² R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Brussels, Bruylant, 2008 [1976], quoted by T. ISIKSEL, *European Union's Functional Constitution*, *op. cit.*, p. 1.

³³ J.H. WEILER, “The Transformation of Europe”, *op. cit.*, p. 2904

³⁴ *Ibid.*

³⁵ When this paper was written, the Great Repeal bill was going through the stages of parliamentary approval. It has now been enacted as the “European Union (withdrawal) Act 2018. The bill has received royal assent on 26 June 2018.

³⁶ This date was announced by Theresa May in her speech in Florence on 22 September 2017.

³⁷ This section draws largely from K. ARMSTRONG, J. BELL, P. DALY and M. ELLIOTT, “Implementing Transition: How Would it Work?”, *CELS-CPL Working Paper*, no. 57/2017, University of Cambridge, Faculty of law, October 2017 [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3052328>].

since 1972. This has been done for the most part under the authority of section 2(2) of the ECA 1972 by way of delegated legislation. With regard to this body of law, s. 2 of the Bill contains a saving clause:

European Union-derived domestic legislation, as it has effect in domestic law immediately before exit day, continues to have effect in domestic law on and after exit day.

2) In accordance with the other paramount European Union law principle of direct effect, the second category of European Union related law consists of measures which did not need to be transposed by British norms as they have applied directly (with “direct effect”) in British law from the time of their birth. They will not to be set aside or abrogated. Rather, they are firmly incorporated in domestic law by s. 3:

Direct European Union legislation, so far as operative immediately before exit day, *forms part of domestic law* on and after exit day.

The “conduit pipe”—the ECA 1972—is removed. But the norms that have been funnelled through that “pipe” from 1972 to the date when the European Union Withdrawal Bill comes into force will stay a part of domestic law. The implications of this fact are wide-ranging and go beyond the purview of the present article. But a central such implication is that the ties between this new category of “retained European Union law” (as it is to be known) and are not severed. Especially, the Bill provides that:

the principle of the supremacy of European Union law continues to apply on or after exit day so far as relevant to the interpretation, disapplication or quashing of any enactment or rule of law passed or made before exit day. (s. 5)

In other words, the removal of the conduit pipe and the end of primacy are for the future only. As a result, exit day, if and when it happens at all, will not bring about the doomsday of European Union law in Britain. In any case, the normative legacy of thirty-five years of British adhesion to the EC and the European Union will remain massive. The backlog of European Union law will be there for a long time.³⁸

CONCLUSION

This article has tried to present Brexit as a constitutional decision, albeit a defective one, and the European Union as an institutional structure relying on a “decision not to decide,” or in other words a decision to entrench the absence of an ultimate constitutional choice. This face off explains why, whatever may happen in the future, Brexit cannot be a full success. The UK does not have an ordinary constitutional structure. It is a customary constitution, rather than an unwritten one: institutions thrust their roots into the past, dependent upon underlying constitutional conventions, relying on assumptions about the legal sovereignty of Parliament and the political sovereignty of the people. The Brexit referendum has had a disruptive effect on this framework, which is apparent in the tabloid headlines about judges being “enemies of the people” and skeptical or pro-leave parliamentarians as traitors plotting to thwart the will of the people. A somewhat similar

³⁸ I will not discuss here the very broad ministerial powers granted by the Bill’s “Henry VIII” clauses.

reasoning could be conducted about the EU: it is obviously not an ordinary constitutional system. This article has tried to confront the orthodox argument about EU constitutionalism, which, to my mind, is deeply flawed and even misleading. There is no EU constitution and there will not be one in the foreseeable future. To think in terms of a constituent “decision not to decide” in the formative period of the European Communities may help explain why this is the case.

This being said, my main purpose in this article, has been to show that one cannot understand Brexit without a new theory of constituent power –better explained as a (modified) Schmittian “decision” than by any other existing theory– and without acknowledging the “non-decisional” nature of the European Union, which does not lend itself to “brutal” one-off decisions to just move away and go it alone. It may be the case that the UK leaves the “political” union, but this will have a massive impact on the domestic constitution. And it is likely that the “legal” side of the Union, the body of EU law already incorporated in British domestic law will never go away. Britain can decide to leave Europe, but Europe will not leave Britain anytime soon.

Denis Baranger

| Professeur de droit public à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Constitution, constitutionnalisation, constitutionnalisme globaux – et la compétence dans tout cela* ?

Si le droit constitutionnel se définit comme « le droit qui constitue les institutions », pour reprendre en la détournant un peu, une formule de Jean-Marie Denquin¹, peut-il demeurer enfermé dans les frontières de l'État ou ne les franchir que pour les besoins de la comparaison ? Tant qu'étaient réputés ne coexister dans la société internationale que des États, la question pouvait encore être esquivée. Le moment de la constitution de l'État étant tenu pour anté-juridique, une fois l'État constitué, le droit constitutionnel s'intéressait à son organisation interne, à la loi qu'il se donnait à lui-même, y compris pour en changer, tandis que le droit international fixait les modalités de coexistence de cet État avec ses pairs, leur naissance respective étant pour lui un pur fait. Si l'existence de l'un était indispensable à l'autre et réciproquement, leurs logiques et développements propres devaient demeurer indépendants². Justifiée par des objets distincts, cette césure disciplinaire sinuant aux frontières des États et des ordres juridiques ne préjudiciait qu'à la marge à la compréhension du pouvoir³ par les juristes ou les sujets de l'État qui auraient sollicité leurs lumières.

* La présente contribution est une version remaniée, grâce notamment aux apports du colloque de l'Institut Villey sur le constitutionnalisme global publié dans *Jus Politicum* (*Jus Politicum*, n° 19, *Constitutionnalisme global*, janvier 2018 [<http://juspoliticum.com/numero/Constitutionnalisme-global-72.html>]), d'une conférence donnée à l'Université de Speyer en 2015 à l'invitation de K.-P. Sommermann sur le même thème, à partir d'une série de travaux personnels alors en cours. De là les nombreuses autoréférences dans la seconde partie.

¹ J.-M. DENQUIN, « L'objet du droit constitutionnel : État, Constitution, Démocratie », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, t. 1, 2012, p. 60.

² Voir D. GRIMM, « The Achievement of Constitutionalism and its Prospect in a Changed World », in P. DOBNER, M. LOUGHLIN (dir.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 12-13 ; J. COMBACAU, « Sources internationales et européennes du droit constitutionnel », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 405-439.

³ Dans cette contribution, le pouvoir au singulier s'entend au sens très large et neutre de faculté légalement établie de contraindre unilatéralement le comportement d'un autre sujet ou d'un ensemble de sujets et pouvoir public, au sens de pouvoir réputé s'exercer dans l'intérêt général au nom du peuple (ou de toute communauté tenue pour équivalente). Cette faculté se répartit entre différentes institutions. Sont des pouvoirs publics, aux côtés des États, les institutions internationales dont la création procède *in fine* de la volonté des premiers qui acceptent de partager leur propre pouvoir avec elles et les autres membres en leur sein.

L'État ouvert partage dorénavant le pouvoir avec des institutions publiques, privées, hybrides situées au-delà de son *imperium*⁴. Internationalistes et constitutionnalistes doivent en convenir et réviser leurs habitudes de pensée : du pouvoir, l'État n'a plus le monopole, ni dans l'ordre international (où il appartenait en réalité indivis *aux États*), ni dans son propre ordre pour peu qu'il soit ouvert sur la vie institutionnelle internationale. Sans doute chaque discipline conserve-t-elle sa pertinence à l'égard de ses objets traditionnels, aussi disputés soient-ils. Cependant, l'agrégation de ces approches raffinées en deux siècles et demi ne suffit plus à expliquer comment ces institutions s'ordonnent, ni où passe le pouvoir.

La « gouvernance mondiale » ou « mondialisée » ou « globale⁵ » lance son premier défi aux disciplines juridiques dont la puissance explicative dépend pour partie de leur délimitation et de la construction de leur objet. Au-delà, le défi est hautement politique. En dépit de sa trivialité, l'expression « où passe le pouvoir » a été choisie à dessein en écho à deux questions récurrentes : à qui profite la déperdition de pouvoir qui affecterait l'État ? Quels sont ces canaux que le pouvoir emprunterait aujourd'hui, ici plus spécifiquement lorsqu'il se matérialise dans des actes normatifs *lato sensu* ou des actes d'exécution-sanction non juridictionnelle⁶ ? Ces

⁴ Quelques éléments de définition : (1) Personnifiée ou non, une institution internationale peut être définie comme « un agencement, permanent, récurrent ou durable, des rapports entre des acteurs privés évoluant dans une pluralité d'ordres juridiques nationaux et/ou des autorités publiques (nationales et internationales) dont l'objet est d'appréhender des "questions d'intérêt international" aux fins de concertation, coordination ou intégration de leurs actions ou de règlement de différends internationaux ou transnationaux » (E. LAGRANGE, « La catégorie "organisations internationales" », in E. LAGRANGE et J.-M. SOREL (dir.), *Traité de droit des organisations internationales*, Paris, Lextenso, 2013, p. 41). (2) Les questions d'intérêt international ne le sont pas par essence ; ce sont toutes celles censées se prêter à un traitement qui associe plusieurs États et/ou institutions internationales. Une question d'apparence interne ou appréhendée traditionnellement sous le seul aspect du droit interne ou d'accords bilatéraux (par ex. la lutte contre l'érosion de la base fiscale) peut devenir une question d'intérêt international appelant un traitement multilatéral si les autorités publiques compétentes en la matière la perçoivent ainsi ou pas, dans le cas contraire (et ce, bien que l'érosion résulte manifestement de l'optimisation fiscale transfrontières dans un contexte de libéralisation économique et de concurrence fiscale entre États). (3) Les organisations intergouvernementales ne sont qu'une espèce dans le vaste genre des institutions internationales. De telles institutions peuvent être des sujets de droit dans l'ordre juridique d'un ou plusieurs États, mais sans que ceux-ci aient, en cette qualité, un pouvoir de contrôle sur leur existence et leur fonctionnement – du moins en droit.

⁵ Entendue comme une « approche pluraliste et interactive de l'action collective », ce qui donne, une fois ajouté le qualificatif « global », un concept « forgé pour rendre compte de l'émergence dans la vie internationale de nouvelles catégories d'acteurs, venant briser le monopole que les États détenaient sur les relations internationales [...] ». « [De] nouveaux acteurs (Organisations non gouvernementales, firmes multinationales, communautés d'experts...) sont désormais présents dans les arbitrages internationaux, non seulement indirectement, par l'intermédiaire des États avec lesquels ils entretiennent des rapports permanents, mais encore directement » (J. CHEVALLIER, « La gouvernance et le droit », in *Mélanges P. Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 191-192). Comme les fonctions et modes d'action de l'État, les fonctions et modes d'(inter)action des acteurs internationaux se réorganisent dans des processus multipartites qui mettent en avant la coopération davantage que la coercition, l'efficacité plutôt que le formalisme juridique (sans exclure complètement ni l'une ni l'autre cependant).

⁶ Les rapports de dialogue ou de confrontation entre les juridictions nationales, régionales et internationales ont inspiré une littérature prolixe. Ils ne seront envisagés qu'à la marge dans cette contribution.

questionnements intéressent finalement la théorie du pouvoir. Autant l'État pouvait être envisagé comme un ensemble de fonctions et d'organes intégré grâce à des règles assurant la liaison des fonctions et des organes, autant la « gouvernance multi-acteurs » qui se joue, au moins pour partie, des frontières, s'apparente *prima facie* à un enchevêtrement d'institutions étatiques et non étatiques dans lequel fonctions et organes se différencient suivant des lois disparates (par exemple la fonction de sanctionner les manquements au droit se distribue de manière différente dans les systèmes internes et internationaux), sont morcelés (le pouvoir de prendre des actes de même nature revient par exemple à des institutions nationales ou internationales qui s'excluent ou œuvrent en commun) et parfois démembrés (les organes parlementaires paraissent, par exemple, sans prise réelle sur l'institution qui tient le rôle clé dans la chaîne décisionnelle⁷). Les observateurs, qui ne sont pas tous constitutionnalistes au sens classique du terme, en tirent des conclusions contrastées. Aux uns, il semble que fasse défaut

ce point d'imputation unique vers lequel convergent les voies de formation de l'intérêt commun, mais au niveau intersubjectif, les participants n'auront pas non plus la perspective commune du « nous », ni le lieu de l'engagement à partir duquel il est possible de répondre à toutes les questions de l'intérêt commun⁸.

Aux autres, il paraîtra qu'une « gouvernance multi-niveaux » adaptée à l'interdépendance ressentie et recherchée, incorporant la garantie des droits fondamentaux, s'est déjà installée en place de l'ordonnement ancien du pouvoir ou doit et peut être instaurée. Mais d'autres encore nieront que la puissance de l'État se dilue – ou doive se laisser diluer – dans un chaos institutionnel que nulle constitution, internationale, supranationale ou transnationale ne peut ordonner ni remembrer.

⁷ S. Cassese relève que le constitutionnalisme national « s'est développé comme un instrument de contrôle des pouvoirs exécutifs, tandis que dans l'espace global, l'exécutif est encore au stade d'embryon. La nécessité d'une autorité de contrôle n'est pas nécessaire [*sic*] en présence d'institutions dépourvues du pouvoir d'exécuter » (S. CASSESE, « Existe-t-il une constitution globale ? », *Jus Politicum*, n° 19, *constitutionnalisme global*, janvier 2018, p. 23 [http://juspoliticum.com/uploads/jp19-t02_cassese.pdf]). L'argument est alors développé pour briser le parallèle entre constitutionnalisme global et national, mais ce n'est pas à dire que la réflexion sur l'existence et la localisation des pouvoirs de contrôle (parlementaire et autres) soit futile : à supposer que le « pouvoir d'exécuter » (sur le sens duquel il faut s'entendre) soit demeuré national, il convient de s'interroger sur ce qu'il « exécute », au débouché d'un travail normatif qui se comprend souvent mieux en termes de processus normateur que de production d'actes à énoncés normatifs (voir H. ASCENSIO, « Le pouvoir normatif de l'OCDE », in *SFDI, Les normes produites à l'OCDE et les formes de normativité*, Paris, Pedone, 2013, p. 7-23) et prend souvent sa source au-delà du système constitutionnel de l'État. En d'autres termes, quelles que soient les faiblesses persistantes du pouvoir exécutif dans l'ordre international en dépit du regain d'activité du Conseil de sécurité des Nations Unies, l'internationalisation des processus d'élaboration des normes modifie les rôles respectifs des organes exécutifs et parlementaires dans les ordres internes. La question du contrôle de l'exécutif demeure, tout en se renouvelant.

⁸ De cette observation, N. Walker tire une interrogation sur la pertinence ou non d'emprunter le « langage du constitutionnalisme dans le contexte transnational post-holistique » (N. WALKER, « Le constitutionnalisme multi-niveaux », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 461). Il y répond par la positive : « le langage constitutionnel conserve la fonction cruciale de marquer la limite de nos valeurs fondamentales. Si en effet nous ne parvenons pas à donner à la politique un cadre correspondant à l'intérêt commun, quelle que puisse être la difficulté de le concevoir et si éloignés que nous soyons de nos repères familiers, quelque chose de grand et d'irremplaçable manquera à nos ressources pour organiser la vie commune ».

Si la discipline « droit constitutionnel » a « des objets historiques plutôt qu'un objet transhistorique » (J.-M. Denquin), rien ne s'oppose *a priori* à ce qu'il appréhende ce *conundrum* des lieux de pouvoir caractéristique de l'ère post-moderne, quel que soit le constat final d'ailleurs : perte de cohérence du pouvoir ou cohérence restaurée grâce à la diffusion dans/entre les lieux de pouvoir d'une rationalité, d'un modèle communs, ou possible restauration du pouvoir de l'État dans sa plénitude. Quoique les temporalités varient d'un point à l'autre de la planète, la discipline du droit constitutionnel pourrait s'élargir à ce que les constitutionnalistes classiques ignorent souvent dans leurs études – et les internationalistes parfois aussi sous prétexte qu'une institution n'est ni un État, ni une organisation intergouvernementale⁹. La littérature qui fleurit se choisit d'autres titres et préfère souvent un autre concept : le « constitutionnalisme global ».

Une lecture trop rapide sans doute et assurément non exhaustive d'écrits déclinant les concepts de constitution/constitutionnalisation/constitutionnalisme¹⁰ à l'échelle globale révèle que les discours, descriptifs, prescriptifs, ou déceptifs sur ces objets font souvent – mais pas toujours – l'économie d'une réflexion sur la compétence, celle de l'État ou des États pris deux à deux, celle des institutions internationales, celle que revendiquent certains acteurs privés. C'est un peu la part, ou une part, du droit international, à savoir les règles relatives à la compétence des titulaires ou délégués d'une fonction d'intérêt public, qui se trouve ainsi sacrifiée. La suite de cette contribution « hors colloque » vise à suggérer, depuis le droit international et sur le fondement de travaux personnels qui se situaient en dehors du paradigme constitutionnaliste, qu'envisager les règles relatives à la compétence comme des règles constitutionnelles a une valeur heuristique¹¹.

I. VARIATIONS CONCEPTUELLES

Le concept de « constitutionnalisation du système international » peut évoquer, en première approche, un mouvement ou processus qui transformerait, graduellement, un système international anarchique cependant doté d'une norme fondamentale, *pacta sunt servanda*, en un ensemble coordonné et hiérarchisé d'institutions et de normes d'origine internationale, c'est-à-dire plus ou moins lointainement rattachables à un accord entre sujets du droit international et entées, toujours, sur cette même norme fondamentale. D'aucuns pourraient alors penser que l'idée de « constitutionnalisation » gît déjà sous la notion de « système international¹² ».

⁹ Et sur quoi l'école du droit administratif global (*Global Administrative Law*) a le mérite d'attirer leur attention.

¹⁰ Sur ces notions et leur évolution, voyez la contribution précitée de D. Grimm et celle de M. Loughlin : M. LOUGHLIN, « What is Constitutionalisation? », in P. DOBNER et M. LOUGHLIN (dir.), *The Twilight of Constitutionalism?*, op. cit., p. 47-71.

¹¹ Selon l'une des voies balisées par M. Altwegg-Boussac : M. ALTWEGG-BOUSSAC, « Le constitutionnalisme global, quels espaces pour la discussion ? », *Jus Politicum*, n° 19, *Constitutionnalisme global*, janvier 2018, p. 15 [http://juspoliticum.com/uploads/jp19-t01_altwegg.pdf]

¹² J. COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986 : « le système juridique, dans une perspective positiviste, est le mode d'organisation des objets juridiques suivant une logique voulue par les autorités créatrices des principes qui animent le système tout entier : l'ordre n'est pas intrinsèque aux objets juridiques ou à leur regroupement en ensemble, il est dans la volonté qui anime leur production individuelle et leur

Ce serait, par souci exclusif des formes juridiques ou des structures logiques, perdre de vue que la « constitutionnalisation du système international » est aussi, en deuxième approche, un concept porteur d'une révolution des valeurs censées informer déjà, transformer si nécessaire, les institutions et les normes internationales. Le concept de « constitutionnalisation du système international » prétend en effet décrire ou prescrire la réorganisation structurelle du milieu international en fonction de valeurs traduites en principes juridiques. L'ambition est en réalité souvent de décrire et non pas seulement de prescrire, parce que ces valeurs ne seraient plus le propre de la société des États, réputée par la doctrine dominante s'être constituée à partir des Traités de Westphalie sur le fondement du principe de l'égalité souveraine des États qui se consolida et s'universalisa lentement dans le droit positif à partir de 1648.

Cette révolution paradigmatique n'est pas d'hier puisque des auteurs majeurs avaient tôt exprimé leur dissidence par rapport au positivisme volontariste et dualiste qui remporta la bataille serrée des idées et des pratiques entre la toute fin du XIX^e siècle et les années 1930. À communauté internationale, constitution internationale, car la conscience, fût-elle primitive, d'un bien commun va de pair avec le dépassement du solipsisme étatique puis du bilatéralisme dans des rapports internationaux traditionnellement enserrés dans des rapports conventionnels – étant rappelé que la coutume elle-même n'a pas toujours échappé à une lecture contractualiste. Ainsi Verdross développa-t-il dès 1926 dans *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* l'idée que l'État se forme dans la matrice d'une communauté internationale, d'abord conçue comme une communauté de droit, interétatique, scellée par une norme fondamentale (*pacta sunt servanda*), au-delà de laquelle il aperçut un ensemble de valeurs, de principes de justice, accordés à la nature de la communauté internationale, qui se réaliseraient par le moyen de l'accord des États. Dans cette variante, la constitution internationale se passait fort bien d'institutionnalisation et ne se confondait certainement pas avec le Pacte de la Société des Nations¹³. Plus tard, dans un article de 1937 à l'*American Journal of International Law*, il exposa que sont nuls les traités *contra bonos mores*, ceux qui contredisent des normes impératives alors notamment conçues, de manière symptomatique, comme celles qui préservent la capacité de l'État à remplir sa fonction de protection de la population.

Sans sombrer totalement dans l'oubli pendant les années qui suivirent la Seconde Guerre mondiale, l'idée de *constitution internationale* rejaillit avec une force nouvelle à partir des années 1990 pour connaître une grande fortune. On en doit la mémoire puis le renouveau, pour l'essentiel, à une doctrine allemande (H. Mosler, A. Verdross, B. Simma) qui continue de puiser aux sources de la philosophie kantienne. En sus des travaux de C. Tomuschat, qui évoquent un « constitutionnalisme diffus », les premières tentatives de reconceptualisation trahissent une véritable fascination pour la Charte des Nations Unies dont on s'est doctement demandé si elle ne donnait pas à la communauté internationale une *constitution mondiale*¹⁴.

organisation globale par un principe extrinsèque, celui-là même qui permet la production de droit » (p. 87).

¹³ E. LAGRANGE, « Retour sur un classique : A. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926 », *RGDIP*, vol. 112, n° 4, 2008, p. 973-984.

¹⁴ Voir les travaux de B. Fassbender : B. FASSBENDER, « The United Nations Charter as Constitution of the International Community », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, n° 3,

Elles se sont d'abord un peu enlisées dans des discussions sur la possibilité de comparer la Charte des Nations Unies à l'idéal-type de la « constitution de l'État » ou à l'idéal-type de la « constitution », laissant dans l'ombre, au moins dans un premier temps, quelques autres questions essentielles comme l'observation par l'ONU elle-même du droit international des droits de l'homme qu'elle promeut. Cet épisode, aujourd'hui clos, met en lumière une hésitation face à deux conceptions du constitutionnalisme, l'une inclinant au renforcement de l'autorité propre et indépendante des institutions internationales (en particulier le Conseil de sécurité des Nations Unies), manifestation d'une centralisation tardive du système international ; l'autre tirant vers un modèle libéral qui subordonne l'autorité des institutions internationales au respect des droits de l'homme¹⁵. La discussion autour de la Charte des Nations Unies connut un rebond philosophique déclenché par le texte de J. Habermas, *Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?* (2004)¹⁶, dans lequel le philosophe envisage une réorganisation institutionnelle de la communauté internationale pour donner corps et force aux valeurs communes de l'humanité, et esquisse une combinaison des deux modèles constitutionnalistes en concentrant entre les mains des Nations Unies – dont il reconnaît toutefois qu'elles ne sont pas en situation de monopole – le pouvoir de faire vivre la paix et de faire respecter les droits de l'homme¹⁷.

1998, p. 529-619 ; B. FASSENDER, *The United Nations Charter as the Charter of the International Community*, Leyde, Nijhoff, 2009 ; mais aussi, parmi d'autres (sceptiques ou apologetiques) : T.M. FRANCK, « Is the U.N. Charter a Constitution? », in *Verhandeln für den Frieden. Liber Amicorum Tono Eitel*, Berlin, Springer, 2003, p. 95-106 ; P.-M. DUPUY, « The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited », in J.A. FROWEIN, R. WOLFRUM et Ch.E. PHILIPP (dir.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1, Leyde, Nijhoff, 1997, p. 2-33 ; P.-F. LAVAL et R. PROUVÈZE, *L'ONU entre internationalization et constitutionnalisation*, Paris, Pedone, 2015.

¹⁵ En ce sens, avec d'autres mots : I. LEY, « Kant versus Locke: Europarechtlicher und völkerrechtlicher Konstitutionalismus im Vergleich », *ZaöR*, n° 69, 2009, p. 330-331 [http://www.zaoerv.de/69_2009/69_2009_2_a_317_346.pdf].

¹⁶ Sur la contribution majeure de J. Habermas aux débats sur le constitutionnalisme européen et international, sa démonstration de la nécessité de constitutionnaliser le droit de l'Union et le droit international, et les conditions d'existence d'une constitution à ces deux niveaux – autant de projections *vers* ce qui doit être et non *sur* ce qui est déjà –, voir P. AURIEL, « La démocratie au-delà de l'État. La nécessité d'une constitution internationale et européenne dans l'œuvre de Jürgen Habermas », *Jus Politicum*, n° 19, *Constitutionnalisme global*, janvier 2018, p. 41-58 [http://juspoliticum.com/uploads/jp19-t04_auriel.pdf].

¹⁷ En insistant sur l'irréductible différence entre les processus de constitutionnalisation interne et internationale, l'auteur, dans « Does the Constitutionalization of International Law still have a Chance? » (in J. HABERMAS, *The Divided West*, trad. C. Cronin, Cambridge, Polity, 2006), donne une coloration autoritaire à son modèle : « *With such an empowerment of the loose international system of sovereign states, executive powers above the level of nation-states would complement the fragmentary proto-constitution of classical international law. The fact that this process runs counter to the foregoing process of taming state power by law can safeguard us from construing the constitutionalization of international law as simply a continuation of the development of the constitutional state at the global level* ». Cette coloration est tempérée par la conjonction des objectifs de maintien de la paix et de préservation des droits de l'homme : « *a suitably reformed world organization could perform the vital but clearly circumscribed functions of securing peace and promoting human rights at the supranational level in an effective and non-selective fashion without having to assume the state-like character of a world republic* ».

Essaimant loin de cette tradition germanique, l'idée de « *constitutionnalisation* du système international » s'est *banalisée*, jusqu'à être galvaudée parfois. Certains auteurs se sont appliqués à traquer les preuves ou exalter les vertus d'une constitutionnalisation *des* institutions internationales ou *par* les institutions internationales les plus variées : l'ONU toujours, l'Union européenne bien sûr, mais aussi, de manière plus surprenante, l'OMC¹⁸ et finalement les organisations internationales en général sans que soient toujours bien distingués les deux sens possibles de « constitutionnalisation » en tant que procédure ou processus : la constitutionnalisation du fonctionnement de l'organisation, soumise aux réquisits du constitutionnalisme (respect de l'autorité de la loi, respect des droits fondamentaux, séparation des pouvoirs et respect de l'indépendance de la justice, etc.) ; la constitutionnalisation, à travers l'institution et le fonctionnement de l'organisation, de certains domaines de politiques publiques (économiques notamment) qui prive les États de leur liberté de modifier des choix politiques, seuls, mais aussi, le cas échéant, ensemble, en raison de la rigidité des instruments de base de ces régimes¹⁹.

De manière plus synthétique, voire syncrétique²⁰, des auteurs ont cherché à penser et encourager le mouvement qu'ils croyaient observer en contemplant l'ordre juridique international ou les ordres juridiques (international et internes) dans leur ensemble, sans spéculer sur une constitution internationale formelle. Se retrouvent parmi eux des auteurs pour qui constitution(nalisation) du système in-

¹⁸ Voir les travaux de E.-U. Petersmann qui insiste sur les normes internationales de protection des droits de l'homme comme facteur de constitutionnalisation du système international tout en plaçant sa foi dans des juridictions internationales introduisant, comme les juridictions suprêmes nationales avec lesquelles elles se répartissent la compétence (par ex. le jeu de la protection équivalente), de la rationalité objective pour faire reculer « *The Westphalian conception of "international law among states" as an instrument for advancing national interests in an anarchic world* » (E.-U. PETERSMANN, « Human Rights, International Economic Law and "Constitutional Justice" », *EJIL*, vol. 19, n° 4, 2008, p. 798). On peut toutefois ne pas partager ses prémisses : « *This mutually beneficial character of trade liberalization in terms of global and national welfare and poverty reduction (e.g., as a result of trade liberalization in India and China since the 1990s) offers important utilitarian justifications of IEL and of its potential, "constitutional functions" for limiting protectionist "governance failures" and "constitutional failures" inside states* » (p. 796).

¹⁹ La vogue des concepts de constitution et constitutionnalisation n'a cependant pas tout emporté sur son passage. Certains auteurs, se détournant des institutions et de leurs actes constitutifs ou ne marquant pas de préoccupation particulière à l'égard du cadrage international des politiques publiques, ont recherché les principes qui gouvernent en général les pratiques, en se gardant (parfois) de les qualifier de « constitutionnels ». Leur préférence va alors au global, au droit administratif global ou au droit de la gouvernance globale, en partie afin de pouvoir penser la « bonne gouvernance » sans référence à la constitution par trop évocatrice de l'État au sein duquel elle n'est pas garantie du seul fait que les principes fondamentaux du constitutionnalisme le sont. Pour certains, ces discours font l'apologie de la désagrégation de l'État/de la souveraineté (A.-M. Slaughter), du crépuscule du formalisme juridique, de la gouvernance en réseau, de l'ubiquité des managers préoccupés de concevoir et exploiter des régimes dans une logique qui obéisse d'abord à la recherche d'une solution à un problème. Cette école dite du « pluralisme managérial » est finement disséquée par A.-C. Martineau : A.-C. MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation du droit international. Une analyse critique*, Paris, LGDJ, 2016, p. 229 sqq.

²⁰ Voir à cet égard la critique sévère de Th. Hochmann : Th. HOCHMANN, « Hans Kelsen et le constitutionnalisme global : théorie pure du droit et projet politique », *Jus Politicum*, n° 19, *Constitutionnalisme global*, janvier 2018, p. 25-39 [http://juspoliticum.com/uploads/jp19-t03_hochmann.pdf].

ternational et constitutionnalisme, étatique à l'origine, se rejoindraient par asymptote dans le *constitutionnalisme global*²¹. Selon l'inclination des auteurs au réformisme *ou* à la révolution, se seraient ajoutés *ou* substitués aux valeurs westphaliennes et à celles qui s'accordent à la nature de la communauté internationale (du caractère non appropriable des espaces internationaux jusqu'à la prohibition de l'agression) les valeurs et principes de toute société politique qui n'institue le pouvoir que pour garantir la vie et les droits des personnes privées et le limite, dans le temps, dans l'espace, dans ses prérogatives, par le droit²².

Les manifestations dans le système international d'une révolution des valeurs et de l'adaptation corrélative des principes juridiques sont pour certaines spectaculaires et bien connues : consolidation d'un noyau dur de droits de l'homme protégés par la coutume internationale en toutes circonstances, définition et répression de crimes internationaux confiée à la justice pénale internationale et nationale, enrichissement progressif du corpus des normes *erga omnes* et, parmi elles, des normes de *jus cogens* qui ne sont pas toutes étrangères aux principes les plus élevés dans la hiérarchie des normes internes, responsabilité de protéger les populations civiles contre certains crimes internationaux qui exhume la fonction première de l'État – protéger les populations civiles contre la violence –, sauf à ce qu'il soit subrogé par la communauté internationale en cas de défaillance, juridictionnalisation du règlement des différends, mécanismes non juridictionnels de suivi, de contrôle, de sanction des manquements à des normes de comportement qui comprimeaient tendanciellement la marge d'appréciation des États, incorporation jusque dans les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies de références, inégalement précises, aux normes protectrices des droits des personnes privées à respecter...

À prendre ces phénomènes au sérieux, à considérer le maillage serré de conventions internationales qui ont pour objet les relations entre l'État et les personnes privées, le temps semble lointain où la seule limitation structurelle imposée par le droit international au pouvoir de l'État découlait de la souveraineté des autres États : le droit international partage avec le droit constitutionnel la double fonction de consacrer et limiter le pouvoir de l'État. Est-ce à dire pour autant qu'il le « constitutionnalise » ? À la question de savoir si le principe de la *rule of law* s'est substitué à la souveraineté de l'État comme principe cardinal de l'ordre international, quatre grands types de réponses sont envisagés :

²¹ Ainsi défini par A. Peters : « un courant de pensée et un agenda politique qui prônent l'application de principes constitutionnels, telles [sic] que la règle de droit, la balance des pouvoirs, la protection des droits de l'homme, et éventuellement aussi la démocratie, dans la sphère juridique internationale, avec pour but d'améliorer l'effectivité et l'équité de l'ordre légal international » (A. PETERS, « Reconstruction constitutionnaliste du droit international : arguments pour et contre », *Select Proceedings of the European Society of International Law*, vol. 1, 2006, p. 363).

²² Voir C. TOMUSCHAT, « International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century... », *RCADI*, vol. 281, 1999, p. 9-438. Anne Peters le dit avec d'autres mots : « the constitutionalization of the international legal system (is) a process which notably implies that human rights protection (not state sovereignty) should function as the Letztbegründung of the international order » (« Introduction », in A. PETERS e. a. (dir.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 2).

(1) il existe une constitution mondiale (non écrite) qui scelle l'unité entre les hommes et repose sur le postulat, moniste, de l'unicité de la norme fondamentale et corrélativement de la primauté de la norme internationale ;

(2) des rapports de nature constitutionnelle s'établissent entre ordre juridique international et ordres juridiques internes sur un mode qui n'est pas celui du monisme : le pluralisme des ordres juridiques est tempéré par des principes constitutionnels qui lui sont propres (principes de cohérence, *best fit*, subsidiarité, équivalence des protections, etc.) et des valeurs constitutionnelles protectrices des droits de l'homme²³ ;

(3) une constitution cosmopolitique qui dépasse l'exigence de la *rule of law* est envisageable, voire déjà en germe dans le droit positif²⁴ ;

(4) le constitutionnalisme imprègne le système international, au sens où celui-ci s'articule autour de droits fondamentaux des États et des individus, hiérarchisés grâce, notamment, à la distinction entre les normes dispositives et les normes impératives, et plus généralement grâce à des normes constitutionnelles dispersées dans le système. Selon la manière dont il est conçu et l'extension qui lui est prêtée, le droit international nouveau est traversé par les mêmes tensions que le droit constitutionnel entre protection des prérogatives de l'État et protection des droits de l'homme²⁵. Leur résolution est susceptible aussi bien de redoubler le constitutionnalisme national que de le fragiliser ou de trahir ses limites à son contact²⁶. Le principe classique dit de l'autonomie constitutionnelle de l'État ou dit autrement de

²³ F.-X. MILLET, « L'ordre juridique international et les doctrines constitutionnalistes : au-delà du monisme et du dualisme », in A. HAMANN, E. LAGRANGE et J.-M. SOREL (dir.), *Si proche, si loin. La pratique du droit international en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, notamment p. 43 *sqq.*

²⁴ Voir O. DE FROUVILLE, « On the Theory of International Constitution », in D. ALLAND *e. a.* (dir.), *Unité et diversité du droit international. Écrits en l'honneur du professeur Pierre-Mary Dupuy*, Leiden, Brill Nijhoff, 2014, p. 77-103 et les réflexions réunies dans O. DE FROUVILLE (dir.), *Le cosmopolitisme juridique*, Paris, Pedone, 2015.

²⁵ Les arrêts rendus par la CIJ dans les affaires du *Mandat d'arrêt* (République démocratique du Congo c. Belgique) (14 février 2002, § 47-61) et des *Immunités juridictionnelles de l'État* (Allemagne c. Italie) (3 février 2012, § 92-97) en sont une illustration, eux qui accordent *in fine* à l'immunité des représentants de l'État et de l'État lui-même préséance *de fait* sur des normes protectrices des droits de la personne humaine, pouvant avoir valeur de *jus cogens* et pourtant méconnues par des agents de l'État agissant au mépris des fonctions de l'État (que ce soit comme souverain sur son territoire ou comme occupant), sans égard pour l'existence d'un droit de recours effectif dans le chef des victimes. Si la Cour appelle de ses vœux l'indemnisation des victimes, elle les renvoie à un règlement négocié (*Immunités juridictionnelles*, § 99 et 104). Cette jurisprudence est appréciée, en Allemagne même, de manière très variable, certains l'approuvant parce qu'elle est porteuse de stabilisation des relations interétatiques (même s'ils se réclament du constitutionnalisme par ailleurs – C. Tomuschat), d'autres la déplorant parce qu'elle freinerait les progrès du constitutionnalisme dans le système international (M. Bothe) (voir A. PETERS *e. a.* (dir.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015). Au fond, la querelle porte soit sur la juste conciliation de principes constitutionnels d'égale valeur, soit sur l'identification du principe qui devrait être hiérarchiquement supérieur.

²⁶ Reconsidérée par des juridictions nationales, la portée constitutionnelle du principe auquel valeur prépondérante est reconnue dans le système international – dans la dernière affaire, l'immunité de l'État – s'effiloche. Pour la Cour constitutionnelle italienne (arrêt du 22 octobre 2014),

l'indifférence du droit international à l'organisation constitutionnelle de l'État²⁷ ne peut qu'en être ébranlé. L'issue se trouve dans une approche globale ou l'avènement d'un droit global, en ce sens aussi²⁸ qu'il doit exister une correspondance dynamique entre les principes qui gouvernent les différentes sphères et les différents niveaux de pouvoir.

II. FONCTIONS DES DISCOURS : DESCRIPTION, PRESCRIPTION, OCCULTATION

L'effervescence doctrinale des deux dernières décennies autour des concepts de « constitutionnalisation »/« constitutionnalisme global » s'explique assez aisément par un mélange d'enthousiasme, à l'idée que le nouvel ordre promis en 1945 puisse enfin se réaliser à partir du tournant des années 1990 en dépassant allègrement ces obstacles que constituent le réalisme et le dualisme, voire le volontarisme, et de préoccupation croissante devant les processus de déformalisation du droit international, de fragmentation de ce droit, devant le recours récurrent à des arguments de légitimité plutôt que de légalité de l'action extérieure des États, devant l'unilatéralisme persistant des États ou l'extension sans garde-fous des compétences des organisations internationales²⁹. En d'autres termes, démontrer ou exalter la constitutionnalisation du système international ou le constitutionnalisme global reviendrait à arracher enfin le droit international au paradigme de l'accord général ou ponctuel susceptible de tous les arrangements, de toutes les réserves, de toutes les exceptions, de toutes les exonérations, de toutes les dérogations, sous réserve d'un ordre public international étique, pour l'ancrer dans un *paradigme publiciste*. Public par son objet, qui serait d'orienter et de domestiquer le pouvoir de l'État, le droit international devrait l'être aussi dans ses structures³⁰. Devrait...

les principes constitutionnels nationaux tiennent en échec la solution retenue par la Cour internationale qui faisait prévaloir l'immunité de l'État, au moyen d'une distinction discutable entre catégories de normes (procédure/fond) évinçant l'hypothèse du conflit.

²⁷ On relèvera que, dans *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée aux souverains*, en 1758, le maître du droit international classique, Vattel, arrivait à la « constitution » à la nation, seule détentrice du pouvoir constituant. Il a pu en être déduit que les constitutions ne pouvaient être que nationales et particulières (H. MOHNHAUPT, « Verfassung », in E.W. BÖCKENFÖRDE (dir.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialer Sprache in Deutschland*, tome 6, Stuttgart, Klett-Cotta Verlag, 1990, p. 859). Cependant, il en traitait dans un ouvrage relatif au droit des gens préoccupé de discipliner les souverains et de façonner l'État (voir en ce sens : T. FLEURY, *Manuel de droit international public*, t. 2, Paris, PUF, 2016, p. 19-20).

²⁸ Voir, sur le droit global, M. XIFARAS, « Après les Théories Générales de l'État : le Droit Global ? », *Jus Politicum*, n° 8, *La théorie de l'État entre passé et avenir*, septembre 2012 [<http://jus-politicum.com/uploads/pdf/JP8-Xifaras.pdf>].

²⁹ A. PETERS, « The Constitutionalization of International Organizations », in N. WALKER (dir.), *Europe's Constitutional Mosaic within a Global Constitutional Order*, Oxford, Hart, 2011, p. 253 *sqq.*

³⁰ M. Forteau relève qu'en réalité la tendance publiciste et la tendance privatiste ont toujours existé en droit international, du fait de sa nature même : « En tant que droit de pouvoirs au pluriel il ressortit nécessairement à une logique de sujétion, par l'aspect "pouvoir", et à une logique de rapports d'égalité, du fait de la dissémination de ce même pouvoir » (M. FORTEAU, « Le droit administratif global, signe d'une évolution des techniques du droit international ? », in C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global ? A Global Administrative Law?*, Paris, Pedone, 2012, p. 173).

Toute l’ambiguïté du constitutionnalisme global, déjà relevée dans les actes du colloque de l’Institut Villey, est dans ce verbe « devoir » au conditionnel.

Le discours sur le constitutionnalisme global prétend en première part avoir *une valeur descriptive* de l’évolution historique des règles d’organisation d’une société ou d’une communauté internationale qui accueille en son sein dorénavant États, organisations internationales diverses, personnes privées. Malgré les vicissitudes de l’histoire des idées et des institutions, la fonction du droit international se réaliserait inéluctablement parce qu’elle correspondrait à la plus puissante des logiques sociales, celle qui rapproche les groupes humains et les relie dans des rapports d’interdépendance concurrentielle, conflictuelle ou coopératifs. Les institutions juridiques porteraient déjà l’empreinte de cette nécessité sociale. En creux, la résistance de la doctrine positiviste volontariste aux changements avérés et en cours est dénoncée.

D’autre part, il s’avoue comme *un discours prescriptif*. Pour une part, ce discours entretient une tradition idéaliste qui investit les règles internationales d’une valeur positive *a priori* et veut voir dans leur progrès, jusqu’au cœur des rapports entre l’État et la personne privée, un signe de progrès de la *rule of law*, un signe du triomphe ultime du droit sur la puissance de l’État et des individus ordinaires, envisagés comme sujets de droit et comme citoyens, sur les puissants dans l’État. En somme, l’idéal du constitutionnalisme aurait vocation à se parachever au plan universel. Ce discours revêt une double fonction dans ce cadre : celle d’idéal politique vers lequel le système international doit se diriger et qui motive la résistance aux régressions nationalistes, populistes, unilatéralistes ; celle d’idéal-type grâce auquel mesurer l’écart entre ce qui est et devrait être. Pour une part, ce discours se détourne de la réalisation d’idéaux cosmopolitiques au bénéfice de l’adaptation du constitutionnalisme. A. Peters défend ainsi finalement un « constitutionnalisme compensateur » plus modeste³¹. À en juger par les évolutions récentes du droit des organisations internationales, la fonction prescriptive du discours constitutionnaliste n’est pas sans effets d’entraînement sur le réel, quoiqu’ils soient circonscrits et... sélectifs. Les effets de la « compensation », ponctuelle, se font sentir dans le domaine des droits fondamentaux davantage que dans les processus de légitimation démocratique du pouvoir redistribué à travers les frontières³².

Or, ce type de discours produit des effets bien au-delà de ces adaptations. Dans sa version la plus lénifiante, le discours constitutionnaliste entretient, en s’en nourrissant, une illusion. Quel que soit le domaine considéré, fût-ce le droit de l’Organisation mondiale du commerce ou celui des investissements, le perfectionnement

³¹ A. PETERS, « Le constitutionnalisme global : crise ou consolidation », *Jus Politicum*, n° 19, *Constitutionnalisme global*, janvier 2018, p. 59-70 [http://juspoliticum.com/uploads/jp19-t05_peters.pdf].

³² Il faut noter, déjà, un effet retour : les petits progrès du constitutionnalisme dans les organisations internationales les exposeraient à un risque de dérive loin des solutions raisonnables et praticables pour elles. Ainsi, J. Klabbbers, qui attribue une plus grande valeur explicative au fonctionnalisme et une valeur normative plus élevée au constitutionnalisme, souligne : « *For one of the problems with constitutionalism is that, if taken seriously, it tends to absolutize things: the aura of constitutional norms is such that they demand precedence over anything else, and if that is so, then sensible political solutions to issues be out of reach* » (J. KLABBERS « Contending Approaches to International Organizations: Between Functionalism and Constitutionalism », in J. KLABBERS et A. WALLEND AHL (dir.), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Elgar, 2011, p. 17).

des mécanismes de mise en œuvre de la règle de droit international serait un progrès du droit et de l'humanité, et ce pour deux raisons : la conduite conforme à la règle internationale négociée est présumée voire postulée meilleure que la règle de conduite qu'un État se donne à lui-même ; les procédures de règlement des différends internationaux ou transnationaux, *a fortiori* si elles sont juridictionnelles, sont vantées comme un progrès par rapport au règlement anarchique des différends par recours croisé à des actions unilatérales, fussent-elles pacifiques. L'ininvocabilité du droit (constitutionnel) interne pour justifier un comportement de l'État contraire à l'une de ses obligations internationales acquerrait une fonction supérieure : de condition *sine qua non* d'existence de la norme internationale comme norme juridique, elle deviendrait la condition de réalisation des effets de la norme bonne en soi ou du moins meilleure par nature, parce qu'internationale. Échappent ainsi largement à la discussion les conditions d'élaboration des normes internationales tout comme les biais des mécanismes qui les garantissent, indépendamment de leurs qualités intrinsèques.

Il n'y a pas loin de là à un discours qui occulte, à dessein ou non, des pans entiers de la réalité du pouvoir, voire mystifie le droit international et la réorganisation en cours du pouvoir. Inutile d'y insister longuement : en l'état des processus d'élaboration des normes internationales (profondément inégalitaires depuis toujours et de plus en plus poreux aux intérêts privés) et des notions fondamentales du droit international (la protection des intérêts essentiels des États l'emportant encore largement sur la logique des biens communs), toute norme internationale n'est pas parée des vertus du cosmopolitisme. Des normes internationales servent des intérêts très particuliers dont l'équilibre est discutable. En outre, les mécanismes de mise en œuvre ou de surveillance les plus efficaces prospèrent aux marges des systèmes constitutionnels nationaux et « disciplinent » implacablement les États dans des domaines que le droit international a tardivement investis (domaines privilégiés de l'action de l'État providence, de l'État régulateur, de l'État garant des intérêts des générations futures). Ces mécanismes concurrencent certains organes de l'État : que l'on songe au choix offert aux investisseurs étrangers entre solliciter les tribunaux internes et solliciter le recours à l'arbitrage d'un différend les opposant à l'État hôte. Ils les contraignent : que l'on songe aux discussions en droit international économique en général sur le droit de réglementer de l'État, en son principe et selon sa portée alors qu'il participe de l'essence de l'État, ou aussi bien, à la vogue de la convergence normative et réglementaire, recherchée notamment dans les accords commerciaux de nouvelle génération, à travers l'action de comités peu contraignants, formellement, et peu transparents, dont les préconisations viendraient devant les parlements nationaux.

Finalement, la puissante pression que ces mécanismes exercent de l'extérieur sur les systèmes constitutionnels nationaux est escamotée dans l'apologie de la constitutionnalisation de régimes internationaux, dont on dit qu'elle serait parfois plus aboutie que celle de régimes nationaux demeurée par trop rudimentaire. Pis, certaines formes usuellement enserrées dans l'État constitutionnel sont transplantées dans le système international, y conservent leur aura constitutionnelle ou la confèrent aux régimes internationaux dans lesquels elles se greffent, « constitutionnalisant » au passage des normes, économiques notamment, dorénavant soustraites aux fluctuations majoritaires qui s'expriment à l'intérieur d'un seul État. Cette transmutation se produit sans que soient toujours clairement questionnés le rattachement de ces mécanismes à et leur impact sur les « systèmes constitutionnels complets » des États, non plus que l'équilibre des pouvoirs au sein des régimes internationaux « constitutionnalisés » et « constitutionnalisants ». Le discours

constitutionnaliste se banalise et se globalise paradoxalement au fur et à mesure que le pouvoir, se dispersant, sort du champ de vision des citoyens et de leurs représentants élus et s'entoure de garanties pas toujours accordées à sa légitimité.

Un *contre-discours* s'efforce de ressaisir le pouvoir, justement à partir du concept de légitimité. Une critique radicale de l'idée de constitutionnalisation du système international consiste à faire la somme des propriétés du constitutionnalisme qui ne se retrouvent pas dans le système international puis, au vu notamment de l'absence de « pouvoir constituant » entre les mains des peuples³³, des lacunes du système représentatif ou des incertitudes nimbant la consistance et la nature des règles de compétence, à la rejeter au rayon des utopies, voire des discours qui font fallacieusement passer ce qui est pour ce qui doit être. Dressant le constat que le périmètre des pouvoirs publics soumis à l'autorité de la constitution et celui des normes sur lesquelles elle prime effectivement se réduit, au détriment de la légitimation démocratique du pouvoir, D. Grimm rejette le discours et le projet de constitutionnalisation du système international. Les institutions internationales se prêteraient à un processus de légalisation, non de constitutionnalisation. Elles sont en tout état de cause trop éloignées des citoyens pour devenir des instances de pouvoir démocratique autonome. L'État, dont le monopole du pouvoir de contrainte ne s'est pas érodé, devrait demeurer la source de légitimation démocratique du pouvoir des institutions internationales (à travers le consentement initial, mais aussi un contrôle effectif sur leurs activités)³⁴. Reste à savoir si et comment un contrôle qui ne soit pas purement formel est possible sur les activités dispersées et les actions parfois contradictoires des institutions internationales. Le contrôle par défaut sur les actes de l'État qui met en œuvre les actions prescrites par les institutions internationales produit certains résultats en matière de protection des droits fondamentaux. Quant à la cohérence et la lisibilité des choix politiques, cela reste à explorer. Une critique plus modérée inclinera à des infléchissements du constitutionnalisme, en un sens cosmopolitique par exemple, comme suggéré par M. Kumm. Il ne s'agit alors pas plus de « globaliser » les formes historiques du constitutionnalisme ou de les sauver là où elles sont nées, mais de retravailler en profondeur les conditions d'exercice légitime du pouvoir de l'État³⁵.

Des concepts, des théories qui se raffinent en se différenciant, des noms d'auteurs qui reviennent et circulent d'une discipline juridique à l'autre... toutes les

³³ S'il est un élément du constitutionnalisme global comme du constitutionnalisme restreint aux institutions internationales qui demeure embryonnaire, c'est la participation médiate ou immédiate, mais démocratique (*i. e.* ne se mesurant pas à leur poids économique ou pouvoir d'influence médiatique), des personnes privées au pouvoir et à son institution. Le principe international de légitimité démocratique demeure *in statu nascendi* ; les organisations internationales, fors les organisations supranationales ou d'intégration, sont encore régies par des principes représentatifs qui éloignent les peuples de leurs enceintes et des processus normatifs. Ce constat banal peut être reformulé en termes de droits individuels : le droit de la communauté internationale ou le droit constitutionnel mondial, s'il existe, n'assure pas à l'individu le droit de participer à la fondation et l'exercice de tout pouvoir, ni médiatement, ni immédiatement, ni dans les parties, ni dans le tout. En ce sens, et en ce sens seulement, l'individu est un sujet partiel du droit international.

³⁴ D. GRIMM, « The Achievement of Constitutionalism and its Prospect in a Changed World », in P. DOBNER, M. LOUGHLIN (dir.), *The Twilight of Constitutionalism?*, *op. cit.*, p. 16 *sqq.*

³⁵ M. KUMM, « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 20, n° 2, 2013, p. 605-628. Voir *infra*.

conditions sont bien réunies d'une « conversation³⁶ » polyglotte sur les transformations du pouvoir à l'ère de la globalisation et, corrélativement, des concepts (ou notions) de constitution, constitutionnalisme, constitutionnalisation. Mais il s'agit de bien plus que de l'une de ces conversations ondulantes que les cercles académiques affectionnent. Dans un même moment se condensent en effet une interrogation sur la valeur heuristique des concepts essentiels du droit constitutionnel et du droit international – que l'on hésite à dire encore « respectifs » car certains leur sont sans doute devenus communs – et une interrogation sur la refondation-redistribution des pouvoirs devenue politiquement nécessaire.

Cette nécessité découle, selon les points de vue, de l'obsolescence du paradigme westphalien qui, faisant coïncider l'origine du pouvoir exclusif de l'État et son extension, offrit un cadre stable à la construction du constitutionnalisme national, *ou*, tout à l'opposé, de la dispersion du pouvoir, voire de son démembrement, suivant un constat qui procède en deux temps : l'internationalisation des politiques publiques, dictée par les interdépendances de fait ou des choix politiques plus ou moins articulés s'opère entre différents lieux dans l'État et au-delà ; les mieux identifiés et reliés à une vie politique publique ne sont pas nécessairement les lieux du pouvoir réel, les plus rayonnants ne sont pas toujours les mieux contrôlés³⁷. Le désaccord sur le diagnostic, et donc les remèdes, est d'autant plus vif que le contexte international est tendu comme il ne l'était pas à l'ouverture de la décennie heureuse du droit international : une partie du monde réclame officiellement le retour aux fondamentaux de l'ordre westphalien (avec quelques adaptations) et de l'État-nation, pas toujours constitutionnel³⁸.

Il serait bien présomptueux de prédire que le moment d'une révolution conjointe des esprits, des concepts, des méthodes et des pouvoirs approche – qu'elle ait une traduction radicale ou tempérée selon la force contraire qui l'emportera. Non sans une once de mélancolie, V. Champeil-Desplats s'aventurerait pourtant dans cette direction en 2016 :

The inventiveness that is at work in establishing new forms of power is a challenge not only for the old power, but also for those who undertake to grasp and understand it. It should be noted that nearly two centuries have passed between the emergence of the « modern State » and the thoughts on its limitation by contemporary constitutionalists. Therefore let us show enthusiasm for the work ahead awaiting legal

³⁶ M. XIFARAS, « Conclusions », *Jus Politicum*, n° 19, *Constitutionnalisme global*, janvier 2018, p. 140 [http://juspoliticum.com/uploads/jp19-t09_xifaras.pdf].

³⁷ Avant de plaider pour un tournant cosmopolitique du constitutionnalisme, M. Kumm stylise ainsi deux approches constitutionnalistes qui s'affrontent : d'une part, le constitutionnalisme avec « un grand C » visant la restauration et le resserrement du lien entre les institutions internationales et la volonté de l'État au nom du principe inaliénable d'auto-gouvernement et, d'autre part, le constitutionnalisme avec « un petit c » insistant sur la légitimité autonome des institutions internationales (M. KUMM, « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law », art. cité).

³⁸ The Declaration of the Russian Federation and the People's Republic of China on the Promotion of International Law, 25 juin 2016 [http://www.mid.ru/en/foreign_policy/position_word_order/-/asset_publisher/6S4RuXfeYlKr/content/id/2331698].

*thought, although one may not share the same enthusiasm for the phenomena that defy it*³⁹.

L'une des limites du constitutionnalisme global réside probablement en ceci qu'il se préoccupe fort de la limitation du pouvoir imposée par le respect des droits fondamentaux et éventuellement des conditions de légitimation (lorsque celle-ci est distinguée de celle-là) qui doivent entourer les déplacements du pouvoir (décliné en pouvoirs de définir des normes, de les appliquer, de les faire observer) de la sphère nationale vers la sphère internationale ou au sein de la sphère internationale seulement, mais pas assez de suivre ces déplacements eux-mêmes. Sans ce travail préalable, le diagnostic risque d'être faussé par la confusion entre un phénomène global et des épiphénomènes semblables mais localisés⁴⁰, aussi bien que par la sous-estimation soit de la résistance de l'infrastructure westphalienne, soit de la migration du pouvoir originellement ancré dans l'État vers des lieux qui lui sont structurellement étrangers et parfois idéologiquement hostiles.

III. UNE NOTION DISCRÈTE : LA COMPÉTENCE

La relative discrétion de la notion juridique de compétence dans la littérature contemporaine sur le constitutionnalisme global⁴¹, O. de Frouville faisant notablement exception dans le colloque organisé par l'Institut Villey⁴², ne laisse pas de surprendre. Elle étonne d'abord au regard de la présentation usuelle de l'État comme sujet souverain de droit international doté d'une compétence exclusive, plénière et protégée en tant que telle sur son propre territoire. Comment ne pas s'interroger sur son actualité, soit que des segments de cette compétence lui échappent au profit d'autres autorités publiques ou d'entités privées, soit que la compétence d'exécution ne soit plus pratiquement, dans les États les plus ouverts, que le reliquat de la quasi omni-compétence de l'État qui fut ?

³⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Constitutionalization Outside of the State? A Constitutionalist's Point of View », in J.-P. ROBÉ, A. LYON-CAEN et S. VERNAC (dir.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, Abingdon-on-Thames, Routledge, 2016, p. 169.

⁴⁰ Au cours des débats qui ponctuèrent le colloque de l'Institut Villey, D. Baranger évoquait justement l'existence de « constitutions sectorielles » que rien ou si peu ne reliait ou surplombait.

⁴¹ Sur le chatolement de la notion, voir G. CAHIN, « Rapport », in *SFDI, Les compétences de l'État en droit international*, Paris, Pedone, 2006, p. 9-52. Une définition extensive peut en être retenue, inspirée de la thèse de G. Tusseau (G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006) : est compétente une personne ou une institution désignée par une norme d'habilitation comme pouvant mobiliser certaines prérogatives (ou pouvoirs en un sens plus étroit que celui donné en préambule qui renvoie au phénomène du pouvoir), en vue d'adopter certains actes suivant une certaine procédure, dans un champ délimité (personnes, temps, lieux, activités). Par la suite, on ne s'interdira pas de dénouer cette définition synthétique pour insister plus particulièrement sur l'établissement d'une entité comme pouvoir et sur le domaine dans lequel ce pouvoir peut se déployer valablement.

⁴² O. DE FROUVILLE, « Une théorie non constitutionnaliste de la Constitution internationale », *Jus Politicum*, n° 19, *Constitutionnalisme global*, janvier 2018, p. 95-103 [http://juspoliticum.com/uploads/jp19-t07_frouville.pdf]. J. Habermas s'est efforcé pour sa part de ventiler ce qui devrait – *de lege ferenda* donc – relever de la compétences d'autorités supranationales, de régimes régionaux, de réseaux transnationaux, en imaginant concomitamment des « chaînes de légitimité ».

Elle surprend ensuite au regard de l'histoire des idées « constitutionnalistes ». Dès 1926, Verdross comptait ainsi au nombre des règles de la communauté internationale celles qui délèguent ou répartissent des compétences entre les États – ce sont des règles structurelles en effet qui organisent les rapports entre les parties d'un tout. En résumant grossièrement, sans nier le principe de l'autonomie constitutionnelle des États, Verdross pensa la communauté internationale d'une manière telle qu'elle pourrait accueillir les individus et opérer la conciliation entre compétences et prérogatives respectives des États et droits des populations et individus, les premières n'existant qu'en vue des seconds. Dans son *Précis de droit des gens*, dont le tome II s'intitule « Droit constitutionnel international », G. Scelle corrélait en 1934 l'existence d'une constitution d'un milieu intersocial – société universelle d'individus « appartenant en même temps à d'autres et innombrables sociétés politiques » – à celle de règles de répartition et de délimitation des compétences, fonction essentielle du droit selon lui⁴³, sans s'effrayer de l'hétérogénéité de ce milieu⁴⁴.

L'intérêt pour les règles de compétence et leur valorisation comme règles constitutionnelles du système international devait refluer par la suite sous la puissance des formules concises de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire du *Lotus* (1927) :

Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, [le droit international] leur laisse, à cet égard, une large *liberté* qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives [...]⁴⁵.

La première de ces règles prohibitives protège l'exclusivité de la compétence d'exécution de l'État sur son territoire. Le *Lotus* a marqué la victoire du principe de souveraineté-liberté sur le principe de l'attribution des compétences par le droit international – même si des auteurs francophones ont continué de défendre cette représentation du droit international et de l'État. Or, le principe de liberté découlant de la souveraineté de l'État est antinomique aussi bien de l'existence d'une communauté interétatique régie par des règles structurelles, et non pas toutes particulières, que d'une communauté internationale élargie aux individus, ici tenus pour étrangers aux considérations qui règlent le flux et le reflux de la compétence des États. Avec lui, une certaine tradition constitutionnaliste se trouve contredite : il est bien difficile d'envisager qu'une constitution internationale puisse organiser les relations interinstitutionnelles (interétatiques à l'origine) autour du seul principe de liberté et, *a fortiori*, que la notion de compétence de l'État, à laquelle on ne connaîtrait pas de limite *a priori*, y occupe une place centrale. En parallèle du *Lotus*,

⁴³ « La réglementation de ces compétences assure l'ordre social, car toute imprécision en ce domaine engendre des conflits, des dépassements ou des abus de compétence qui troublent les relations sociales. Chacun dans la société doit connaître exactement sa place, son rôle, ce qu'il peut ou doit faire, ce dont il lui faut s'abstenir » (G. SCELLE, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, t. 1, Paris. Dalloz, 2008 [1932], p. 8). Cela le conduisait à récuser la souveraineté dont le titulaire, dans un mouvement d'insurrection contre le droit, revendiquerait la compétence de la compétence.

⁴⁴ Au contraire, Scelle insiste sur la nécessité de restituer à l'État sa juste place de phénomène le mieux organisé et le mieux intégré qui n'est cependant qu'une espèce dans la pluralité des milieux intersociaux (G. SCELLE, « Le Droit constitutionnel international », in *Mélanges Carré de Malberg*, Vadus/Paris, Topos Verlag/Duchemin, 1977 [1933], p. 501-515).

⁴⁵ CPJI, *Affaire du Lotus (France/Turquie)*, 7 septembre 1927, *CPJI Rec. Série A n° 10*, p 19 (nous soulignons).

les réminiscences de controverses relevant de la théorie du droit autour de l'importance respective des notions d'obligation et de compétence, ont pu contribuer à détourner les esprits de cette notion. L'opposition de vues entre Kelsen et Scelle, révélée tardivement, est exemplaire à cet égard⁴⁶. Scelle a pu entraîner dans sa disgrâce la compétence comme notion centrale, constitutive du droit international. L'hypothèse peut en tout cas être avancée d'un paradigme constitutionnaliste reposant sur le postulat que, dans une perspective prédominante de garantie des droits individuels, la compétence perd son caractère primordial au bénéfice de l'obligation qui encadre ou oriente son exercice.

IV. LE PRISME UTILE DE LA COMPÉTENCE

Sans chercher à vider la querelle de l'antécédence ou de la prééminence de l'obligation sur la compétence, il peut être avancé que la notion et les règles de compétence sont constitutionnelles par nature et que les usages faits de leurs compétences par les États et autres institutions informent sur la (re)distribution du pouvoir peut-être en cours.

Pour ce, il convient de se déprendre temporairement du sens que la notion de constitution revêt dans le droit dit constitutionnel – ou mieux dit droit constitutionnel de l'État –, tout en laissant aux constitutionnalistes le soin de préciser le rôle qu'ils assignent à la compétence dans leur champ. À se reporter au *Trésor informatisé de la langue française*, le verbe « constituer » renvoie à une série d'opérations juridiques fondamentales pour l'organisation d'une société (ou communauté) : établir un pouvoir, conférer une responsabilité, créer conformément à la loi, « former un tout (concret ou abstrait) en rassemblant des éléments suivant une loi d'organisation », donner son fondement (à un ordre juridique, à un pouvoir)... L'attention s'est concentrée sur les éléments *constitutifs* de l'État, les caractères distinctifs de la *constitution* de l'État, le ou les détenteurs du pouvoir *constituant*, les qualités *constitutionnelles* du bon gouvernement et leur transposabilité à l'échelle internationale ou globale.

Or, un sens neutre, premier, de la notion de constitution se laisse dégager. « *An initial way of thinking about the constitutional idea outside of the State is to conceive it as a way of power structuring, irrespective of its form* », écrit V. Champeil-Desplats empruntant à O. Beaud qui, lui-même, remonte à l'ouvrage d'E.W. Böckenförde⁴⁷.

⁴⁶ Voir H. KELSEN, *Controverses sur la théorie pure du droit. Remarques critiques sur Georges Scelle et Michel Virally*, avant-propos de Ch. Leben, préf. de R. Kolb, Éd. Panthéon-Assas, 2005 (publication originale en allemand dans la *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1987).

⁴⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Constitutionalization Outside of the State? A Constitutionalist's Point of View », in J.-P. ROBÉ, A. LYON-CAEN et S. VERNAC (dir.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, op. cit., p. 162. Le tournant du XVIII^e siècle qui donne à la constitution sa connotation étroitement juridique, « normative » et « idéologique » est décrit par D. Grimm : D. GRIMM, « Verfassung », in E.W. BÖCKENFÖRDE (dir.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialer Sprache in Deutschland*, op. cit., p. 863. Dans la contribution précitée (O. DE FROUVILLE, « Une théorie non constitutionnaliste de la Constitution internationale », art. cité), O. de Frouville reprend chez G. Scelle une conception de la constitution qui est proche de l'acception première : « [...] la Constitution, c'est l'instrument juridique par excellence de la structuration du pouvoir dans une société » (p. 97).

Le terme souffre alors parfaitement le passage au pluriel : là où il y a du pouvoir, là est une constitution, que ce pouvoir soit public ou privé ; là où deux pouvoirs ou plus prétendent s'exercer, là aussi se fait ressentir le besoin de normes constitutionnelles pour les articuler ou les départager. Au sens primaire et le plus neutre du terme, sont dites constitutionnelles les normes relatives à l'institution, la délimitation, la coordination ou la hiérarchisation du « pouvoir d'établir des situations juridiques⁴⁸ » – mais aussi à la mutation de ces pouvoirs.

Un tempérament doit être apporté à l'acception *largo sensu* de la constitution par E.W. Böckenförde : la distinction est difficile, mais indispensable, entre les pouvoirs de fait, qui n'ont point de constitution parce qu'ils ne s'établissent que sur la base d'un différentiel de puissance, et les pouvoirs légaux, qui en ont nécessairement une, écrite ou non, par laquelle est scellée juridiquement leur opposabilité aux assujettis. La dichotomie entre pouvoirs constitués et pouvoirs de fait ne recoupe pas exactement la dichotomie entre pouvoirs publics et pouvoirs privés, les seconds pouvant être autorisés ou habilités par les premiers à fonctionner comme des pouvoirs constitués dans une sphère d'activité⁴⁹, voire s'auto-constitutionnaliser sans aucune forme d'habilitation émanant d'une autorité publique⁵⁰, ou devant être compris comme des éléments de la structure du pouvoir⁵¹. Cette opération de discrimination entre pouvoirs constitués et pouvoirs de fait est d'autant plus délicate à mener que les normes constitutionnelles en un second sens – celles qui assurent la garantie des droits contre le pouvoir légalement constitué – sont parfois trop vite réintroduites dans les discours constitutionnalistes globaux, si bien qu'un pouvoir de fait qui s'incorporerait certaines exigences fondamentales du constitutionnalisme étatique passerait pour (bien) constitué. Pourtant, les normes qui conditionnent l'exercice d'un pouvoir et celles qui l'établissent sont à distinguer⁵².

⁴⁸ Formule empruntée à G. Scelle, mais entendue ici en un sens strictement compatible avec la définition du pouvoir donnée ci-dessus.

⁴⁹ Pour prendre une illustration répandue : les GAFAM sont légalement constitués en pouvoirs s'exerçant sur leurs employés, ils le sont aussi, dans une mesure sujette à contestation, sur leurs clients et au-delà de ces cercles, ils s'affirment comme pouvoirs *de facto* exposés à une contestation croissante.

⁵⁰ Voir G. TEUBNER, « Constitutionnalisme sociétal : neuf variations sur un thème de D. Sciulli », *Jus Politicum*, n° 19, *Constitutionnalisme global*, janvier 2018, p. 71-94 [http://juspoliticum.com/uploads/jp19-t06_teubner.pdf].

⁵¹ En raison de l'autonomie et de la puissance acquise (dans l'État constitutionnel), mais aussi de la compétition que les États se livrent pour les attirer ou les retenir qui détermine largement l'exercice ou le non-exercice de leurs compétences. Voir J.-P. ROBÉ, « Globalization and Constitutionalization of the World Power System », in J.-P. ROBÉ *e. a.* (dir.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, Abingdon-on-Thames, Routledge, 2016, p. 11-52 : « *The notion of constitution is traditionally attached to the State. But it can be thought about in a pluralistic manner, both in a territorial sense (which is now a classical way of thinking about the European Union, for example) and in a de-territorialized sense. Enterprises, in particular, can be thought about at the same time as political orders (it is within them that partially common and partially conflicting interests are being conciliated as a matter of principle) and as legal orders* ». (p. 11). L'auteur pousse le raisonnement jusqu'à s'interroger sur les conditions de la constitutionnalisation du pouvoir des multinationales.

⁵² Il ne suffit pas, par exemple, que le mouvement sportif s'approprie des normes internationales de protection des droits de l'homme pour intégrer la catégorie des pouvoirs « constitués ». Encore faut-il qu'il ait préalablement été légalement établi en cette qualité.

Parmi celles-ci, il conviendrait d'envisager, d'une part, les normes relatives à l'apparition de l'État et des autres sujets de droit international dotés de prérogatives à l'égard de tiers sujets (à commencer par les organisations internationales de toutes natures), d'autre part, celles qui délimitent le domaine de validité des actes pris par ces pouvoirs constitués et arbitrent, ou laissent subsister, les conflits, positifs ou négatifs, de compétences. Les premières, désignées comme règles relatives à l'établissement d'un pouvoir, peuvent demeurer étrangères à toute préoccupation de garantie des droits⁵³ ou l'incorporer⁵⁴. Les règles qui délimitent la sphère de validité des actes des pouvoirs légalement constitués regroupent, elles, toutes les règles relatives à la compétence de prendre certains types d'actes (couramment envisagés comme la manifestation de pouvoirs normatif, exécutif, juridictionnel, etc.) : identification/sélection des titres à agir, règles de résolution des conflits de compétences, domaine de validité des actes, etc.

Extérieure à ce corps de règles, la garantie des droits doit nécessairement, dans une perspective constitutionnaliste, être réintroduite dans un second temps. Dans la pratique de certains États et organisations internationales, elle l'est incontestablement. Si son effet le plus voyant est d'encadrer l'exercice du pouvoir, il est vrai qu'elle peut aussi influencer sur le déplacement du pouvoir : le transfert horizontal de compétences entre États ou l'institution de nouveaux pouvoirs privés ou publics peuvent être subordonnés à l'équivalence des protections offertes aux personnes privées. Il importe toutefois, dans un premier temps, d'isoler conceptuellement deux corps de normes structurelles, de ces normes qui donnent au système international son armature⁵⁵.

Pour la suite, on considérera surtout la catégorie des normes relatives à la compétence, sans préjudice de la pertinence et de l'urgence d'un questionnement sur les processus, les procédures ou les simples procédés qui président à l'établissement de nouveaux pouvoirs par des voies que les constitutions nationales ignorent parfois, questionnement essentiel à la discrimination entre les pouvoirs légaux et légitimes, et les autres.

La proposition formulée ici consisterait à se donner une définition aussi neutre que possible des règles constitutionnelles – neutre, parce que large, libérée de toutes les surdéterminations liées à la constitution de l'État. Seraient ainsi mises de côté, *du moins pour un temps*, les disputes autour de la souveraineté de l'État opposée au caractère dérivé des autres sujets de droit international, de l'existence d'un

⁵³ C'est l'option envisagée par les défenseurs de la fonction purement déclarative de la reconnaissance d'État exclusivement conditionnée à la vérification de la condition d'effectivité d'un pouvoir exclusif et indépendant sur un territoire.

⁵⁴ Ainsi, il ne suffit plus en droit international contemporain qu'une autorité s'arroge un pouvoir exclusif et indépendant sur la population habitant un territoire pour être réputée former le gouvernement d'un État au sens du droit international. Encore faut-il, pour qu'il y ait État (et gouvernement), qu'il se soit établi sans méconnaître certaines des normes les plus fondamentales de la société internationale. Il est vrai cependant que ces exigences demeurent minimalistes en comparaison des acquis du constitutionnalisme dans les ordres juridiques internes. Elles visent essentiellement à ce que l'ordre public international ne soit pas troublé par l'apparition d'un nouveau sujet qui le foulerait aux pieds. La vision classique d'un État apparaissant sans rien devoir au droit (international) continue cependant d'être défendue (voir par ex. J. COMBACAU, « Sources internationales et européennes du droit constitutionnel », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, op. cit., p. 418 sqq.).

⁵⁵ Ces propositions sont sans préjudice de l'existence d'autres normes constitutionnelles qui appelleraient d'autres développements.

pouvoir constituant national qui opposerait une résistance inexpugnable à l'apparition d'un pouvoir constituant international, de la constitution (de l'État) distinguée de l'acte constitutif (de l'organisation internationale), de la garantie des droits dans l'État contrastant avec leur ineffectivité au-delà, de la séparation des pouvoirs dans l'État tranchant avec la confusion des fonctions dans le chef des mêmes sujets de l'ordre international, de l'existence d'une norme fondamentale unique ou de normes fondamentales distinctes des ordres juridiques internes et internationaux.

L'hypothèse est que ce qui se donnerait alors à voir, ce ne serait pas une communauté internationale surplombante distribuant (rationnellement) le pouvoir entre ses composantes, sûrement pas *une* constitution internationale, moins encore une réplique dans le système international de la trinité fonctionnelle (pouvoirs/fonctions législatifs, exécutifs, judiciaires savamment balancés), mais l'esquisse d'une cartographie des lieux de pouvoirs, certes hétérogènes, et de leurs interrelations à l'ère de la globalisation, avec certes des blancs, des vides, des insuffisances. À l'inverse, en faisant l'impasse sur la compétence, le constitutionnalisme global renoncerait à révéler dans quels cercles se loge la réalité du pouvoir et, ce faisant, à donner à voir ce qu'inclut encore le périmètre de la démocratie représentative ou participative dans le cadre étatique (ou de l'Union européenne), mais aussi pourquoi il peut se déplacer (ce qui a à voir avec la défense, ou non, par les pouvoirs constitués de leur compétence).

Une fois combinée au questionnement suspendu sur les processus d'établissement de ces pouvoirs, leur légalité et leur légitimité, cette analyse de la « gouvernance mondialisée » en termes de compétences servirait ce qui est peut-être la fonction première du « constitutionnalisme global » comme discipline : connaître et dépeindre de manière intelligible la localisation-délocalisation-relocalisation des lieux depuis lesquels sont arbitrés ou arbitrables les grandes questions de justice socio-politique (O. Höffe), aux fins, éventuellement, de reconstruire l'ordre des institutions.

V. ÉCHAPPÉES SUR LA STRUCTURATION DU POUVOIR À LA LUMIÈRE DE LA COMPÉTENCE

Le ralliement général au *dictum* du *Lotus* – malgré ses hypocrisies révélées par les vicissitudes de la compétence universelle en matière pénale qui en inquiéta tant les défenseurs ou les protestations véhémentes contre les étirements de la compétence extraterritoriale des États-Unis d'Amérique en matière normative – a pu oblitérer l'importance de la notion et des règles de compétence, comme de leur manie- ment dans un système international ordonné autour du principe de coexistence pacifiée entre les États.

Avant de constater ou proclamer la constitutionnalisation du système international, il conviendrait de déconstruire le *Lotus* – ou plus exactement le paradigme du *Lotus*.

Or, la pertinence du *Lotus* en droit international contemporain peut être relativisée pour deux raisons au moins. La première est que les États ne sont plus les seuls sujets du système international, la Cour internationale de Justice l'admet sans ambages depuis 1949. Il est d'usage, parmi les sujets de droit international, d'opposer aux États doués d'une compétence originaire et illimitée des organisations internationales dotées de compétences d'attribution. Le fait que les actes des unes et des autres n'aient souvent pas les mêmes destinataires peut inciter à considérer que

leurs compétences n'entrent pas en concurrence, pour se concentrer sur la contrainte que l'appartenance à l'organisation exerce sur l'État dans l'exercice de ses compétences. Mais si les destinataires des actes sont les mêmes, sans règle de pré-emption ou d'exclusivité profitant à l'organisation, est-il certain que doit nécessairement jouer la présomption de liberté de l'État ? À peu de temps de l'adoption de l'arrêt du *Lotus*, la Cour permanente de justice internationale a rendu un avis relatif à la Commission européenne du Danube⁵⁶. Un paragraphe de cet avis concentre sur lui toute la lumière : « Comme la Commission européenne n'est pas un État, mais une institution internationale pourvue d'un objet spécial, elle n'a que les attributions que lui confère le Statut définitif, pour lui permettre de remplir cet objet [...] » (p. 64). *Prima facie*, le *Lotus* et le *Danube* concordent parfaitement. Il a toutefois été moins relevé qu'aux fins de démarquer les compétences respectivement de la Roumanie et de la Commission, la Cour, tout en opposant nettement les fonctions de l'organisation internationale à la souveraineté du détenteur du titre sur le territoire, avait semblé tenir les deux prétentions pour équivalentes en principe : la répartition devait s'opérer en considération des fonctions ; or, les fonctions de l'État et celles de la Commission étaient parfaitement commensurables : « La Roumanie, en tant que souverain territorial, exerce des pouvoirs sur le Danube maritime chaque fois que ce n'est pas incompatible avec les compétences que détient la Commission [...] en vertu de son statut définitif » (p. 63). « Lorsque, dans un seul et même espace, il y a deux autorités indépendantes, la seule méthode qui permette d'établir une démarcation entre leurs compétences respectives consiste à définir les fonctions qui leur sont dévolues » ; la Commission n'est pas un État, mais a « compétence pour exercer ces fonctions dans leur plénitude, pour autant que le Statut ne lui impose pas de restrictions » (p. 64). Si l'on en a extrait la formule selon laquelle la Commission n'est pas un État, on aurait aussi bien pu retenir qu'un État ne détient plus que les fonctions et compétences qui n'ont pas été attribuées à une organisation internationale, fût-ce sur son propre territoire, et sans perdre pour cela sa souveraineté, voire que les limitations de souveraineté des États membres d'une organisation internationale procèdent de l'attribution à cette organisation de fonctions ; et même que, puisqu'elles sont présumées pouvoir s'appliquer dans leur plénitude, certaines limitations de compétences des États pourraient se présumer dans l'intérêt de l'organisation... La Cour n'est certes pas allée jusque-là, mais dès 1927, elle s'est bien mise en quête du « critère, de nature non territoriale, à appliquer en vue d'établir le départ entre les compétences respectives » d'autorités de nature différentes.

La seconde raison de relativiser le *Lotus* découle de ce que les États ne sont pas à eux-mêmes leur propre fin, mais existent d'abord en vue de la protection des droits et intérêts des personnes privées, considérées seules et ensemble, qui relèvent de leur juridiction. En consacrant la « responsabilité de protéger » lors du Sommet mondial de 2005 dans un instrument qui interprète la Charte des Nations Unies, les États eux-mêmes en sont convenus à défaut d'en tirer toutes les conséquences. Si tel est aujourd'hui le paradigme de la souveraineté, alors même dans les circonstances ordinaires, les règles internationales de compétence doivent être pensées et définies (aussi) en fonction des personnes privées à qui s'applique *in fine* le pouvoir, et non plus comme tout entières contenues dans le principe de souve-

⁵⁶ CPJI, *Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braila*, avis consultatif n° 14, 8 décembre 1927, CPJI Rec. Série B, p. 5 sqq.

raineté. L'idée en a été développée par F.-A. Mann dès les années 1960. En conséquence, il convient, sinon de se focaliser sur la personne privée et le besoin de sécurité et prévisibilité juridiques des situations dans lesquelles elle s'engage sur le territoire d'un ou plusieurs États, du moins de la prendre en considération *ab initio*. Si le regard se détache de l'État pour déterminer précisément « à quel titre » celui-ci plutôt que celui-là peut établir une situation juridique, alors il devient possible d'identifier la nature du rapport entre une situation de vie et l'ordre juridique de l'État qui sera propre à désigner celui-ci pour exercer un certain type de pouvoir (normatif, juridictionnel, exécutif...) à l'égard de certaines personnes.

La fonction du droit international en matière de compétences étatiques peut alors être reformulée : garantir que toute situation, où qu'elle surgisse, pourra être légalement rattachée à un État au moins ; définir les facteurs de rattachement légal d'une situation à un ou plusieurs États et les conditions dans lesquelles le ou les rattachement(s) ont pour effet de désigner un État donné comme titulaire de tous pouvoirs ou de certains pouvoirs sur certains sujets, à titre exclusif ou en concurrence avec d'autres États ; définir ensuite quels sont les facteurs de rattachement efficaces et quelles sont les règles de départage de la compétence ou de régulation de l'exercice des compétences cumulées des États⁵⁷.

Ces règles combinent la protection des intérêts étatiques, des intérêts individuels, de ceux de la communauté internationale enfin. Leur effet organisateur est indéniable. *A contrario*, il suffit pour s'en convaincre de considérer l'effet déstabilisateur de la pratique de certains États qui, tels les États-Unis d'Amérique, se prévalent de titres de rattachement tenus ou artificieux pour attirer dans l'orbite de leurs pouvoirs des situations de vie et des sujets qui leurs sont parfaitement étrangers. En l'absence de réaction résolue à ces prétentions exorbitantes, les personnes privées sont exposées à des risques considérables tandis que les autres États eux-mêmes se voient privés de l'autonomie que le droit international consacre, y compris dans la conduite des relations extérieures. La méconnaissance de ces règles se résout, dans la pratique, en abus de pouvoir et, lorsqu'aucune sanction ni protection ne joue, en soumission des personnes privées à un pouvoir non constitué ou constitué mais agissant *ultra vires*. L'indifférence de l'académie pour ces règles, les comportements déviants et les réactions qu'ils suscitent serait susceptible de perturber l'intelligence du système de pouvoirs à l'ère de la transnationalisation des situations de vie et des activités⁵⁸. Dans une perspective cosmopolitique, si l'on suivait M. Kumm, l'enjeu irait au-delà de la juste perception des pouvoirs tels qu'ils sont aujourd'hui : dans sa sphère de compétence, l'État devrait considérer les externalités négatives de ses politiques lorsqu'elles sont « *justice-relevant* » ou « *justice-sensitive* » – ce qui a trait au conditionnement de l'exercice de la compétence

⁵⁷ E. LAGRANGE, « Les titres de compétence », in *SFDI, Les compétences de l'État en droit international*, *op. cit.*, p. 97-132.

⁵⁸ La prise en considération de ces normes et de leurs violations ne préjuge cependant pas de la conclusion à en tirer qui peut être, aussi bien, que l'absence de stabilité ou d'effectivité des règles de compétence anéantit l'idée même de constitution internationale ou qu'il convient d'inciter les États à prendre ces règles au sérieux, à les considérer pour ce qu'elles sont : de véritables règles constitutionnelles dont la défense les protégerait mieux, eux aussi, que la référence incantatoire à la souveraineté.

et dépend étroitement de la possibilité d'identifier objectivement ces « questions de justice » qui débordent les frontières⁵⁹.

La doctrine d'obédience constitutionnaliste demeure discrète à l'égard du principe dit de la compétence plénière de l'État. Ce principe peut être défini très simplement : le droit international sert les besoins des États (mais peut-être pas d'eux seulement) ; sa fonction n'étant pas de définir le besoin d'État, il ne fixe pas de limite *a priori* aux interventions de l'État dans le champ social. Pour essentiel qu'il soit aux internationalistes qui aiment à l'opposer au principe de spécialité qui régit les organisations internationales (*supra*), pour vital qu'il soit aux régimes démocratiques, il est réduit à la portion congrue dans la plupart des manuels français contemporains de droit international⁶⁰. M. Virally avait judicieusement mis en relief une implication du principe de plénitude des compétences qui distingue structurellement l'État et l'organisation internationale : l'État a une « finalité intégrée⁶¹ », tandis que les organisations internationales n'ont – à l'exception des organisations d'intégration – que des finalités sérieuses.

Est-ce toujours ainsi que les États eux-mêmes se conçoivent ? La question mérite d'être posée au vu de plusieurs phénomènes : l'ampleur des compétences attribuées à des institutions internationales de toutes natures, dotées de compétences sectorielles, pour être exercées en commun ou avec une marge de liberté réduite qui ébranle la fonction intégrative de l'État sans lui substituer une autre instance à cet effet ; la tendance à mettre en partage certains segments de la fonction législative et réglementaire avec d'autres États ou d'autres instances dans une logique de convergence normative qui préserve formellement – formellement seulement ? – la fonction intégrative de l'État⁶² ; la revendication subreptice puis ouverte par certaines puissances privées d'un pouvoir d'autorégulation dont elles réclament protection contre les ingérences étatiques⁶³. Le fait extraordinaire ne réside pas dans

⁵⁹ M. KUMM, « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law », art. cité, p. 617 *sqq.*

⁶⁰ Voir cependant Th. FLEURY GRAFF, *Manuel de droit international public*, *op. cit.*

⁶¹ M. VIRALLY, « La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale », in M. VIRALLY, *Le droit international en devenir. Essais au fil des ans*, Paris, PUF, 1990, p. 271-290.

⁶² Les accords commerciaux globaux, dits de nouvelle génération, devraient susciter des interrogations renouvelées : sans toujours créer de nouvelles institutions internationales vers lesquelles des compétences seraient transférées (selon un schéma auquel les juges constitutionnels et spécialistes de droit constitutionnel se sont accoutumés), ils créent des enceintes, parfois simplement bilatérales, souvent spécialisées, au sein desquelles seront configurées ou préfigurées des normes qui seront proposées à l'approbation des instances nationales compétentes, notamment parlementaires (voir à cet égard certaines des dispositions de l'Accord économique et commercial global, dit CETA, entre l'Union européenne et ses membres d'une part, le Canada d'autre part, partiellement mis en application provisoire en septembre 2017). Ces dispositifs sont définis dans des instruments conventionnels illisibles ou trop vite lus qui les feraient passer pour anodins. C'est donc à l'usage qu'il faudra juger de leurs effets sur la fonction intégrative de l'État : nuls si les parlements sont capables de remembrer ces propositions émanant de comités spécialisés pour rendre les arbitrages ultimes ; destructeurs s'ils sont réduits ou se réduisent à entériner les uns après les autres des choix d'apparence technique sans interroger les arbitrages sous-jacents.

⁶³ E. LAGRANGE, « L'État et les puissances privées. Digressions sur la compétence plénière de l'État et "l'autonomie du mouvement sportif" », in *Les limites du droit international. Mélanges en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 183-204.

cette dernière prétention mais dans son audience ou, pour le dire autrement, dans le long silence des États face à une revendication exorbitante⁶⁴ qui, pour reprendre les termes d'un observateur plutôt approbateur, F. Latty, spécialiste de droit international du sport, « [bat] en brèche le principe de plénitude et d'exclusivité des compétences étatiques ». Il est vrai que certaines difficultés soulevées par l'autonomie du mouvement sportif, avant même qu'il ne lui soit spectaculairement rappelé dans certaines affaires pénales que sa « gouvernance » n'échappe pas au droit commun, ont été aperçues. Ce qui a été vu en premier ressortit une fois de plus à la protection des droits des personnes assujetties à un système de justice privée couronné par le Tribunal arbitral du sport (TAS) qu'elles n'ont guère la liberté de récuser. En d'autres termes, le prisme contemporain du constitutionnalisme permet assez bien d'identifier le risque d'une déperdition de garanties pour les personnes privées, voire d'y remédier, mais laisse dans l'ombre la constitution d'un pouvoir privé qui exclut la puissance publique ou l'hésitation de la puissance publique ne serait-ce qu'à *revendiquer* une compétence plénière. Or, si l'État a bien toujours une fonction intégrative, c'est à lui de définir l'étendue ou la portée de son intervention et d'arbitrer entre les différents intérêts en jeu – l'intérêt sportif, l'intérêt national, les autres intérêts privés qui peuvent être affectés. S'il l'a perdue ou y renonce, d'une part, il livre des personnes privées à d'autres pouvoirs (éventuellement privés aussi), d'autre part, sa définition et sa propre place sur la carte du pouvoir doivent être réévaluées.

Il est non moins remarquable que certains discours sur le constitutionnalisme global/la constitutionnalisation du système international aient pu prospérer sans réflexion critique sérieuse sur ce que la renonciation à l'exigence d'épuisement des voies de recours internes et le consentement à l'arbitrage pour le règlement des différends entre État et investisseur étranger – notamment sur le fondement de traités relatifs aux investissements (souvent dits TBI) dont les premiers spécimens modernes remontent à la fin des années 1950 – signifient en termes d'économie du pouvoir dans l'ordre juridique interne et dans l'ordre juridique international. Autant le transfert de compétences de l'État à l'organisation internationale a été disséqué dans une perspective technique, critique ou apologétique, autant la translation du pouvoir des juridictions nationales de droit commun – elles-mêmes sous le contrôle de juridictions suprêmes et, parfois, de juridictions internationales – vers des tribunaux extérieurs à tout système constitutionnel national et compétents à l'égard des différends opposant les seuls investisseurs étrangers à l'État est passée presque inaperçue jusque récemment, en Europe du moins. Pourtant, ce mécanisme soustrait potentiellement au système constitutionnel de l'État hôte de l'investissement des pans entiers d'activités susceptibles d'avoir de lourdes incidences sur les intérêts de l'État lui-même et de tiers, et si le pouvoir des tribunaux arbitraux repose bien sur une délégation formelle, celle-ci est longtemps demeurée non contrôlée. Le silence face à ce transfert est d'autant plus étonnant que, à la nette différence de l'exemple envisagé précédemment du mouvement sportif, ici, la compétence d'organes constitués dans l'État est directement et manifestement affectée par les accords relatifs aux investissements au lieu que là, les atteintes à la compétence des organes sont diffuses et masquées par le fait que les litiges sportifs opposent formellement deux parties privées ; que le système popularisé ou diabolisé

⁶⁴ Qui résulte pour partie des caractères propres d'une activité transnationale à laquelle le pouvoir disciplinaire est inhérent et de l'autolimitation des États.

sous l'acronyme « ISDS » pour « *Investor-State Disputes Settlement* » est soutenu par un puissant discours de légitimation, doctrinal et même idéologique, qui l'érige pratiquement en modèle de constitutionnalisme abouti sans l'État – voire contre l'État et ses incurables défaillances –, alors qu'il repose sur une « philosophie de l'arbitrage » d'inspiration privatiste, à l'origine du moins⁶⁵. La riposte est assez récente, en doctrine, et dans la pratique des États et de l'Union européenne. Il n'en demeure pas moins loisible de se demander, dans la veine des hypothèses formulées par J.-P. Robé, si les traités d'investissement prévoyant le recours à l'arbitrage sans épuisement préalable des voies de recours internes aux fins de trancher les litiges relatifs au traitement réservé à l'investisseur étranger n'esquissent pas une constitutionnalisation en dehors de l'État des rapports entre la puissance publique et la classe des investisseurs étrangers⁶⁶.

Les enjeux politiques et idéologiques sous-jacents aux deux derniers exemples sont évidents : la plénitude de compétences de l'État est-elle l'un de ses attributs actuels ou un attribut potentiel que l'État ne pourrait actualiser qu'en démontrant la nécessité de son intervention dans telle ou telle sphère d'activité (ou de celle de ses organes, y compris juridictionnels) au détriment de certaines puissances privées ?

À ces quelques interrogations pourraient être ajoutées celles, neuves ou anciennes, qui ont trait à la disponibilité des compétences de l'État, au rappel par l'État de ses compétences abandonnées ou conférées à d'autres institutions (à l'exemple du Brexit), aux implications de l'exercice de compétences de l'État au moyen d'organes dits « communs », à l'obligation pour l'État d'établir sa compétence et celle de ses organes mais aussi – la liste n'étant pas exhaustive – ou encore à l'articulation des compétences des organisations internationales.

Leur création et la distribution entre elles de fonctions et compétences n'obéissent à aucun plan d'ensemble. Ce n'est pas nécessairement une raison pour confiner l'approche constitutionnaliste aux rapports intra-institutionnels ou entre une organisation internationale et ses propres membres. Ces problématiques conservent toute leur pertinence. Peut-être mériteraient-elles d'être revisitées cependant. Dans une formule lumineuse, J. Combacau écrivait en 1993 que, sans perdre sa qualité, l'État pouvait « se laisser dépouiller de ses feuilles une à une », mais que si ses feuilles (ou prérogatives) venaient à appartenir à un autre sujet, alors il pourrait être « rabais[s] d'un degré dans l'échelle des sujets⁶⁷ ». La distinction entre puissance et liberté était proposée pour appréhender la position de la France au sein de l'ensemble fédéral européen en formation. Sans abaissement apparent, sans aliénation formelle de leur liberté, en dehors de toute logique fédérative, il n'est plus à exclure, vingt-cinq ans plus tard, que des États se dépouillent de leurs pouvoirs d'exercice propre, récupérés par un éventail d'institutions internationales ou plus

⁶⁵ E. LAGRANGE, « L'application des accords relatifs à l'investissement dans les ordres juridiques internes », in S. CUENDET (dir.), *Droit des investissements internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 485-573.

⁶⁶ De manière très singulière, certains de ces accords de promotion et protection des investissements stipulent leur non-invocabilité devant les juridictions internes ou prévoient ne pas créer de droits dans le chef des investisseurs qui soient invocables dans les ordres juridiques internes. Mais ces droits le sont ailleurs, par les dits investisseurs, comme si deux régimes constitutionnels parallèles (interne, transnational) pouvaient s'envisager.

⁶⁷ J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, n° 67, novembre 1993, p. 57-58.

simplement partagés avec elles (et leurs membres), dans des proportions telles que le pouvoir d'arbitrage en dernier ressort de l'intérêt général finisse par leur échapper. Or, ce processus d'érosion lente du pouvoir de l'État est de ceux qu'un juge constitutionnel peut difficilement saisir, à supposer qu'il soit sollicité, parce que chaque nouveau transfert ou partage de compétences semble à lui seul insignifiant, et même d'autant plus insignifiant que la réalité des pouvoirs confiés à des institutions internationales et leur fonctionnement interne sont dépeints en termes vagues et lénifiants. La relative « déformalisation » des institutions internationales y concourt. À cela s'ajoutent les glissements d'un lieu de pouvoir à l'autre, au gré des intérêts et des possibilités diplomatiques du moment. En bref, il existe probablement un effet d'accumulation (à considérer l'ensemble des translations de pouvoir acceptées par un État) et un effet de système (lorsque dans un ensemble institutionnel donné, un organe s'impose sans contrepoids) que le juge constitutionnel peine à voir – en dehors des processus d'intégration. La myopie des juges constitutionnels à l'égard de ces phénomènes laisse le champ libre aux calculs d'intérêt pour déterminer quelle enceinte est la plus adéquate, quel « régime » sera le plus efficace, dans l'État ou en dehors. La question du contrôle ultime sur le choix du régime opéré par les exécutifs nationaux puis sur son fonctionnement demeure ouverte⁶⁸.

L'examen des relations des institutions internationales, et parmi elles des organisations intergouvernementales, n'est pas moins crucial pour situer le pouvoir. Bien que les institutions internationales n'existent qu'en vue de fonctions particulières et ne disposent que de compétences amputées, elles ont tout d'abord tendance, chacune pour elle-même, à revendiquer un large pouvoir d'évocation de tout sujet ayant un lien avec leurs attributions, à la logique desquelles elles le plient. Qu'un conflit d'objectifs, de compétences ou d'obligations paraisse survenir, elles privilégient une interprétation, parfois dite harmonieuse, qui sert au mieux leur propre perspective sur les politiques publiques internationales à conduire. Lorsqu'elles sont dotées d'instruments propres à « discipliner » les États, à l'instar de l'OMC, elles peuvent apparaître comme des lieux, concurrençant les États, d'arbitrage (parfois dissimulé) des conflits (parfois noyés dans la rhétorique du « soutien réciproque ») qui peuvent surgir entre différents intérêts (publics ou privés) – à l'instar du commerce et de l'environnement. Ensuite, les rapports de compétences entre institutions internationales sont peu régulés par des règles de droit, ce qui n'exclut pas l'existence de modes de régulation informels. Il en résulte que certaines questions qui pourraient entrer dans les compétences d'une organisation internationale ne relèvent en fait d'aucune institution internationale, tandis que d'autres entrent dans les champs de compétence d'une pluralité d'organisations inégalement dotées en prérogatives ou habiles à imposer leurs vues⁶⁹. Même si aucune loi générale ne devait se dégager quant à l'intérêt ou la nécessité de remédier à ce désordre en formalisant des principes régulateurs de l'exercice des compétences des organisations internationales, l'observation attentive de ce phénomène serait indiquée, car elle renseigne sur les zones respectivement de concentration et de vacance du pouvoir institutionnel international – et donc, en négatif, sur les

⁶⁸ Voir A.-C. MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation internationale*, op. cit., p. 229 sqq.

⁶⁹ E. LAGRANGE, « Les relations entre les organisations internationales », in *Il Futuro delle Organizzazioni Internazionali. Prospettive Giuridiche. L'avenir des organisations internationales, perspectives juridiques*, Colloque de la Société italienne de droit international, Courmayeur, Editore Scientifica, 2014, p. 130-166.

zones où s’amenuise et les zones où se conserve la liberté d’allure des États les mieux insérés dans ce jeu institutionnel.

Prima facie, la notion de compétence enchâssée dans une conception très large des règles constitutionnelles peut servir d’instrument d’identification d’objets juridiques déroutants si l’on s’astreint à les rapporter à ce que l’on croit savoir d’objets juridiques bien identifiés comme l’État ou l’organisation internationale (sans faire l’économie pour autant d’un effort de réflexion sur ce « savoir »)⁷⁰, et de questionnement des pratiques des pouvoirs publics entre eux comme à l’égard de ces nouveaux objets. Il existe bel et bien des règles internationales relatives à la compétence des institutions impliquées dans la « gouvernance mondialisée ». Les cataloguer, interpréter, actualiser a toute son importance dans une perspective constitutionnaliste. On ne saurait pourtant dissimuler qu’elles sont parfois fuyantes, non écrites ou alors détaillées dans des instruments de différentes natures, très générales ou très techniques, sujettes à dérogation – bref, d’une cohérence relative, de surcroît bousculée sans réaction résolue. Dans une perspective académique, ces difficultés d’identification et de maniement ne sont pas en soi une raison de s’en détourner. Au contraire : tenter de déterminer qui peut quoi à l’égard de qui (puis comment), révéler les lieux de pouvoir, de conflits de pouvoirs ou de vacance du pouvoir, et mettre au jour les stratégies d’investissement de ces enceintes et des vides interstitiels, c’est tout un. En revanche, on peut douter que les règles relatives à la compétence en vigueur présentent les qualités requises pour stabiliser la « gouvernance mondialisée » et la rendre connaissable aux profanes – c’est-à-dire, ultimement, aux citoyens. Mais rien qu’en mettant en évidence ce jeu dans et avec les règles de compétence, l’apport du constitutionnalisme global serait déjà appréciable.

Évelyne Lagrange

Professeure de droit public à l’Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (École de droit de la Sorbonne, IREDIES).

⁷⁰ Il pourra s’avérer que certains de ces objets sont identifiables et sont des pouvoirs parfaitement... « inconstitutionnels », au sens où ils ne seraient légalement établis ni à l’égard de leurs assujettis, ni à l’égard des pouvoirs bien établis. Peut-être même certains se seraient-ils constitués en pouvoirs de fait grâce à l’exploitation de toutes les potentialités de la garantie constitutionnelle des droits (ainsi des agences de notation habiles à s’abriter derrière la liberté d’expression pour se maintenir face aux pouvoirs démocratiquement établis dans un cadre national). Le constitutionnalisme peut avoir des effets paradoxaux...

Pierre Auriel

**Caroline BRICTEUX et Benoît FRYDMAN (dir.),
Les défis du droit global, Bruxelles, Bruylant, 2018**

L'ouvrage collectif *Les défis du droit global* dirigé par Caroline Bricteux et Benoît Frydman réunit huit chapitres écrits exclusivement par des membres du Centre Perelman de Philosophie du Droit de l'Université Libre de Bruxelles. Cette liste des contributeurs n'est pas anodine. À bien des égards, ce livre peut être lu comme la présentation du projet scientifique du centre Perelman, de l'orientation de ses recherches et de ses choix méthodologiques¹. Deux axes structurent ce projet. D'une part, « les recherches menées au Centre Perelman s'inscrivent dans une approche pragmatique du droit, qui caractérise depuis longtemps les travaux de l'École de Bruxelles² ». Ce pragmatisme ne se limite pas à l'idée selon laquelle « la vérité du droit est dans sa pratique³ », mais mène à un projet d'ingénierie juridique où le droit est conçu comme « un instrument d'action », un moyen de progrès social⁴ (I). D'autre part, l'approche pragmatique du centre Perelman a conduit ses membres à développer le concept de « point de contrôle ». Du point de vue des acteurs, certaines institutions disposent d'un pouvoir normatif en raison de leur position dans le champ social étudié. Dans un monde stato-centré, le point de contrôle central – voire exclusif – est l'État. Toute réforme par le droit s'accomplit par l'État. Mais la prise en compte de la pratique issue de la globalisation pousse à remettre en cause cette exclusivité étatique et à s'atteler à un travail d'identification des nouveaux points de contrôles. C'est à partir de ces nouveaux dispositifs de pouvoir qu'il serait désormais possible de faire face aux problèmes contemporains (II). Les défis du droit global résideraient précisément dans la construction de stratégies juridiques nouvelles en vue d'un progrès social dans un cadre juridique global pluriel où la souveraineté étatique serait dépassée et les ressources anciennes indisponibles. L'intérêt de cet ouvrage est alors double. D'abord, il est l'une des meilleures introductions – par sa clarté et sa précision – aux multiples aspects du droit global. Loin de se limiter aux questions relatives à la régulation de multinationales, ce projet intellectuel cherche à se saisir de la question du réchauffement climatique, de la crise migratoire ou de la régulation d'Internet. Ensuite, il incarne une approche cohérente et originale du droit global, qui,

¹ La bibliographie finale est d'ailleurs une liste de publications des membres du Centre Perelman.

² B. FRYDMAN, « Les défis du droit global », in C. BRICTEUX et B. FRYDMAN (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2018, p. 10.

³ *Ibid.*

⁴ D. RESTREPO AMARILES, « Le droit comme instrument de progrès ? Sur l'idée d'ingénierie juridique », in C. BRICTEUX et B. FRYDMAN (dir.), *Les défis du droit global*, *op. cit.*, p. 252.

en tant que discipline juridique, s'enlise parfois dans des querelles méthodologiques qui peuvent laisser dubitatif quant à sa réalité. L'ouvrage est ainsi une référence stable pour toute étude ou critique du droit global.

I. DE LA PRAGMATIQUE À L'INGÉNÉRIE JURIDIQUE : LE DROIT COMME INSTRUMENT DU PROGRÈS SOCIAL

Le projet de cet ouvrage s'inscrit explicitement dans l'héritage intellectuel de l'École de Bruxelles. Poursuivant le tournant sociologique initié dans les années 1900, l'École de Bruxelles – et notamment la deuxième École de Bruxelles incarnée par Chaïm Perelman, Paul Foriers et Walter Ganshof van der Meersch⁵ – place au cœur de sa théorie du droit le pragmatisme, c'est-à-dire l'idée selon laquelle « le droit positif désigne non pas l'ensemble des règles posées par les autorités légitimes ou inscrites dans les sources formelles en vigueur, mais l'état effectif du droit tel qu'il peut être observé au départ des applications qu'il reçoit⁶ ». L'adoption de la méthode pragmatique a ici deux conséquences fondamentales.

D'abord, elle conduit à appréhender la « vérité du droit » non seulement dans les enceintes parlementaires et judiciaires – lieux traditionnels et connus des raisonnements réalistes –, mais aussi à l'extérieur de celles-ci. Les législateurs, les juges et les parties d'un procès ne sont pas les seuls acteurs de la production concrète du droit. Cette multiplication des acteurs et la complexification qu'elle entraîne sont renforcées dans la sphère du droit global en raison de la faible institutionnalisation et de l'hybridation des mécanismes que le droit global vise à appréhender. Les auteurs proposent ainsi une série de micro-histoires très contextualisées, permettant de saisir les rapports de force, les positions sociales et les valeurs employées par les différents acteurs⁷. L'étude approfondie de ces phénomènes juridiques suppose le recours à une analyse empirique détaillée reposant sur une « une connaissance directe et concrète de leur objet », quitte à « [partir] à sa rencontre en descendant sur le terrain, en discutant avec les parties prenantes, voire en s'impliquant directement comme praticiens dans les dossiers⁸ ». Le cœur des différents chapitres sont alors constitués d'études de cas. Ces analyses constituent aussi bien une indispensable source d'informations qu'une description originale de mécanismes souvent très abstraits⁹.

⁵ Voir B. FRYDMAN, « Perelman et les juristes de l'École de Bruxelles », in B. FRYDMAN et M. MEYER (dir.), *Chaïm Perelman (1912-2012), De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, PUF, 2012 [<https://www.cairn.info/chaim-perelman--9782130593645-p-229.htm>], consulté le 14 mai 2018.

⁶ B. FRYDMAN, « Les défis du droit global », in C. BRICTEUX et B. FRYDMAN (dir.), *Les défis du droit global*, *op. cit.*, p. 10.

⁷ En ce sens, voir B. FRYDMAN, « Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de l'École de Bruxelles », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 70, n° 1, 2013, [<https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2013-1-page-92.htm>], consulté le 14 mai 2018.

⁸ B. FRYDMAN, « Les défis du droit global », in C. BRICTEUX et B. FRYDMAN (dir.), *Les défis du droit global*, *op. cit.*, p. 13-14.

⁹ Parce que ces chapitres sont brefs, il est illusoire d'espérer y trouver une information exhaustive. Dans la mesure où plusieurs de ces chapitres sont rédigés par des doctorants et docteurs

Ainsi, dans le chapitre consacré à l'insolvabilité des États et à la restructuration des dettes souveraines, Caroline Lequesne-Roth s'intéresse à la lutte qui a eu lieu, à partir des années 1990, entre deux conceptions des mécanismes de restructuration : une approche contractuelle fondée sur l'adoption de clauses d'action collective et qui encourage « les solutions *ad hoc* et décentralisées au terme d'une démarche ascendante » dans lesquelles les intérêts privés sont largement favorisés d'une part, et, d'autre part, « une approche institutionnelle, privilégiant l'adoption d'un régime de défaut à l'échelon supranational¹⁰ ». Pour rendre compte de l'opposition de ces deux approches, l'auteur établit une micro-histoire des discussions entre les différents acteurs impliquant aussi bien la Directrice générale adjointe du FMI que les différentes associations du lobby financier ou le Sous-secrétaire d'État au Trésor américain.

Outre une contextualisation poussée, cette perspective pragmatique implique aussi une conception particulière du rôle du juriste dans la société. La « neutralité axiologique » est écartée au profit d'une « philosophie de l'action, qui ne limite pas la mission du chercheur à l'observation d'une situation ou d'un problème, mais s'oriente fondamentalement vers la perspective dynamique d'une solution, d'un règlement ou du moins, d'une amélioration, d'un progrès non seulement des règles, mais de la situation sur le terrain¹¹ ». La plupart des chapitres intègrent ainsi des prises de position explicites des auteurs. Par exemple, la contribution de Sarah Ganty et Mortiz Baumgärtel relative au droit de la migration s'ouvre sur par une condamnation morale de la négligence des conséquences humaines de la politique migratoire européenne et une défense – qui ne va toutefois pas jusqu'à l'adhésion – du concept développé par Joseph Carsens de « frontières ouvertes¹² ». Cette philosophie de l'action va au-delà du simple engagement moral et implique la nécessité, pour le chercheur, d'imaginer des solutions d'ingénierie juridique pour améliorer la situation. Cette notion d'ingénierie juridique est centrale. Elle structure l'École de Bruxelles¹³ et repose sur deux prémisses décisives exposées notamment dans la conclusion de David Restrepo Amariles : « une certaine foi dans l'idée de progrès » et une « conception instrumentale du droit¹⁴ ». La contribution de Grégory Lewkowicz est probablement la manifestation la plus évidente de la première prémisse. Son étude de la question sociale le conduit à s'exprimer en faveur de certaines solutions telles que les mécanismes *ad hoc* mis en place pour engager la responsabilité sociale des entreprises à la suite de la catastrophe du Rana Plaza.

sur leur sujet de thèse, le lecteur intéressé par un point en particulier devra probablement aller lire ces thèses.

¹⁰ C. LEQUESNE-ROTH, « Remédier à l'insolvabilité des États : la restructuration des dettes souveraines », in C. BRICTEUX et B. FRYDMAN (dir.), *Les défis du droit global*, op. cit., p. 156.

¹¹ B. FRYDMAN, « Les défis du droit global », in C. BRICTEUX et B. FRYDMAN (dir.), *Les défis du droit global*, op. cit., p. 16.

¹² S. GANTY et M. BAUMGÄRTEL, « Établir un droit juste au migration », in C. BRICTEUX et B. FRYDMAN (dir.), *Les défis du droit global*, op. cit., p. 81-87.

¹³ Historiquement, la sociologie bruxelloise est d'abord une sociologie d'ingénieurs liés aux pouvoirs publics. Voir B. FRYDMAN, « Le droit global selon l'École de Bruxelles : l'évolution d'une idée centenaire », in K. BENYEKHLEF (dir.), *Vers un droit global ?* Montréal, Themis, 2016.

¹⁴ D. RESTREPO AMARILES, « Le droit comme instrument de progrès ? Sur l'idée d'ingénierie juridique », in C. BRICTEUX et B. FRYDMAN (dir.), *Les défis du droit global*, op. cit., p. 252.

Ces solutions sont conçues comme les embryons d'un droit social global, dont il serait urgent de favoriser l'émergence, comme l'amorce d'un progrès social¹⁵.

Par ailleurs – et c'est là la seconde prémisse – dans cet ouvrage, « le droit ne se résume pas à un ensemble de règles [mais] est surtout un instrument d'action, voire de lutte, qui permet d'encadrer les dynamiques sociales et économiques et de créer des conditions de progrès¹⁶ ». Le droit est ici conçu comme un point d'équilibre entre différentes forces sociales. Le rôle du juriste est d'imaginer des transformations juridiques permettant de contraindre ces différentes forces sociales à aller dans une certaine direction. Le pragmatisme conduit à réduire les institutions à des lieux d'interactions entre des intérêts individuels, interactions orientées par la structure juridique.

II. DE LA PRAGMATIQUE AU POINT DE CONTRÔLE : LA RELATIVISATION DE L'ÉTAT

L'intérêt du Centre Perelman pour le droit global est fondamentalement la conséquence de son pragmatisme¹⁷. La prise en compte de la réalité effective du droit et la tentative de résolution de la question sociale qui l'anime contraignent le chercheur à décentrer son regard, pour autant que les prismes classiques ne permettent plus de rendre compte de la pratique du droit. Or, du point de vue de l'approche défendue par le Centre Perelman, le « nationalisme méthodologique » doit être écarté en raison de son incapacité à permettre une description correcte de la pratique concrète du droit. En effet – et il faut ici citer un article de Benoît Frydman –, en envisageant « immédiatement les normes et les interactions juridiques entre les acteurs en tant que tels, indépendamment du ou des ordres dans lesquels elles s'inscrivent ou non », le chercheur est contraint de constater que de nombreuses pratiques juridiques concrètes « soit traversent allégrement les frontières des ordres juridiques établis, soit se situent en dehors de ceux-ci, soit encore empruntent leurs instruments à des ordres juridiques multiples¹⁸ ». Ainsi, à la différence de certaines approches notamment exposées dans la contribution de Ludovic Hennebel¹⁹, le Centre Perelman ne cherche pas tant à inventer des régimes juridiques globaux qu'à rendre compte de régimes existants, qu'il s'agit de décrire pour être

¹⁵ G. LEWKOWICZ, « Répondre à la question sociale au XXI^e siècle », in C. BRICTEUX et B. FRYDMAN (dir.), *Les défis du droit global*, *op. cit.*, p. 40.

¹⁶ D. RESTREPO AMARILES, « Le droit comme instrument de progrès ? Sur l'idée d'ingénierie juridique », in C. BRICTEUX et B. FRYDMAN (dir.), *Les défis du droit global*, *op. cit.*, p. 253.

¹⁷ Le lien entre le pragmatisme bruxellois et une forme d'universalisme juridique est tel que dès la Belle Époque, l'École de Bruxelles a essayé d'établir l'équivalent d'un droit de la première globalisation. Voir B. FRYDMAN, « Le droit global selon l'École de Bruxelles : l'évolution d'une idée centenaire », art. cité.

¹⁸ B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, n° 1, 2012, p. 7-8 [http://www.philodroit.be/IMG/pdf/comment_penser_le_droit_global_2011.pdf], consulté le 15 mai 2018.

¹⁹ L. HENNEBEL, « Penser les droits de l'homme, l'État de droit et les valeurs démocratiques à l'aune du droit global », in C. BRICTEUX et B. FRYDMAN (dir.), *Les défis du droit global*, *op. cit.*, p. 65-76.

en mesure de les utiliser afin de résoudre les différentes crises créées ou renforcées par la globalisation.

Un concept fréquent de cette description est celui de « point de contrôle ». Les points de contrôle désignent initialement, dans le réseau de l'Internet, les entités qui servent d'intermédiaires dans le transit des données. Comme le montre Caroline Bricteux dans sa contribution, la régulation du cyberspace repose sur la capacité d'influencer ces points de contrôles afin qu'ils régulent le transfert des données, par exemple pour s'assurer qu'aucune donnée faisant la propagande du terrorisme ne soit transférée²⁰. En s'appuyant sur l'exemple de l'ICANN, C. Bricteux montre la manière dont de nombreux intermédiaires qui ne disposaient que d'une fonction normative technique – ici, le contrôle du système de nommage et d'adresse de l'Internet – ont développé des fonctions politiques en établissant des standards globaux sur des sujets particulièrement sensibles²¹. Par analogie, le concept de point de contrôle permet de désigner l'ensemble des dispositifs de pouvoir qui, en raison de la place occupée dans un environnement, vont avoir la capacité de contrôler et de sanctionner des comportements²². Du point de vue pragmatique, ce sont ces dispositifs, qui peuvent ne pas être institutionnalisés, qui constituent l'objet privilégié de l'étude du droit et qui sont, par conséquent, au cœur de l'ouvrage.

Dans le contexte de la globalisation, il s'agit de souligner l'émergence de nouveaux points de contrôle ou la transformation d'anciens. Les différentes contributions s'attachent à une identification et une analyse de ces objets complexes. Par exemple, dans sa contribution relative à la régulation de la finance globale et des banques au travers des tests de résistance bancaire, Pauline Bégasse de Dhaem montre que les points de contrôle ne sont pas des institutions spécifiques, mais un réseau d'interactions entre les banques centrales régionales et nationales, les banques, les autres acteurs économiques et les différents législateurs et au sein duquel est diffusé le contrôle et l'élaboration des critères. Par exemple, les dispositifs réglementaires prévoyant ces tests contiennent des sanctions. Mais l'effectivité de ces tests reposent d'abord sur la sanction économique produite par des résultats négatifs²³.

Ces différentes analyses conduisent alors à une relativisation de la place de l'État, en principe conçu comme le point de contrôle central de l'activité sociale. Les différents points de contrôle identifiés et créés ou modifiés par la globalisation paraissent ne laisser à l'État qu'un rôle secondaire. Néanmoins, il est frappant de constater, dans les différentes contributions, une certaine ambivalence concernant la figure de l'État, qui n'est en réalité jamais complètement dépassée. En effet, l'État continue dans tous les cas de jouer un rôle décisif. Ainsi, dans le chapitre relatif aux migrations, l'État est presque l'unique point de contrôle. De même, dans sa

²⁰ C. BRICTEUX, « Préserver l'intégrité de l'Internet », in C. BRICTEUX et B. FRYDMAN (dir.), *Les défis du droit global*, op. cit., p. 207.

²¹ *Ibid.*, p. 209.

²² Il est nécessaire ici de renvoyer une nouvelle fois à l'article de Benoît Frydman (B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », art. cité, p. 19-20).

²³ P. BÉGASSE DE DHAEM, « Réguler la finance globale et les banques : le cas des tests de résistance bancaire après la crise financière », in C. BRICTEUX et B. FRYDMAN (dir.), *Les défis du droit global*, op. cit., p. 197-198.

contribution, Arnaud Van Wayenberge étudie les marchés de carbone supposés permettre de lutter contre le réchauffement climatique en introduisant la technologie du marché pour réguler des relations entre les États au niveau international ou entre des opérateurs économiques au sein de l'Union européenne. Or, que cela soit dans l'Union européenne ou, *a fortiori*, dans la sphère internationale, les États reviennent à chaque instant pour mettre en œuvre les mécanismes du marché ou pour des opérations de coordination²⁴. Autrement dit, l'étude du droit global ne permet pas d'acter une disparition de l'État, mais est une invitation à repenser la complexité de son action.

La réflexion centrée autour de l'idée de points de contrôle est une conséquence de l'approche pragmatique et confirme une idée sous-jacente de cet ouvrage : le droit est le produit d'équilibres des forces sociales et les points de contrôle sont les lieux parfois diffus où s'établissent ces équilibres. Tout projet de réforme suppose un travail de modification de ces points de contrôle pour essayer de faire évoluer ces équilibres. Le projet intellectuel du Centre Perelman, exposé dans cet ouvrage, est alors de rendre accessibles ces dispositifs souvent inintelligibles, afin de permettre des actions concrètes. Sans prétendre résoudre toutes les difficultés, il fournit ainsi une méthode et une compréhension solides du droit global.

Pierre Auriel

Doctorant en droit public à l'Université Paris II Panthéon-Assas, Institut Michel Villey pour la culture juridique et la théorie du droit et Centre de droit européen de l'Université Panthéon-Assas

²⁴ A. VAN WAYENBERGE, « Lutter contre le réchauffement climatique : le cas des marchés du carbone », in C. BRICTEUX et B. FRYDMAN (dir.), *Les défis du droit global*, *op. cit.*, p. 135-140.

Autour de *Droit administratif général*
de Benoît Plessix

Avant-propos

Il a paru judicieux aux directeurs de l'Institut Michel Villey de consacrer une Table Ronde autour du livre de Benoît Plessix, *Droit administratif général*. Pourtant, on est assez loin, dira-t-on de la philosophie du droit, mais l'Institut Villey a aussi pour vocation de s'intéresser à la « culture juridique ». Or, cet ouvrage, qui se veut centré sur le droit administratif, porte aussi la marque d'une culture historique, d'une culture de l'État également, qui relèvent à maints égards de la culture juridique française.

Si nous avons tenu à faire discuter publiquement ce livre, ce véritable Traité de droit administratif, c'est parce que nous avons eu la certitude en le découvrant qu'il serait un ouvrage marquant de la littérature juridique contemporain. C'est un ouvrage pour les étudiants, didactique et clair (exigeant aussi), mais c'est aussi un « ouvrage pour les professeurs », un de ceux qui font penser, et qui de ce fait mérite la désignation de Traité si l'on entend par là non seulement un ouvrage systématique, mais aussi un ouvrage de réflexion distanciée sur la matière que l'on enseigne.

C'est aussi parce que, à travers Benoît Plessix, notre collègue et notre ami, nous souhaitons rendre aussi hommage, indirectement, à son mentor, le regretté Jean-Jacques Bienvenu qui a dû concevoir une immense fierté d'avoir vu son « élève » (ancien élève, serait mieux) publier une telle Somme qui récapitule un savoir profond, et profondément historien, sur cette branche du droit administratif, qui, mal enseignée, peut paraître bien ennuyeuse tant elle s'apparente alors à une casuistique de légistes. Un tel livre dissipe une telle illusion et on peut même espérer – rêvons un peu – qu'il dissipe toutes les préventions de nos collègues civilistes sur cette discipline qu'ils brocardent parfois.

Les étudiants de Nancy, de l'Université de Panthéon-Assas – de Melun (hier) et de Paris II (demain) – ont eu – ou auront – bien de la chance d'avoir le professeur Plessix comme guide en la matière.

Quant à ce dernier, il a eu bien de la chance d'avoir eu ici des lecteurs aussi judicieux et avisés que les professeurs Caillosse, Moor et Wachsmann, et que le Conseiller Vigouroux. Qu'ils soient tous – auteur comme commentateurs – remerciés pour avoir aussi brillamment présenté et discuté ce grand ouvrage.

Le lecteur de *Jus Politicum* saura probablement – du moins, on l'espère – goûter le charme de cette discussion sur un grand livre de droit.

Patrick Wachsmann

**Pour saluer le *Droit administratif général*
de Benoît Plessix**

1.

À l'évidence, la parution de cet ouvrage¹ fait et fera date : essai en forme de traité, qui se donne modestement pour un manuel², il renouvelle profondément l'étude du droit administratif français à un moment où celui-ci est soumis à une remise en cause de son existence même et à une modification sensible de beaucoup de ses solutions. Ce livre vient ainsi à son heure : il témoigne d'un certain état du droit administratif français et des réflexions doctrinales qu'il inspire, toutes théories éprouvées, en leurs limites comme en leur part de vérité, toutes tendances et contre-tendances relativisées. « Vaines querelles théologiques » (p. 695), dit ainsi l'auteur à propos de la célèbre discussion entre René Chapus et Paul Amselek sur le rôle respectif du service public et de la puissance publique, qui a été l'une des dernières de ces grandes polémiques qui parsèment l'histoire de la discipline. On a envie de caractériser la lecture qu'en fait Benoît Plessix en reprenant le titre et le message du superbe film d'Alain Resnais, sur un scénario de Jorge Semprun, « La guerre est finie » : à force de continuer, même avec les meilleures raisons du monde, les combats, on finit par se retrouver en décalage face aux évolutions cyniques de l'histoire. Pour Benoît Plessix, le salut des administrativistes vient aujourd'hui de « la réunion des éclectismes, sinon même de la conciliation des contraires » (*ibid.*). Il caractérise les tentatives pour trouver la synthèse explicative que les autres auraient échoué à mettre au jour, d'un cruel : « [é]coles un peu grotesques, leurs vaines disputes » (*ibid.*). La richesse de son érudition lui fait répudier la logique du tout ou rien qui a longtemps caractérisé la doctrine du droit administratif français. L'inadaptation foncière de la démarche à la réalité du droit débouche nécessairement sur des constats d'échec répétés, y compris quant au sort promis à la discipline elle-même – « une crise sans catastrophe » disait Jean-Jacques Bienvenu³, cité avec admiration et reconnaissance par l'auteur.

¹ Dans ce texte, les références paginales renvoient à Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2016.

² « De même que le manuel est destiné au maniement ou à la manœuvre, le traité est fait pour permettre la considération ou l'arpentage d'un domaine, une géographie ou une cosmographie de données et de notions », écrit Jean-Luc Nancy (J.-L. NANCY, *Du livre et de la librairie*, Strasbourg, Quai des Brumes, 2004, p. 13).

³ J.-J. BIENVENU, « Le droit administratif, une crise sans catastrophe », *Droits*, n° 4, *Crises dans le droit*, 1986, p. 93-98.

Cette situation lui semble due à l'absence d'un effort pour penser ensemble les fins et les moyens, parce que l'idée de proportionnalité est étrangère à notre culture juridique, or « il n'est pas de fins sans moyen ni de moyens sans fin » (p. 696). L'humilité intellectuelle, dès lors qu'en aucun cas elle ne renonce à penser son objet, fait avancer la connaissance sans perdre ce que Proust appelait « la rumeur des distances traversées ». Après le temps initial des dictionnaires (les trois « B » : Blanche, Block, Béquet), après celui des premières élaborations théoriques (« Enfin, Laferrière vint ! »), après Hauriou et Duguit et leur pensée issue d'une théorie de l'État, quoi ? La post-modernité comme éclectisme ou la systématisation d'un *judge made law* dont le travail de concrétisation est dûment mis au jour ? Le livre de Benoît Plessix est une tentative pleinement réussie pour *penser* le droit administratif français d'aujourd'hui, nonobstant ces incertitudes, en utilisant toujours la connaissance historique en vue de décrypter les tensions qui ne cessent de parcourir la matière.

2.

L'ouvrage paraît fondé sur une dualité entre ce qu'il faut savoir, en gros caractères (le droit administratif expliqué : manuel !), et l'approfondissement personnel fait à partir de là, en petits caractères (cela relèverait du traité). Mais le lecteur aurait tort de s'en tenir à cette apparence, qui est un peu trompeuse : il apprend souvent qu'il ne faut surtout pas s'en tenir à la *doxa* exposée en gros caractères.

3.

Il faut encore souligner que ce livre épais – 1486 pages bien tassées⁴ – donne tort à Montaigne (« les longs ouvrages me font peur »), car il se lit, véritablement, comme un roman (familial ?), grâce, en particulier, aux vertus d'un très beau style. L'écriture même de Benoît Plessix est savante, avec un goût très sûr pour les formules et les effets (ainsi lit-on, p. 181 : « C. – Les lois », « [n°] 148. – Valeur en baisse. »). Elle se caractérise par sa subtilité (sur le rôle de la coutume, la place de la loi en droit administratif, etc.), toujours au service d'une synthèse personnelle – l'auteur n'est pas du genre à répéter sans vérification minutieuse des affirmations banales qui parsèment trop souvent même les bons manuels. L'auteur, au demeurant, sait déployer un humour pince-sans-rire, pour décrire l'actualité de la France giscardienne au moment de l'adoption de la loi informatique et libertés, le refus du Conseil d'État de considérer comme sérieuse la question prioritaire de constitutionnalité portant sur la dualité fonctionnelle du Conseil – « il eût été préférable que ce soit un autre que lui qui le dise » (p. 437), écrit-il, ou encore les problèmes de répartition des compétences « parfois délicieux pour les juristes, souvent irritants pour les justiciables » (p. 457).

⁴ Supplique à l'éditeur en vue de la prochaine édition : qu'il aère un peu la pagination et épaisse le papier, diaphane en comparaison même avec les volumes de *la Pléiade* !

4.

Particulièrement remarquable est l'exposé liminaire, sous le modeste intitulé « préface », d'un véritable *point de vue* sur le droit administratif français : celui-ci se veut positiviste et contextualiste, sensible à la contingence de l'apparition des règles et principes, aux stratifications historiques dont est fait ce droit (l'auteur évoque l'image de palimpsestes). Le but de l'ouvrage, est-il indiqué, est de « permettre au juriste positiviste de ne pas être dupe du droit positif » (p. XIII). Il s'agit pour l'auteur d'exposer un droit qui se donne à voir (pas plus, mais pas moins) et les raisons dont il procède. Le droit administratif, tout au moins dans sa version idéale, est ainsi caractérisé : « un *savoir* de généralisation et d'abstraction » (p. 375) – par opposition à ce qu'a essentiellement été le droit administratif des origines, un « inventaire rébarbatif des institutions de la domination politique » (p. 376). En somme, c'est son libéralisme qui fait le droit administratif français (les propos cités de Dareste, de 1862, en disent bien la complexité : « la justice administrative, qui est une invention du despotisme, est devenue avec le temps une garantie constitutionnelle contre les abus de pouvoir de l'Administration »). L'histoire du droit administratif français tient tout entière dans ce paradoxe et dans la gestion que chaque moment historique doit en faire.

Ce discours savant sur l'objet droit administratif (l'arrêt *Planque et Papelard* du 25 janvier 1873 est étudié en plus de la décision *Blanco*, que complète de surcroît l'arrêt du 12 juillet 1882, *Cordier* pour sa mise en œuvre par le Conseil d'État : qui d'autre fait et sait cela ?) exclut également toute servilité à l'égard du droit positif : les développements consacrés à l'acte de gouvernement, à l'analyse du Conseil d'État comme cour suprême suffiront à en convaincre le lecteur. S'agissant du dernier point, ce n'est pas l'article L. 111-1 du code de justice administrative qui est convoqué pour en faire preuve, mais bien l'analyse juridique des prérogatives conférées au Conseil vis-à-vis des autres juridictions administratives, telle la faculté de ne pas renvoyer après cassation ou l'institution des avis contentieux – le Conseil d'État est joliment caractérisé comme « l'ange tutélaire » (p. 409) de la juridiction administrative.

On l'a dit, Benoît Plessix est toujours attentif à la dimension historique des choses, qui inclut les manipulations intéressées des textes et des auteurs – ainsi du rattachement de la séparation des autorités à la loi des 16-24 août 1790, qualifié de « reconstitution stratégiquement orientée du XIX^e siècle », grâce en particulier au travail de Boulatigner, « disciple de Macarel, pygmalion d'Aucoc » (p. 439). Les références sont souvent anciennes, aussi bien que très récentes (pour les travaux publics, on trouve aussi bien la décision, relative aux travaux communaux, du 4 juillet 1840, *Salomé*, que celle du 9 février 2015, *Sté ACE c/ Targe*, pour les actions en garantie entre constructeurs ayant constitué un groupement). Constamment, on est admiratif devant cette capacité qu'a l'auteur de tenir ensemble une connaissance érudite des origines de notre droit administratif et la perception de ses évolutions les plus récentes. Ainsi montre-t-il que l'étude du droit administratif oblige aujourd'hui à se faire constitutionnaliste, internationaliste, communautariste – et théoricien du droit – pour se mettre à même de penser la matière. Des questions comme celle de la globalisation ou de l'émergence d'un droit administratif européen suffisent à l'illustrer.

5.

L'auteur est à la fois profondément pragmatique et conscient de l'épaisseur historique des institutions. « Tout le droit est un art instrumental » (p. 440), écrit-il à propos du rattachement à la séparation des pouvoirs de la juridiction administrative française. Aussi : « la pensée d'intellectuels, aussi brillants fussent-ils, ne fait pas le droit positif » (p. 442) ou encore : « la justice est humaine, tout comme l'erreur » (sur les conflits de compétence, p. 515). Mais il renvoie dos à dos empiristes et conceptualistes, parce que le droit est un *discours* et qu'ainsi, « la décision de justice a besoin de revêtir la forme d'un discours construit, accessible parce qu'intelligible, convaincant parce que rationnel » (p. 543), d'où ressort que « le droit n'est ni une science dogmatique ni une improvisation opportuniste ; il ne peut pas plus se passer de concepts réalistes que de jugements rationnels » (*ibid.*). Cette sensibilité au droit comme discours permet de mettre à sa juste place chacune des dimensions des questions auxquelles sont confrontés les acteurs du droit administratif et la doctrine qui s'attache à en rendre compte.

Ainsi du vieux débat portant sur la question de savoir si le juge administratif a une théorie de l'interprétation. « Mais chacun sait bien que la réalité ne se retrouve pas nécessairement dans ces spéculations philosophiques ou ces expériences de laboratoire » (sont visées les théories de l'interprétation) : l'auteur n'ignore pas que le Conseil d'État est soucieux d'empirisme et de pragmatisme, « en réalité, l'attitude du Conseil d'État tient à sa fonction de légiste : il est moins serviteur de la loi qu'au service du pouvoir » et manifeste un « profond respect pour la volonté politique », quelle qu'elle soit (p. 151). Le diagnostic est précis et juste : rarement, on aura aussi bien dit l'essentiel.

Benoît Plessix fait l'éloge, de ce point de vue, du « bain de jouvence » qu'a constitué l'internationalisation. Au sujet de la faculté que s'est reconnue le Conseil d'État de moduler dans le temps l'effet de ses décisions, il a ces lignes, après en avoir rappelé la genèse : « Sans doute fallait-il tout ce temps de maturation et toute cette montée en puissance de la sécurité juridique dans notre droit contemporain pour que le juge assume enfin son pouvoir prétorien et accepte de s'intéresser aux effets concrets (et pourquoi pas néfastes) de ses jugements » (p. 163). Mais il indique que le cas de figure inverse est aussi possible : sur l'application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme aux juridictions administratives spécialisées, il écrit : « Il arrive toutefois qu'entre la belle vertu des principes et les froides réalités du pragmatisme, les secondes ne l'emportent pas toujours » (p. 424). Il faut beaucoup de sensibilité aux détours de la raison juridique pour être capable de formules aussi justes.

La grille d'analyse théorique ne saurait rendre compte de l'œuvre du juge : « Mais il est peu probable que le Conseil d'État se sente linguiste, normativiste ou réaliste : la diversité de ses choix répond à d'autres considérations ». Identités et différences doivent ainsi être envisagées avec prudence. Benoît Plessix prend l'exemple de l'opposition, à un siècle d'intervalle, des solutions *Delmotte* (en 1915, le Conseil d'État estime que les pouvoirs de l'Administration doivent aller au-delà de ce que prévoit la législation sur l'état de siège) et *Domenjoud* (en 2015, le Conseil veille à ce que la législation sur l'état d'urgence reste dans l'orbite de l'État de droit) : il rappelle un trait commun aux deux arrêts, qui est la non-application du principe selon lequel les lois d'exception devraient faire l'objet d'une interprétation stricte.

Il s'agit d'une conviction forte de l'auteur, plusieurs fois exprimée : « Il reste que la jurisprudence n'est pas totalement réductible aux belles architectures doctrinales » (p. 159, à propos des conflits de lois dans le temps). Les échafaudages doctrinaux sont, à ses yeux, trop simplistes et réducteurs pour pouvoir prétendre rendre compte de la complexité des enjeux. Il le redit à maintes reprises, par exemple à propos de l'articulation entre contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité (p. 192).

Les systèmes tout faits sont dérisoires : les décideurs politiques et les juristes ne « picorent çà et là que les idées vagues et générales qui leur sont utiles » (p. 219). Penser autrement est naïf et fait méconnaître cette réalité peu flatteuse pour l'ego des amateurs de perfection logique : le droit n'est, en définitive, qu'un grand bazar ! « La hiérarchie des normes est une sorte d'idéalisation du droit, qui permet aux juristes de se représenter mentalement le fonctionnement du système juridique moderne et de trouver des expédients pour solutionner toute une série de conflits de règles » (p. 220). En somme, comme Don Alfonso dans *Così fan tutte* : « *giur[à] alla terra* ». Il le fait au nom de la liberté de l'esprit – « Trop de juristes se soumettent aux dogmes comme on s'aliène à un maître », note-t-il – et parce qu'il s'agit de ne pas s'illusionner sur le caractère opératoire des concepts : « La pensée propose mais le droit dispose » (*ibid.*) Il dénonce ainsi, à propos de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, « la vanité des critères illusoirement simples » (p. 458). Il peut alors renvoyer dos à dos subjectivisme et objectivisme, ramenés à des objectifs théoriques situés (récuser l'idée allemande d'autolimitation subjective de l'État au profit d'une « hétérolimitation de la règle de droit », p. 549) ou à des exagérations contemporaines destinées à exalter l'individu (y compris, paradoxalement, l'orgueil de l'individu-gouvernant) au risque de perdre la défense du bien commun. Mais tout juriste a le devoir de défendre sa vision personnelle du droit (p. 556).

« L'étude de l'autonomie du droit administratif apprend au juriste l'humilité face à une conception trop rigoureuse des principes » (p. 678), écrit-il encore. L'arrêt *Giry* par lequel la Cour de cassation décide de faire application des « règles du droit public », comme l'application du droit privé par le juge administratif devraient suffire à le rappeler.

La phrase : « Quelles que soient les sensibilités de chacun à l'égard des froides abstractions sans vie » (p. 689) dit clairement la pensée de Benoît Plessix, qui s'attache sans cesse à la déployer sur tous les terrains classiques du droit administratif, par exemple à propos de la vieille distinction des actes d'autorité et de gestion, dont il montre qu'appliquée avec rigidité, elle eût conduit à la disparition du droit administratif. Il crédite Hauriou d'avoir promu l'idée de puissance publique, en tant qu'elle repose sur la démonstration « que l'autorité et la gestion s'interpénètrent » (p. 691), mais critique la systématisation réductrice à laquelle Hauriou procède ensuite à partir de ce concept, abusivement érigé en critère du droit administratif, au mépris des réalités et comme s'il n'y avait pas également une puissance privée. Sans surprise, on voit ici que Benoît Plessix admire ce qu'il y a de subtil, d'attentif aux réalités de l'action administrative et du droit qui la régit dans la pensée d'Hauriou, mais s'irrite de la voir tourner en système, en fabrication d'un lit de Procuste dans lequel le droit administratif en tous ses éléments est sommé de se loger.

6.

On touche ici à un autre aspect essentiel de la conception du droit administratif de Benoît Plessix, qui est l'insistance sur l'importance de la dialectique des fins et des moyens : les buts de l'Administration sont déterminés par le Souverain et les moyens déployés pour atteindre ces fins ne valent que s'ils sont nécessaires et proportionnés par rapport à elles. Il écrit : « le droit administratif est une discipline profondément téléonomique » (p. 558). La place qu'y occupent les notions d'intérêt général et de service public devrait suffire à en convaincre. L'intérêt général est « un véritable concept juridique » (*ibid.*), « but et limite » de l'action administrative, mais aussi justification de dérogations (à la condition qu'elles respectent le principe de proportionnalité) à des règles normalement applicables. L'intérêt général est défini par le Souverain, mis en œuvre par l'Administration. Il impose des sacrifices qui sont la contrepartie des « avantages que procure l'appartenance à la communauté politique » (p. 562). À cet égard, le Conseil d'État apparaît à l'auteur comme le « meilleur rempart à l'utilitarisme anglo-saxon » (p. 565).

Le service public, quant à lui, est « la finalité spécifique que le droit administratif français assigne à l'Administration » (*ibid.*). Il peut être plus précisément défini comme « toute finalité d'intérêt général orientée vers la solidarité sociale et la cohésion territoriale, dont les pouvoirs publics décident d'en avoir la maîtrise juridique et de la satisfaire au moyen de la fourniture de services délivrés au public, parce que l'initiative privée et le libre jeu du fonctionnement du marché ne permettraient pas ou mal sa prise en charge collective » (p. 567) – c'est-à-dire comme « un élément constitutif du “vivre-ensemble” dans l'État-nation unitaire » (*ibid.*). De telles précisions mènent évidemment bien loin des rivages essentialistes chers à la théorie traditionnelle du service public et invitent aussi à n'être pas « dupe du droit positif », parce qu'il importe de n'en pas méconnaître les enjeux sous-jacents : « sous la surface des solutions en apparence techniques sont en réalité enfouis de lourds soubassements idéologiques sans lesquels elles sont incompréhensibles » (p. 853, à propos de la licéité de la création des services publics industriels et commerciaux). Les contingences historiques, les orientations politiques, les aspirations sociales jouent leur rôle et rendent vaines, là encore, les doctrines trop rigides.

La même démarche conduit à une définition large, déliée de sa dimension contentieuse, de la prérogative de puissance publique : elle est un moyen au service d'une fin d'intérêt général (p. 580).

L'analyse du « pouvoir lié » (p. 614), expression préférée, ne serait-ce qu'en raison de sa correspondance avec le pouvoir discrétionnaire, à celle de compétence liée, conduit à relativiser les oppositions manichéennes dont raffole une partie de la doctrine. Car il faut abandonner les illusions : « L'ordre juridique de l'État souverain postule donc que l'Administration doit toujours disposer des moyens nécessaires pour accomplir les fins qu'il lui a assignées » (p. 615). Des théories comme l'état de nécessité, les circonstances exceptionnelles tenant compte de ce que l'Administration a dû agir « dans un contexte sans commune mesure avec le temps de la routine ordinaire » (p. 619), au-delà ou en l'absence des textes en vigueur, suffisent à en faire preuve. En parlant du « caractère circonstancié et contingent du droit administratif » (p. 620), l'auteur met le doigt, une fois encore, sur l'essentiel d'une manière exceptionnellement lucide, qui le conduit aussi à mettre l'accent sur l'importance du « principe d'adaptation » (p. 776) en matière de police (le pouvoir

de police est par essence un pouvoir discrétionnaire⁵ – « ainsi le veut le principe d’adaptation, qui impose que tout soit affaire de cas par cas, de circonstances particulières ». D’une telle analyse résulte également une forte relativisation de la distinction habituellement faite entre période « normale » et périodes exceptionnelles.

Toujours libre des préjugés et du « politiquement correct », l’auteur en vient aussi à réhabiliter la raison d’État – à condition qu’elle soit bien employée comme *raison*.

7.

Une autre qualité rare de l’ouvrage est de ne jamais éluder l’enjeu de pouvoir de la discipline (sans doute est-ce la raison de son peu d’enthousiasme pour les lectures normativistes du droit, qui font l’objet d’appréciations assez sévères). Ainsi est-il écrit du droit administratif : « cette branche du droit public qui repose fatalement sur une certaine vision du Pouvoir dans ses rapports avec les gouvernés » (p. 535). Cela vaut également pour les notions-clés de la discipline, qui repose, dit l’auteur, sur « des paires de représentations mentales » (*ibid.*). Une telle attention à la question du pouvoir lui permet de démasquer, par exemple, les enjeux dissimulés sous le masque aimable du droit souple : il s’agit de n’en être pas dupe, car avec la *soft law*, « la puissance publique avance cachée, mais derrière le masque, le pouvoir et la puissance demeurent » (p. 954). Ce scepticisme, produit d’une culture historique profonde, se retrouve à propos du droit global et de l’inéluctabilité de ses effets de pouvoir en sa quête de normes et de sanctions : « le juriste continental instruit par deux mille ans d’histoire de Rome, de la Papauté, de l’Empire germanique ou des Rois de France, sait que le pouvoir ne disparaît jamais » (p. 87). L’auteur sait ainsi retrouver les signes d’un nouveau jusnaturalisme sous le plaidoyer en faveur d’un droit administratif global.

Cette sensibilité, en définitive assez rare chez les administrativistes contemporains, aux enjeux de pouvoir⁶, conduit l’auteur à ne jamais perdre de vue le lien de l’Administration – et par suite du droit qui lui est applicable – avec l’État : elle est « l’ombre portée de l’État, elle est la projection de l’État au niveau de l’action concrète » (p. 227).

Cette capacité d’analyse se déploie également dans le traitement de la question classique de la contradiction entre la séparation des pouvoirs et l’unité de la Nation (p. 331). C’est cette dernière qui est privilégiée en France : aucun despotisme ne serait à craindre, puisque la Nation ne saurait mal faire. Le droit français, écrit Benoît Plessix, tient moins à équilibrer les pouvoirs qu’à les distinguer (p. 332) : on multiplie les organes et on veille à ce qu’ils n’empiètent pas sur les attributions des autres, ne s’immiscent pas dans l’exercice des fonctions dévolues à chacun d’eux par la Nation. « La conception française de la séparation des pouvoirs poursuit seulement une *spécialisation des fonctions* [...] et une *indépendance des organes* qui les exercent » (*ibid.*) – à l’origine, cette construction visait à échapper à la tyrannie de

⁵ Encore une fois, cette proposition permet d’accéder à la compréhension de solutions autrement impossibles à justifier, telle celle faisant céder, même en période dite « normale », des garanties législatives ou même constitutionnelles aux exigences de l’ordre public (*Benjamin*).

⁶ Sinon peut-être dans l’accent, très démagogique, parfois mis sur le bon vouloir du juge administratif.

la monarchie absolue. « Comme tous les pouvoirs publics constitués, la puissance législative doit rester cantonnée dans l'exercice de la fonction que lui a dévolue le Souverain » (p. 352) est une proposition qui découle également de là. La distinction des lois politiques et des lois civiles est invoquée pour justifier l'indépendance de l'ordre judiciaire (p. 335). Quant au pouvoir exécutif, il n'est pas cantonné à l'exécution servile des lois, mais il « veut dire que l'action du pouvoir exécutif est placée sous l'empire des lois » (p. 340). Boissy d'Anglas déclare ainsi en 1795 que le pouvoir exécutif « doit être soumis à la loi, sans jamais l'être au législateur ».

Cette spécificité française dans la lecture de la séparation des pouvoirs se répercute également sur la question de la décentralisation. « La politique de décentralisation implique une certaine démocratisation de la vie administrative, non une fragmentation de la souveraineté nationale et de la volonté générale » (p. 341). « À l'exception notable des autorités administratives indépendantes, toute autorité administrative est donc, d'une manière ou d'une autre, en contact avec le pouvoir exécutif, par un lien de contrôle, de tutelle ou de hiérarchie ». Ou encore : « L'exécutif se confond avec l'administratif autant que l'administratif se confond avec l'exécutif » (p. 341). Ces formules sont propres à dissiper les aimables illusions que le pouvoir tente régulièrement de renouveler sur lui-même.

En venant à la théorie des actes de gouvernement, l'auteur montre bien que nulle fonction ne saurait se dégager de la liste hétérogène des actes concernés (pourquoi la nomination d'un membre du Conseil constitutionnel constitue-t-elle un acte de gouvernement et pas celle d'un parlementaire pour exercer des fonctions administratives en raison d'un détachement temporaire de six mois ?). La théorie repose-t-elle sur la prise en compte des conflits politiques ? En toute occurrence pas sur l'exception de recours parallèle auprès du Conseil constitutionnel ! Benoît Plessix dit bien de la doctrine que « tout accaparée à son entreprise de critique ou de démolition, elle s'est obstinée à vouloir démontrer que les actes de gouvernement n'existent pas, là où il aurait fallu montrer qu'ils ne devraient pas exister ; ce faisant, elle s'est enfermée dans la lecture positiviste d'une politique jurisprudentielle par excellence, essayant de montrer que l'incompétence de la juridiction administrative peut s'expliquer par des règles classiques du contentieux administratif et non par cette insupportable résurgence de la raison d'État dont il faudrait supprimer le mot et la chose » (p. 373). En se croyant critique, la doctrine s'est laissée capter par les artifices, maniés avec une certaine hypocrisie, du Conseil d'État : l'acte de gouvernement « a tout de l'acte administratif » : « ce qui fait en définitive l'acte de gouvernement, c'est la participation de l'exécutif à des activités de souveraineté » (p. 374), mais se déclarer incompétent relève aujourd'hui de l'anachronisme, alors qu'il suffirait de souligner le caractère entièrement discrétionnaire de l'acte (illustré jusqu'à la caricature par l'usage qui est fait du pouvoir de nomination des membres du Conseil constitutionnel, par exemple).

8.

Ce livre présente une synthèse magnifique sur des questions qui paraissent aussi banales que l'acte de gouvernement, le long refus d'appliquer l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme aux procès administratifs – avec cette conclusion : « Autant d'étapes et de résistances qui laissent, rétrospectivement, le sentiment de beaucoup de temps perdu pour rien » (p. 425) –, la typologie des actes de l'Administration, la difficulté de distinguer actes unilatéraux et contrats, etc.

Benoît Plessix se montre toujours soucieux de l'application des règles de droit – il écrit ainsi : « Toutes les solutions passées ci-dessus en revue doivent naturellement composer avec les réalités pesant inévitablement sur l'art juridique » (p. 119). Il faut tenir compte d'abord du jeu de la vie politique, notamment de la volonté du législateur d'acheter la paix sociale en instaurant, contre la logique du principe de séparation, une compétence judiciaire ressentie comme rassurante (octroi de la qualité d'agent public, voir p. 484 *sq.* ; impôts indirects, voir p. 489 *sq.*). Sur le Tribunal des conflits, il dit significativement : « L'institution défie ainsi toutes les classifications : c'est une leçon d'humilité pour les juristes » (p. 532).

9.

Insistant, après beaucoup d'autres, sur le prisme *contentieux* essentiel à la construction du droit administratif français, l'auteur définit le droit administratif par son autonomie, son caractère dérogoire par rapport au droit privé, et la spécialité des règles de droit applicables, qui est d'abord celle du juge chargé de les appliquer (p. 376), « contrôler en conseillant, conseiller en contrôlant ; conseiller et expertiser pour mieux juger ensuite » (p. 435). Le droit administratif n'est pas un amas de solutions d'espèce, un tas de feuilles, « le droit administratif est un arbre : il est un *corpus juris* à part entière, un système précisément *autonome*, avec ses propres racines, sa propre cohérence interne, son propre système de sources, et même son propre privilège de juridiction, l'existence d'un juge spécial étant regardée comme la conséquence naturelle d'un droit spécial » (p. 656). La dialectique de l'action et du contrôle est incontournable pour qui veut le comprendre (p. 702).

10.

L'auteur se montre cependant sans complaisance vis-à-vis du Conseil d'État, ce qui rompt heureusement avec une certaine révérence de la doctrine française, comme avec les réécritures de l'histoire familières au juge lui-même. Ainsi à propos de la résistance au droit communautaire, caractérise-t-il l'arrêt *Perreux* comme « faux grand arrêt » : « Il laisse un arrière-goût de beaucoup de temps et d'énergie perdus, et seuls les esprits généreux ou consensuels peuvent encore soutenir que toute cette jurisprudence rappelle le noble sens de l'adaptation mesurée et progressive chez un juge qui, dit-on, n'aime être ni immobile ni bousculé. En l'espèce, il fut trop longtemps immobile, et il a fini par être bousculé » (p. 140). Sur la Convention européenne des droits de l'homme, au lieu d'entonner l'hymne habituel à la conversion progressive du Conseil d'État aux logiques mises en œuvre par la Cour européenne : « Quelques marques de résistance demeurent toutefois, comme cette manie de dire que la Convention européenne des droits de l'homme ne fait que “rappeler” un principe plus général ». Plus loin (p. 423) : « Le Conseil d'État n'hésite pas non plus à user de l'illusion rétrospective du passé, en brandissant de vieilles jurisprudences dans lesquelles il aurait tout dit avant tout le monde » – à propos de la consécration, en réalité sous influence de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, de l'indépendance et de l'impartialité qui doivent caractériser le juge – il existe, note-t-il encore, une « tentation de réécrire le roman du procès administratif équitable, par tassement des intermittences du passé et anachronisme du concept d'État de droit ». Sur la genèse de la loi du 30 juin 2000 enfin, après intervention de la décision du Tribunal des conflits du 12 mai 1997 : « Le Conseil d'État n'étant jamais aussi inventif que lorsqu'il se

sent menacé, il s'est enfin résolu à souffler au législateur la nécessité de lui octroyer des procédures d'urgence » (p. 512).

Et encore ce diagnostic lucide, qui va bien au-delà de la figure sulpicienne du soi-disant *dialogue des juges* (par ailleurs loué à juste titre pour ses vertus pragmatiques, à l'œuvre par exemple dans la coordination des ordres juridiques réalisée par les jurisprudences *Solange*, *Bosphorus* ou *Arcelor*) : « Il y a toujours un moment où le dialogue cède la place, au pire à la guerre des juges, au mieux à deux monologues parallèles » (p. 150). Il en va de même de sa critique de la solution *Rubin de Servens* : il y voit simplement une utilisation contre-productive car illibérale d'une jurisprudence ancienne destinée à sauvegarder le contrôle juridictionnel, ici cependant rendu impossible sur l'essentiel, qui relèvera toujours, constitutionnellement, du domaine de la loi et échappera, en conséquence, à ce juge.

On mentionnera également son diagnostic sévère sur le refus traditionnel d'un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception par le juge administratif : il y voit l'intériorisation du refus révolutionnaire d'un retour des parlements, à quoi se sont ajoutés divers facteurs, dont « l'existence d'un Conseil d'État mi-juge mi-conseiller juridique de l'État » qui, en France, a « habitué le juge à avoir de lui une autre image [que celle promue par Marshall dans l'arrêt *Marbury v. Madison*] », celle d'un « être mutilé, titulaire d'un office amputé » (p. 216). L'habileté du Conseil d'État à jouer du caractère sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité soulevées devant lui est également soulignée : c'est ici un juge-stratège qui apparaît. De même, à propos de la « conciliation » entre continuité du service public et droit de grève à partir de l'arrêt *Dehaene*, écrit-il : « C'est pour résoudre cette antinomie que le Conseil d'État s'est livré à un exercice d'équilibriste rarement égalé » (p. 905).

Après avoir cité la phrase de Jacques Chevallier et Danièle Lochak sur le Conseil d'État, selon laquelle « il a su développer un don remarquable d'adaptation, parvenant à entériner les innovations politiques tout en les neutralisant au moyen d'un jeu subtil de combinaisons juridiques », Benoît Plessix commente : « L'observation est fort juste, sans que l'on sache très bien s'il faut s'en réjouir ou s'en inquiéter » (p. 396). Pour caractériser d'un trait le Conseil d'État, l'auteur a cette formule : il est « [l]égiste avant d'être juge », qui nous paraît constituer la meilleure synthèse possible sur l'institution. Sur la fameuse question de l'indépendance du Conseil d'État, il renvoie à l'article d'Olivier Dupeyrou⁷, qu'il qualifie de « salutairement irrévérencieux » (p. 423). Il se livre aussi à une critique de la « doctrine organique » comme inévitablement intéressée (p. 676), avant d'oser ce trait irrévérencieux : « les rapports du Conseil d'État aident donc l'État à se penser, mais non le Conseil à penser » (p. 675).

Tout au plus pourrait-on reprocher à Benoît Plessix une position pour une fois un peu timide sur le pouvoir normateur du juge administratif. Celui-ci est relié à la spécificité de la position et de l'office de ce dernier, par vocation supérieur hiérarchique de l'Administration, confronté à un droit morcelé comme en quête de principes et appelé à discipliner un pouvoir largement discrétionnaire, c'est-à-dire particularisé, plutôt qu'attaché à l'office du juge en général, nécessairement confronté à l'incapacité des textes à saisir les particularités propres à tout litige. D'autant qu'une telle approche devrait satisfaire le pragmatisme de l'auteur, qui reconnaît

⁷ O. DUPEYROUX, « L'indépendance du Conseil d'État statuant au contentieux », *RDP*, vol. 99, 1983, p. 565-629.

d'ailleurs plus loin (p. 672) que le droit privé est « tout autant » jurisprudentiel que le droit administratif. On retrouve, en revanche, la sûreté de son jugement lorsqu'il conteste la position de René Chapus sur les principes généraux du droit, en récusant l'idée de « situer le juge dans une hiérarchie militaire des organes publics, car il n'appartient pas à la chaîne de production de règles de droit ; il est plutôt chargé, à côté, hors hiérarchie, d'en réguler le bon fonctionnement » (p. 184). On ne saurait mieux dire.

11.

La production des textes juridiques ne suscite pas davantage (et sans doute même beaucoup moins !) l'enthousiasme de l'auteur, qui a cette formule impitoyable : « La loi n'est plus l'expression de la volonté générale, mais celle d'une majorité partisane aux ordres d'un exécutif volontariste » (p. 27). « Œdème », tel est le mot choisi (p. 29) pour dire la détérioration de la qualité de la loi, alors surtout que « la loi moderne veut tout prévoir » (*ibid.*) : voilà identifiées les sources de cette inflation des textes que ne cesse de dénoncer en vain le Conseil d'État. La loi n° 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux a nécessité plus de 600 modifications affectant 16 codes et 21 lois. C'est évidemment la « [p]orte ouverte à l'arbitraire de l'Administration » : le diagnostic frappe juste et révèle combien le paradoxe est complet au regard du projet libéral.

La codification est caractérisée comme compilation, consolidation officielle du droit. La question de son adéquation à l'esprit du droit administratif est soulevée : « l'idée de graver dans le marbre le droit administratif a surtout vite paru en contradiction avec la liberté d'action dont doit disposer toute autorité administrative, plus à son aise dans les terrains argileux du droit » (p. 33). La relance du processus de codification à partir de 1989 lui paraît surtout due à l'influence déterminante qu'y exerce le Conseil d'État, dont c'est « la grande affaire » (*ibid.*) – avec cette pique : « Comme toutes les institutions discrètes mais mues par l'irrésistible envie qu'on sache leur importance, les commentaires du Conseil d'État sur son propre travail et ses méthodes abondent » (*ibid.*).

Les lois autoproclamées de simplification appellent un scepticisme encore plus grand. Après avoir renvoyé à leurs commentateurs « dubitatifs », l'auteur relève que la loi de simplification du droit de 2009 opère plus de 850 modifications affectant 45 codes et 153 textes de valeur législative échelonnés entre 1825 et 2008...

Ici encore, la culture historique de Benoît Plessix lui permet de relativiser les critiques contemporaines faites à la loi, en rappelant que personnalisation des lois et caractère technocratique de son origine ne datent pas d'hier, d'où cette conclusion : « Certes, le Parlement n'est plus l'auteur matériel de la loi, mais le peuple ne l'est pas plus pour la rédaction des constitutions, bien qu'il en soit – et à juste titre – considéré comme l'auteur juridique, comme le constituant authentique » (p. 37). Il ne faut pas oublier cependant que l'éthique de la discussion rend la loi irremplaçable, quels que puissent être par ailleurs ses défauts.

L'étude de la Constitution, « devenue une source vive du droit » (p. 54) sous la V^e République, après la loi, les règlements administratifs et les principes jurisprudentiels, surprend (mais on sait déjà l'auteur peu épris de l'idée de hiérarchie des normes...), même du point de vue d'une chronologie liée à sa pertinence dans le champ du droit administratif, puisque l'arrêt *Dehaene* remonte à 1950. Ou peut-être s'agit-il d'un scepticisme portant sur la réelle portée des constitutions dans le

champ du droit administratif. Relevant la persistance d'un pouvoir de police distinct détenu par le Premier ministre sous la V^e République, Benoît Plessix écrit : « Une nouvelle constitution est donc sans effet sur l'existence d'un pouvoir administratif par nature » (p. 787). Le pouvoir du Premier ministre lui paraît en effet étranger aussi bien à l'exécution des lois qu'au pouvoir de réglementer issu de l'article 37 de la Constitution. Tout se passe comme si l'interprétation faite par l'arrêt *Labonne* de la notion d'exécution des lois sous la III^e République avait survécu aux changements constitutionnels. La précision de l'analyse se vérifie encore lorsqu'il s'agit de définir l'étendue du monopole détenu par le Conseil constitutionnel à l'égard des lois : il porte non sur le contrôle de la validité constitutionnelle (que l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité confie aux juges administratif et judiciaire, aussi bien), mais sur le seul prononcé de l'inconstitutionnalité.

La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif soutenue par Georges Vedel montre Benoît Plessix plus sensible à l'expression d'une cohérence fondamentale du droit public qu'à la réalité constitutionnelle alléguée, dont Charles Eisenmann avait pourtant démontré les faiblesses. C'est que, par tempérament, la justesse de l'intuition intéresse davantage notre auteur que celle de la démonstration développée pour en confirmer l'exactitude – le « bien vu » l'emporte à ses yeux sur le « bien pensé », si l'on caricature un peu les choses.

Quant à l'étude des sources « externes », elle s'ordonne autour d'une distinction entre sources extranationales et supranationales qui nous semble contestable : l'extériorité alléguée est relative (pour prendre le cas de la Convention européenne des droits de l'homme, la France a pris sa part à l'élaboration de son texte comme à celle de la jurisprudence qui lui donne son sens) et l'adjectif supranational pourrait s'appliquer, d'un point de vue, topologique, à l'ensemble du droit international – il n'y a aucune raison d'en réserver l'emploi au seul droit de l'Union européenne (qui est celui d'un système juridique que l'on peut caractériser plutôt par le fait qu'il est intégré).

12.

Benoît Plessix sait également, et c'est fort rare, restituer à notre système juridique sa *dimension imaginaire*. Analysant les déformations imprimées à l'histoire révolutionnaire par Edmond David dans ses conclusions sur *Blanco*, il écrit : « Depuis lors, cette interprétation de la séparation des pouvoirs s'est fermement enracinée dans les esprits : c'est le propre du récit légendaire d'être une croyance répandue, mais peut-être aussi une fable » (p. 438). Compte tenu de cette remarque très juste, ceux qui veulent démanteler ce mythe au terme d'une relecture critique des textes invoqués (Pierre Sandevour, Jacques Chevallier, Michel Troper dans leur thèse) manquent l'essentiel : « le mythe ne ment pas », à l'inverse des légendes, il raconte « d'une façon déformée, un événement réel au fondement de l'ordre qui régit une communauté », il est « une voie d'accès à la vérité » (p. 440). La loi des 16-24 août 1790 résume une série d'images partielles que la décision *Blanco* met ensemble – peut-on alors ajouter que cette dernière ferait alors office de scène primitive du droit administratif français ? La loi sert de support – il est permis de dire : d'origine – à « un tabou fondateur » (p. 442). Il ne faut jamais oublier que le discours critique, si juste et subtil soit-il, tente de substituer un discours rationnel qui n'a pas été tenu à un discours entaché de sauts logiques, voire de contre-sens qui, malgré tout, font sens et servent de justification aux constructions du droit positif. Il est vain de réécrire l'histoire, même si elle repose sur des malentendus et des

erreurs qu'il est toujours stimulant de mettre au jour : l'histoire ne revient pas sur elle-même, quand bien même elle écrirait un nouveau chapitre sous le signe du repentir – celui-ci, à son tour, comportera une dose non négligeable de simplifications ou de déformations. Cette conviction de l'auteur explique sans doute son goût très modéré pour des entreprises intellectuelles comme celle de Charles Eisenmann.

L'analyse vaut pareillement pour la conceptualisation des critères de compétence (p. 482) : « c'est le propre de tout mythe que de ramener en permanence au livre des origines, aux sources nourricières, aux racines fondatrices : pour asseoir le nouveau critère de compétence qu'est le service public, David avait besoin de l'espèce *Blanco* » (p. 483), même si le mot n'avait alors nullement sa signification liée à l'État-providence. Il en ira de même pour le service public industriel et commercial, qui n'est pas désigné par ce nom dans la décision sur le bac d'Eloka, mais seulement, moins d'un an plus tard, par l'arrêt du Conseil d'État du 23 décembre 1921, *Société générale d'armement* : la construction, la mise en mythe en somme, est progressive et résulte de la superposition de nombreuses couches textuelles.

Benoît Plessix souligne l'importance supra-juridique du service public : celui-ci nourrit la déontologie de la haute fonction publique et promeut, dans son principe même, « la figure d'un État bienveillant, généreux et désintéressé » (p. 572) – l'étude des activités des personnes publiques est faite dans la seconde partie, « Institutes » de l'ouvrage (p. 821).

Toujours dans le registre de l'imaginaire, relevons l'analyse de l'autonomie du droit administratif comme identité face à un Autre, qui est le droit privé (p. 657) : la métaphore, une fois encore, est féconde pour l'explication de certaines solutions prétoriennes qui paraissent surprenantes au premier abord (que l'on songe à la distinction entre établissements publics et établissements d'utilité publique, par exemple).

13.

Un hommage ne serait pas complet s'il ne comportait aussi l'expression de désaccords, mineurs en l'espèce, et occasions d'esquisser une discussion permettant mises au point et constats de divergence. Le premier étonnement porte sur la décision d'exclure, fût-ce le temps de la présente édition, la matière de la responsabilité, alors qu'elle correspond si bien à ce que l'auteur aime dans le droit administratif : alliance de pragmatisme (ne jamais rendre trop difficile l'accomplissement de la tâche dévolue à l'Administration) et de lignes directrices (ne pas mettre en place une société d'assistés en donnant trop d'expansion à la responsabilité sans faute), analyses ajustées au plus près de la situation contentieuse, pratique d'un libéralisme prétorien bien tempéré, entre autres. Posent également problème à propos de la responsabilité la place dans le plan des développements qui y sont consacrés et, pour une fois, quelques incertitudes terminologiques : justification, fondement, conditions d'engagement s'entremêlent d'une manière peu nette. S'y ajoutent quelques affirmations contestables, comme l'absence de connotation morale liée à l'engagement de la responsabilité d'une personne publique pour faute ou encore la majoration de l'importance actuelle des cas d'irresponsabilité.

La divergence de vues sur le pouvoir normateur du juge a déjà été signalée. De même, le fondement assigné à la compétence législative en matière de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction est-il très discutable : le droit

d'agir en justice ne nous paraît nullement en cause, puisqu'il ne s'agit que de savoir quel juge saisir (p. 460). La notion d'acte exécutoire, définie comme le pouvoir de faire procéder à l'exécution sans avoir à recourir à un juge (p. 581), relève d'une terminologie dont les analyses d'Eisenmann ont fait justice, en ce qu'elle condense de manière très critiquable le « privilège du préalable », en réalité le pouvoir de prendre un acte unilatéral, dont les dispositions s'appliquent sans nécessité de l'intervention d'un juge, la possibilité d'une exécution de l'acte, nonobstant la résistance des administrés concernés et cette exécution elle-même. Faut-il voir là un symptôme de la réticence de principe de l'auteur à l'égard des critiques et des constructions de Charles Eisenmann ? Certainement pas, puisqu'on relève qu'à propos du principe de légalité, dont il écrit qu'il signifie « à la fois une habilitation et une règle de non-contradiction » (p. 599), il renvoie à la célèbre distinction d'Eisenmann entre conformité et compatibilité. Les analyses sont apparemment proches de cet auteur sur la dualité des corps de règles applicables à l'Administration, en dépit d'un reproche de manichéisme adressé à Eisenmann, aux analyses duquel il préfère le recours à l'image de l'échelle ou à la vision du droit international privé par Savigny, une « vision souple et casuistique, afin que le juge le plus apte puisse, en appliquant le droit le plus convenable, rendre la justice de la meilleure façon qui soit » (p. 699).

Enfin, on interrogera le choix des arrêts *Monpeurt* et *Bouguen* plutôt que de l'arrêt *Caisse primaire « Aide et Protection »* pour montrer la marginalisation du critère organique (p. 481) ou encore le lien établi entre l'existence de questions préjudicielles et la constitutionnalisation de la compétence de principe de la juridiction administrative pour procéder à l'annulation ou à la réformation d'un acte administratif (p. 516).

14.

Mais le lecteur comprendra que c'est l'admiration qui – et de très loin – domine à l'égard d'un ouvrage aussi dense, savant et novateur. Avoir su renouveler aussi profondément notre regard sur le droit administratif, lancer tant de pistes et d'interrogations nouvelles est incontestablement le fait d'un maître.

Patrick Wachsmann

| Professeur à l'Université de Strasbourg, Institut de recherches Carré de Malberg

Pierre Moor

**Après une lecture de Benoît Plessix,
*Droit administratif général***

L'ouvrage qui nous réunit autour de cette table est d'une richesse impressionnante. D'abord d'un point de vue strictement juridique, il expose avec la plus grande clarté les questions que je dirais purement – techniquement – de droit positif, en les éclairant sous un jour qui ne relève pas seulement du droit positif. Il les replace dans leur évolution à partir de leur origine historique – leur « généalogie » comme dit l'auteur ; il y a là une mine d'informations considérable, notamment sur les cheminements parcourus par la jurisprudence et la doctrine. Mais on y lit aussi de très nombreuses analyses des idéologies, voire des mythologies sous-jacentes à l'œuvre dans la constitution de ce qui s'est construit comme droit administratif général. L'auteur ne se contente pas de réfléchir l'état actuel du droit, il réfléchit constamment aussi sur ce droit, dont il ne reproduit pas simplement les configurations positives.

Si un auteur réfléchit, il amène le lecteur à réfléchir lui aussi. Mon intervention ne consistera donc pas à relever des points critiques, des lacunes, des thèses sujettes à discussion. Je préfère poursuivre certaines des réflexions de l'auteur, même si c'est dans une direction à laquelle il ne pouvait pas s'attendre. J'aborderai trois points. Le premier a rapport au droit administratif comparé, le deuxième vise une approche plutôt politologique de l'activité normative, et le troisième concernera la théorie du droit. Cependant, il convient de remarquer préalablement que le droit administratif est une discipline d'excellence pour ces approches, pour au moins deux raisons.

La première est qu'il est impossible de le comprendre réellement en faisant l'impasse sur sa mise en œuvre et la connaissance des terrains sociaux, économiques, écologiques, etc., dans lesquels il doit s'appliquer : c'est là sa matière, et cette matière rétroagit sur sa consistance, parce qu'il est un droit de l'action (ce sur quoi l'auteur insiste à juste titre fréquemment). La seconde raison tient à l'histoire de son développement ; quoique celui-ci ait eu lieu dans la période, dans la théorie du droit, du triomphe du positivisme légaliste, les structures profondes du droit administratif se sont mises en place en dehors de toute codification, essentiellement par l'œuvre conjointe de la jurisprudence et de la doctrine. Nous allons retrouver ces deux raisons dans chacun des points de mon intervention, elles en forment l'esprit.

I. QUELQUES MOTS SUR LE DROIT COMPARÉ

Donc, tout d'abord le droit comparé. Puisque je suis le seul étranger à la Table Ronde, je suppose que vous vous attendez à ce que j'intervienne surtout dans ce domaine. Vous allez être déçus, car je me contenterai à ce sujet de faire quelques

observations générales. En effet, les commentaires que je serais autrement en mesure d'apporter ne concerneraient que des points trop techniques pour être d'un intérêt suffisant dans la présente circonstance.

J'ai été frappé par l'insistance, à de nombreuses reprises, sur le fait de la spécificité du droit français, ou sur la précision apportée aussi souvent qu'il s'agit du droit administratif « français » : « le droit administratif français tient à se présenter comme l'archétype parfait de la discipline juridique autonome, au plan tant de ses modalités que de son mode juridictionnel concret de mise en œuvre » (n° 525). Ou bien : l'interprétation du principe de légalité (réserve de la loi et suprématie de la loi) est « une illustration exemplaire de l'inclination objectiviste du droit administratif français » (n° 486).

Il est vrai qu'il en existe des spécificités. J'aimerais en relever une, qui relève sans doute plus de la rhétorique juridique que de la dogmatique : la référence fréquente, comme à un concept juridique, à la « Nation » ou au « Souverain » (toujours avec une initiale majuscule). Certes, la substance idéologique, voire mythologique de ces deux idées est hors de doute : mais, utilisés comme fondements, ne sont-ils pas juridiquement un peu encombrants, ne sont-ce pas des survivances dont la dogmatique du droit public français pourrait se passer ? En tout cas, il me semble que les droits que j'appellerai par la suite « germaniques » (Allemagne, Autriche, Suisse) n'ont pas recours à ce type de construction conceptuelle. Il y a à cet égard sans doute une analogie à évoquer avec le droit constitutionnel américain : comme en France, on cite des hommes politiques ou des textes législatifs de la fin du XVII^e siècle ; c'est ainsi qu'on se réfère aussi aux États-Unis aux « Pères fondateurs ». De même, il y a des arrêts « fondateurs » : l'arrêt *Blanco*, l'arrêt *Marbury v. Madison*, auxquels on continue de renvoyer. Peut-être dans l'un et l'autre cas s'agit-il d'établir une permanence historique problématique à partir d'un événement révolutionnaire fondateur, continuité qu'il fallait marquer malgré toutes sortes de bouleversements – discontinuités politiques en France, flux migratoires de masse aux États-Unis et guerre civile (voir les n^{os} 363 *sqq.*). Sans doute aussi les autres droits publics n'en ont-ils pas besoin, soit du fait de leur date récente (Allemagne, Italie), soit du fait de l'absence de bouleversements entre l'événement fondateur et aujourd'hui (Suisse). Peut-être aussi, il faut bien le concéder, y a-t-il une autre explication à pareille absence dans ces pays (dont le mien), à savoir qu'on n'est soi-même pas conscient des mythes qui nous constituent...

Autre observation sur les spécificités du droit français. Je ne suis pas toujours persuadé qu'elles soient si spécifiques. Prenons celle à laquelle il est le plus souvent fait allusion, celle de la dualité de juridiction. Elle existe aussi dans les droits germaniques, non pas, il est vrai, sous une forme organiquement aussi caractéristique, mais en tout cas du point de vue fonctionnel. Et alors des problèmes analogues à ceux du droit français s'y posent (par exemple distinction entre droit public et droit privé ; définition du pouvoir d'examen et de celui de décision ; définition des actes attaquables [actes internes ; actes matériels]). La différence réside essentiellement dans le rattachement organique aux organes judiciaires que je dirais ordinaires. Si je prends le cas de la Suisse, il y a des tribunaux administratifs qui statuent en première instance sur le contentieux des actes juridiques de droit public, et qui soit sont organisés de manière séparée des juridictions de droit civil ou pénal, soit constituent une cour ne statuant que sur le contentieux de droit public, par une voie de droit spécifique ; et c'est cette dernière solution qui est retenue pour la dernière instance, le Tribunal fédéral. Il existe donc des voies de droit spécifiques réservées au contentieux de droit public, tout comme le recours pour excès de pouvoir. Y a-

t-il alors, du point de vue de la fonction d'un contrôle juridictionnel une réelle différence ? Certes, l'origine historique de l'institution peut expliquer des différences de jurisprudence ou de régime : ainsi la large définition de la qualité pour agir en droit français par rapport à celle qui exige l'atteinte à un droit en droit allemand. Mais de telles différences peuvent s'effacer : ainsi, en droit suisse, la qualité pour recourir ne dépend plus de l'atteinte à un droit. En d'autres mots : les différences certes considérables dans l'organisation et le statut de la fonction ont-elles un impact substantiel quant à ce que les tribunaux administratifs produisent dans l'exercice de leur fonction, à savoir le droit administratif matériel ?

On pourrait aussi souligner la proximité entre le concept de service public en droit français et celui d'intérêt public dans les droits germaniques. L'« intérêt public » occupe deux fonctions. Tout d'abord, c'est un des critères de distinction entre droit public et droit privé. Ensuite, c'est l'un des critères de légitimation des activités publiques (pour la responsabilité de droit public, voir le critère voisin de tâche publique). Il me paraît que, sous l'un ou l'autre de ces deux aspects, on est très proche de la notion de « service public ».

Même observation pour le principe de proportionnalité. Ou pour ce qui est appelé « qualification juridique des faits » en rapport avec le pouvoir d'examen, ce qui est traité en droit suisse sous l'angle du concept de « notion juridique indéterminée » – je reviendrai sur le sujet plus bas. Ou enfin le principe de légalité, qui se subdivise également en un principe de la suprématie de la loi et un principe de la réserve de la loi.

Ces quelques observations m'amènent à la conclusion de cette première partie de mon intervention. Il existe certainement un droit administratif commun d'une partie au moins de l'Europe ; peut-être même existe-t-il des ouvrages qui en traitent. Ce serait en tout cas intéressant de faire figurer les idiosyncrasies de chacun de ces ordres juridiques sur la toile de fond des profondes similitudes de ce que j'appelle un « métatexte » commun, plutôt que, inversement, de trouver des similitudes sur des toiles de fond de différences. (J'appelle « métatexte » cette partie d'un ordre juridique sans portée normative, et qui est composée des notions, concepts, théories qui seules permettent de penser les normes.) Ainsi mises en évidence, les différences pourraient être expliquées en tant que telles, et non pas simplement comme idiosyncrasies nationales.

À cet égard, j'aimerais remarquer que le droit suisse, qui fait partie de l'ensemble germanique, est, pour les juristes français, une porte d'entrée aisée, grâce au simple fait qu'il y a une doctrine francophone.

II. SUR LA DIFFICULTÉ DE LÉGIFÉRER ET LE DÉCLIN DE LA LOI

Deuxième partie de mon intervention. J'aimerais saluer la très fréquente référence, dans l'ouvrage, au droit administratif comme dirigeant des actions régies par des *finalités*. Et je mettrai cette caractéristique en relation avec les observations qui sont faites sur le déclin de la loi (n^{os} 26 *sqq.*, 148). En quoi décline-t-elle, et pourquoi ? L'ouvrage le montre très bien, et je ne fais ici que le plagier.

Je n'ai pas besoin d'insister sur l'incroyable accroissement des interventions de l'État, depuis un demi-siècle, dans une multiplicité de secteurs, ni de m'arrêter sur leurs causes. Mais on doit en relever les impacts sur la technique législative. L'élaboration de la substance des lois obéit de plus en plus à une double détermination, précisément en ce qu'il est un droit des actions et qu'il obéit de ce fait à une logique

que j'appelle de l'action, par distinction de la classique logique conditionnelle qui caractérise (encore ?) le droit privé et le droit pénal. En effet, la substance des législations de droit administratif obéit à deux déterminations qui ne vont pas nécessairement dans le même sens. L'une est la juridique : faire entrer les normes nouvelles dans l'ordre juridique, donner forme juridique aux instruments que le législateur veut mettre en place. L'autre, qui devient de plus en plus importante, est celle qui se déduit des nécessités de cette action telle que l'État veut la mener dans un certain terrain (économique, écologique, financier, social), d'où découlent les instruments jugés propres à atteindre le résultat visé.

Il en résulte quelques conséquences. La première est que les lois sont conçues au premier chef par des spécialistes du terrain – économistes, biologistes, chimistes, urbanistes, etc., qui disposent de l'expertise du terrain. Les juristes servent seulement, disons pour caricaturer, à l'habillage. Et même : ces juristes, le plus souvent, sont eux aussi des spécialistes du domaine, dans la mesure où la compétence juridique requiert la connaissance de ce domaine. Il se développe ainsi des spécialisations juridiques (droits de la consommation, des télécommunications, des médias, de l'énergie, etc.). Le droit administratif se fragmente – ce à quoi la création d'autorités indépendantes contribue (de même que celle de masters spécialisés !), et il devient de plus en plus difficile de maintenir un droit administratif vraiment général.

Autre conséquence : la loi fait partie d'un ensemble plus vaste, qu'on qualifie aujourd'hui de « politique publique ». Et elle est évaluée sous cet angle, comme un instrument d'action parmi d'autres, avec une panoplie d'indicateurs, mettant en évidence sur le terrain (en tout cas on le croit) son efficacité, son effectivité, son efficience – bref son taux, pour ainsi dire, de réussite. Le droit administratif obéit ainsi à ce que j'appellerais une « obligation de résultat ». Et il y a un « retour » au législateur, car ainsi sont révélées les insuffisances, les lacunes, les défauts de son œuvre, ce qui provoque évidemment les modifications juridiquement (du point de vue de la stabilité du droit) trop fréquentes dont le législateur attend qu'elles y portent remède.

Encore une conséquence. L'adéquation au terrain, la nécessité de concevoir l'action en fonction de ses caractéristiques concrètes, individuelles exigent que, dans la phase de l'application, une certaine liberté soit laissée à l'administration, liberté sans laquelle il n'est pas possible d'adapter l'action à ce que requiert sa réussite. D'où la pléthore de réglementations et, dans la loi elle-même, de notions juridiques indéterminées, à faible densité normative (par exemple « état de la technique », « coût économiquement supportable », etc.), qui ne prennent sens que dans la phase et au moment de l'application (qu'elle soit réglementaire ou décisionnelle). Il y a inversion normative, le bas déterminant le sens du haut. La pratique administrative et la jurisprudence nove et innove constamment le sens de la norme légale.

À cela, du point de vue des administrés, le seul remède plus ou moins efficace est l'accent mis sur les garanties procédurales, aussi bien – sinon surtout – face à l'administration que dans les instances juridictionnelles.

III. SUR LES SOI-DISANT « SOURCES DU DROIT »

Dernière partie de mon intervention, elle concerne la théorie du droit. Je partirai du concept de « sources du droit », et je me permets ce développement après avoir lu le n° 9 de l'ouvrage, où est justifié le fait de commencer le livre par l'exposé des

« sources » : si cela doit être expliqué, c'est peut-être précisément que tout cela n'est pas si clair. On notera déjà ici que la jurisprudence en tant que telle n'est traitée que plus bas (aux n^{os} 533 *sqq.*), de même que la doctrine en tant que telle (aux n^{os} 535 *sqq.*). J'aimerais m'arrêter – trop brièvement – sur ce point. D'ailleurs, je me demande s'il n'y a pas dans l'ouvrage une certaine distance critique, ainsi lorsqu'on lit entre les lignes la phrase à propos du normativisme : « ce courant de pensée qui professe que le droit n'est qu'un système de *production* de normes juridiques » (n^o 9), ou « le normativisme reste un édifice spéculatif, une idéalisation de la vie juridique », si on entend par « idéalisation » une construction imaginaire qui ne correspond pas à la réalité (n^o 10). D'ailleurs, à mon sens, le terme même de « production » doit être précisé pour être relativisé : pour le normativisme (et aussi pour le réalisme), il s'agit uniquement de la production formelle, et non de celle des contenus normatifs.

Je m'explique. Le normativisme kelsénien établit bien un système de production des normes jusque et y compris les actes individuels (également normatifs), mais la production y est envisagée uniquement comme un passage d'une compétence à une autre, donc uniquement sous l'aspect formel (le « dynamisme » que Kelsen revendique pour que sa théorie soit « pure »). Les phénomènes de production de sens sont complètement occultés (ils relèveraient de la politique), donc est ignorée la problématique des modalités de la production *matérielle* des normes (comment telle norme reçoit-elle tel sens ?) – la source normative matérielle. Pourquoi dis-je « occultés » ? Parce que l'ordre juridique ne réside pas seulement dans le jeu des compétences normatives culminant dans une « *Grundnorm* » dont, en fin de compte, le seul contenu normatif est qu'il faut obéir, à quoi qu'on obéisse.

La théorie kelsénienne, en fondant la validité des normes uniquement sur la compétence de leur auteur et non sur leur conformité matérielle aux normes supérieures, laisse une question ouverte : comment savoir si une autorité est valablement compétente sur la base d'une norme supérieure, sans interpréter le contenu de celle-ci ? Si, par exemple, une autorité n'est compétente que pour le contentieux des marchés publics, elle sera bien obligée d'interpréter la notion de « marché public » correctement pour être valablement compétente ; on ne peut donc évacuer la conformité matérielle de la validité.

Le normativisme porte toute son attention sur l'interprétation des normes, et non sur l'application, dont il néglige de faire la théorie. La théorie des sources occulte le passage de l'abstrait au concret en quoi consiste l'application : comment, par exemple, arrive-t-on à dire de manière convaincante que tel comportement concret au sens de l'article 1240 du Code civil est en relation de causalité adéquate avec le dommage ou constitue une faute ? que tel ensemble architectural est une « perspective monumentale » ? J'appelle application, pour faire bref, l'établissement de la mineure du (pseudo-)syllogisme juridique. Cette occultation empêche même d'ailleurs d'avoir une idée claire de ce qu'est la norme et de la différenciation à établir entre elle et son texte.

Pour reprendre le même exemple de la responsabilité civile : le texte n'a pas changé, mais la norme, elle, n'est certainement plus la même qu'en 1804. On peut mentionner aussi les revirements de jurisprudence, qui font changer la norme sans que le texte ne change, ainsi que certains arrêts célèbres dans le droit français : l'arrêt *Privatisations* du Conseil constitutionnel (n^o 56), ou celui sur l'interprétation des causes de nullité du mariage, ou encore celui sur le dommage écologique.

On dit bien que la norme et son texte sont deux niveaux séparés, mais on s'arrête à la proposition énonçant que la norme est le sens du texte (ou de l'acte de

volonté qui adopte le texte pour créer la norme). Mais dire que la norme est le sens du texte ne revient pas à autre chose qu'à reformuler le texte original pour un autre, censé reproduire le « vrai » sens de la norme mieux que le premier. Et encore le « vrai » ne l'est que relativement, c'est-à-dire pour l'interprète autorisé à reformuler (le réalisme a raison sur ce point).

Et on peut observer que, souvent, les normes les plus essentielles sont celles qui ne prennent leur plein sens que particularisées en un ensemble de normes secondaires, produites individuellement par la jurisprudence, et cela même quand elles sont écrites. Cela est aussi bien vrai des normes constitutionnelles (y compris les droits fondamentaux, et parmi eux ceux fondés sur la CEDH) que pour celles qui valent à titre de principe général (bonne foi) ou sectoriel (ceux de droit administratif) et, en fin de compte, que pour certaines normes de droit privé (l'article 1240 du Code civil).

« Source » est une métaphore, et il faut se méfier des métaphores, car elles ont leur propre logique, qui n'est pas toujours la bonne. En l'espèce, elle conduit à identifier la naissance de la norme (c'est-à-dire l'adoption de son texte original) avec la norme elle-même. Je m'explique en utilisant la même métaphore, mais en la filant jusqu'au bout. Le Rhône a sa source en Suisse, dans le massif du Gothard : c'est la naissance du fleuve. Mais il est clair que le Rhône, à son embouchure dans la Méditerranée, contient bien d'autres eaux que celles qui sont issues du glacier : toutes celles de son bassin hydrographique – à tel point que son nom est en fait une figure de style, ou une commodité toponymique (je crois savoir que, par convention, les fleuves portent le nom du plus long des cours d'eau qui les alimentent). Si on compare, à quelque moment de son application, une quelconque norme à un fleuve, on doit bien observer que sa substance, comme celle du Rhône, a subi toute une histoire : elle a reçu des affluents, et l'article de loi qui a été adopté pour faire entrer la norme dans l'ordre juridique (la « source glaciaire ») est une référence métonymique pour désigner ce qu'elle est par la suite devenue grâce à tous les enrichissements qu'elle a reçus ; la norme devient de plus en plus riche au fur et à mesure de son histoire, elle est en constante expansion.

Au fur et à mesure du développement que connaît une norme dans son application, elle parcourt différentes étapes, passe d'une application à l'autre, chaque étape constituant une source. La norme elle-même – qu'il ne faut pas confondre avec son texte, comme on se plaît à le répéter, mais sans aller jusqu'au bout – continue sa « vie » propre dans son application même ; elle s'enrichit de toutes les normes particulières qui, adoptées par le juge, généralisent les solutions qu'il apporte à la solution des cas individuels (par exemple, qu'est-ce qu'un « acte fautif » dans les professions médicales ? etc.) et alimentent ainsi ce qui est issu de la source. Cette histoire est l'encyclopédie de la norme – par opposition à l'« interprétation », laquelle consiste à donner une (autre) formulation au texte lui-même, au même niveau d'abstraction (logique du dictionnaire) (j'emprunte cette distinction à Umberto Eco). Et cette œuvre judiciaire confère à l'exercice de cette fonction une dimension micro-politique, dans la mesure où les normes particulières ne sont pas nécessairement toujours déjà contenues dans la norme générale telle qu'elle a été imaginée au moment de l'adoption de son texte.

Cette encyclopédie est constituée par toutes les mineures qui ont été élaborées en référence au texte lui-même. Elles entrent dans l'encyclopédie (par opposition à un « dictionnaire ») de la majeure, comme un cas, et non seulement comme une concrétisation de ce qui aurait déjà existé comme abstraction. Dire, par exemple, que tel comportement est un « acte fautif » ne concrétise pas seulement la notion

de faute, mais ajoute quelque chose de nouveau à la norme – la « remplit », en quelque sorte : c'est une « découverte », au sens de trouver quelque chose de nouveau, et non pas de révéler quelque chose qui était simplement caché à la vue. Autre exemple, si la législation de protection des sites a été adoptée aux alentours des années 1900, les normes particulières qui ont protégé les constructions industrielles du XIX^e siècle sont bien postérieures.

Cela mène à une tout autre conception de ce qu'est le droit. Non pas seulement un amas de textes normatifs, plus ou moins organisé – cet amas fait partie du droit, il n'est pas tout le droit, sinon il suffirait de savoir lire pour les mémoriser toutes les législations pour se prétendre juriste. Bien que certains en doutent encore, la jurisprudence fait partie du droit comme « source » en œuvrant à son expansion – comme déterminant de manière créative ce que la norme laisse dans l'indéterminé.

Cela me mène à la doctrine, dont il n'est question qu'assez bas dans l'ouvrage (n^{os} 450, 535, 536 : peu de pages, en fait). Pourquoi ne pas en faire une source du droit ? Jalousie de la part des théoriciens pour leurs collègues, souvent plus prestigieux, de branches de droit positif ? Mais qui organise toutes les normes en un ensemble, qui en fait autre chose qu'une juxtaposition, voire un amoncellement de textes, sinon la doctrine ? Qui en fait un « ordre » ? Qui commente, synthétise, rationalise les séries d'arrêts ? Comment apprend-on le droit – en lisant les textes de lois et de jugements ou en suivant un cours et en lisant les manuels, traités, articles, etc., de la doctrine ? Le droit administratif serait-il ce qu'il est si on disposait uniquement du *Journal officiel* et du *Recueil Lebon* ? Tous les praticiens répondront, je pense, par la négative. Et je comprends, dans la doctrine, j'aimerais le souligner, toutes les divergences, contradictions, opinions dissidentes qui s'y expriment et qui font la vie et le développement (et l'intérêt !) du droit.

J'ajouterais enfin le « métatexte », grâce auquel le juriste peut « penser » le droit et les textes normatifs qui entrent dans l'ordre juridique.

Ce que j'appelle « métatexte », c'est le répertoire de tous les concepts, notions, mises en relations de notions et de concepts que le juriste emploie pour rédiger ses textes normatifs. Ce n'est pas un ensemble organisé et cohérent, une « science du droit » (au sens des n^{os} 535 et 536), mais un répertoire, une encyclopédie. « Contrat », « responsabilité », « autorisation », « prescription », « juge », « droit privé », « droit public » en sont des exemples. Ils font aussi partie des sources du droit, bien qu'ils n'aient aucune portée normative ; mais le juriste les utilise couramment pour *penser – lire et écrire* – le droit avant de rédiger quelque norme que ce soit (plus précisément son *texte*), et ils ont existé dans sa pensée avant que le Code civil ou une loi quelconque leur donne une apparence écrite dans une norme. Il y a dans l'ordre juridique une idée du « contrat », de la « responsabilité », etc., antérieure à son écriture dans un texte légal. Ce métatexte est aussi une « source ». « Administration » est un autre exemple typique – ce qui autorise de légitimer la difficulté à le définir selon une logique du dictionnaire. Les concepts du métatexte sont constitués comme une encyclopédie des divers sens qu'ils peuvent revêtir, une description de leurs contextes normatifs, les problèmes qu'ils posent quand ils sont concrétisés dans une norme du droit positif. Ils sont polysémiques afin de pouvoir être utilisés dans le droit positif en fonction de la configuration juridique dans laquelle ils sont investis.

IV. SAVOIR ET POUVOIR

Quelques mots en guise de conclusion. Benoît Plessix fait allusion à plusieurs endroits à la dialectique entre pouvoir et savoir, et c'est pourquoi je conclurai en disant quelques mots.

Il ne s'agit pas ici de rejeter le positivisme, mais de le dépasser. La question est : peut-on vraiment rejeter le savoir en dehors du pouvoir (ou du jeu des compétences) ? En fait, les normativistes comme les réalistes ont pour axiome que l'adoption de toute norme est acte de volonté, légitimé par la compétence de l'adopter (pour autant que, soit dit en passant, que le concept de « volonté » ait un sens propre, non métaphorique lorsqu'il s'agit de l'exercice d'une fonction). Ce qu'ils laissent dans l'ombre, c'est que le droit est une activité de connaissance et de production de connaissance – c'est le moment de rappeler l'œuvre de Chaïm Perelman. Si tel n'était pas le cas, on ne s'expliquerait pas que l'activité des juristes consiste pour l'essentiel à convaincre le destinataire de leur discours du bien-fondé de ce qu'ils avancent. On ne s'expliquerait pas non plus pourquoi on enseigne le droit autrement qu'un ensemble de règles de compétences ou qu'un compendium de dispositifs de jugements, On ne voit enfin pas non plus pourquoi les juges doivent motiver leurs jugements – obligation plus récente qu'on ne le pense, mais qui est un élément essentiel de l'État de droit. Ce qui fait que notre droit – « notre », c'est-à-dire tel qu'il s'est historiquement construit à notre époque et dans nos systèmes politiques – est le droit d'un État de droit, n'est-ce pas que, précisément, il n'est pas seulement un ensemble normatif, pour la constitution duquel il suffit d'en avoir le pouvoir, mais qui se construit dans une exigence permanente de rationalité (de « raisonnabilité », dirais-je plutôt, « *Vernünftigkeit* ») à tous les niveaux ? Donc un pouvoir conjugué à des savoirs ? Pour une telle vision, il faut évidemment abandonner l'idée du monopole des définitions de « savoir », de « science » et de « raison » que l'idéologie scientifique positiviste a imposées pendant longtemps.

Pierre Moor

■ Pierre Moor est professeur à l'Université de Lausanne

Jacques Caillosse

Un « manuel » hors les codes

À propos du *Droit administratif général* de Benoît Plessix

Prétendre formuler un jugement sur le livre de Benoît Plessix dans les limites habituelles d'un article de revue relève, à bien des égards, de la plaisanterie. Prendre la pleine mesure de l'événement que constitue ce « manuel¹ » suppose le temps long et sans contraintes de la réflexion. Voilà un ouvrage, en effet, qui tient de la prouesse intellectuelle : non seulement il rassemble un savoir intimidant qui invite son lecteur – en tout cas le lecteur que je suis – à l'humilité, mais il trace à travers ce savoir un chemin franchement original. Sans rien céder sur la complexité de la matière tant technique que théorique dont se compose le droit administratif, il parvient à en *dédramatiser* la présentation.

On ne cherchera donc pas ici à produire une lecture critique de l'entreprise menée par l'auteur tout au long des 1500 pages de son « manuel ». Un autre choix a été réalisé qui consiste à faire principalement retour sur ce qui constitue, à mes yeux, la marque la plus originale de ce *Droit administratif général*, c'est-à-dire la démarche intellectuelle qui le soutient. En conséquence de ce choix, il sera surtout question dans les considérations qui vont suivre de ce que B. Plessix appelle, par fidélité à la Tradition, les *Éléments* du droit administratif. C'est là en effet, dans la première partie ainsi intitulée de son ouvrage, que l'auteur identifie et décrit les ressorts intellectuels de cette discipline scientifique que constitue le droit administratif, tandis que sous le titre *Institutes* la deuxième partie dresse l'état des lieux propre à ce composé juridique qu'est le droit administratif.

Esquissons dès à présent une première caractérisation de notre livre. Il forme un système dont l'unité suppose une combinaison subtile de propriétés contrastées : ainsi est-il d'une extrême rigueur, mais cette qualité ne l'empêche nullement d'être par ailleurs foisonnant ; tout en étant d'une grande actualité, par ses problématiques autant que par la matière juridique qu'il expose, le travail de B. Plessix prend dans l'histoire de l'administration et de son droit de très nombreux appuis ; s'il présente une cartographie du droit administratif français en investissant les ressources de la tradition doctrinale, il ne manque pas pour autant de soumettre cette même tradition à une très personnelle réflexion critique ; enfin, si l'ensemble monumental auquel donnent forme ces 1500 pages de texte est susceptible de trouver place sous la rubrique « manuel », on ne peut s'empêcher de penser que l'entreprise de B. Plessix ne traverse ce genre académique que pour mieux s'en émanciper !

¹ L'usage de ce terme exige force guillemets. Leur raison trouvera explication plus loin. En attendant, contentons-nous d'observer que le *Droit administratif général* de B. Plessix est publié dans la collection « Manuel » des éditions LexisNexis.

Il ne saurait bien sûr être question, dans les limites du présent travail, de revenir sur chacune de ces propriétés. Un mode de lecture globale s'impose, qui privilégie les grands apports du livre. Ceux-ci sont particulièrement marquants sur le terrain, si sensible, de la *méthode*. L'usage de ce terme n'est jamais sans risque. Il faut en préciser le mode d'emploi. En l'occurrence, il recevra ici un double sens. Il concerne tout d'abord la manière propre à B. Plessix de *faire du droit administratif*, c'est à dire de penser cette discipline². Ainsi entendue la méthode concerne donc la science du droit administratif. Retenons cette expression même si l'auteur n'en ferait probablement pas le choix ! Mais la méthode, c'est encore autre chose : elle intéresse aussi, quand elle ne le codifie pas, le *mode d'exposition* de la matière juridique. La question change alors de registre. Il ne s'agit plus de savoir de quel droit administratif l'auteur nous parle, mais dans quel type de livre ce droit peut trouver un support explicatif. En cette affaire qui relève de la didactique du droit administratif³, l'apport de B. Plessix mérite pour le moins commentaire.

« FAIRE » DU DROIT ADMINISTRATIF

S'il est un registre sur lequel notre auteur se distingue, c'est bien celui-là : il est rare qu'un ouvrage se présentant sous la forme d'un « manuel » de droit administratif commence par mettre ses lecteurs en situation de réfléchir sur son programme épistémologique. Car c'est bien cela qui est ici en jeu, sur un mode condensé dans les sept pages de la *Préface*⁴, de façon plus diluée tout au long de la première partie du volume. B. Plessix prend le temps de décrire ses choix méthodologiques, il s'explique longuement sur ce qu'il délaisse comme sur ce qu'il retient et nous fait assister au processus d'élaboration de ses propres outils intellectuels. Cette manière de procéder qui implique un constant retour sur soi pour mieux rendre visible le tracé d'une pensée en actes n'est guère courante, force est d'en convenir, dans la littérature académique.

Les développements qui suivent ne prétendent pas à une reconstitution fidèle et intégrale de ce programme épistémologique. Ils sont, eux aussi, délibérément, le produit de certains choix, conduisant à relever ceux des points qui, dans le cours de la lecture, me sont apparus – à tort ou raison⁵ – comme les plus problématiques. Non pas dans le sens où ils feraient problème, par exemple en raison d'une quelconque insuffisance ou déficience, mais tout simplement parce qu'ils se lisent comme autant d'invitations à la discussion. Une fois accomplie la description de ces éléments programmatiques tels qu'ils nous sont livrés par B. Plessix, la question

² À propos de l'expression « faire du droit administratif », voir, pour analogie, F. MELLERAY, « Marcel Waline et la manière française contemporaine de faire du droit administratif », *RFDA*, n° 1, janvier-février 2014, p. 145-150

³ Voir sur cette notion, J. GATTI-MONTAIN, « La didactique », in P. ALLIES *e. a.* (dir.), *L'administration dans son droit. Genèse et mutation du droit administratif français*, Paris, Publisud, 1985, p. 107 *sqq.*

⁴ Par son exceptionnelle densité, ce texte mériterait de faire l'objet d'une analyse spécifique.

⁵ La Table Ronde organisée à l'initiative de l'Institut Michel Villey, le 6 décembre dernier, autour du livre dont il est ici question a permis d'identifier, voire de lever, certains des malentendus entre l'auteur et ses lecteurs. Les remarques qui composent la première partie du présent exercice ont été conçues avant discussion avec B. Plessix. Le texte qu'on va lire a été volontairement maintenu dans sa teneur initiale. Certaines des questions qu'il pose gagneraient à présent à recevoir une autre formulation.

sera posée de leur usage par l’auteur. Car la distance est réelle entre la démarche revendiquée et celle effectivement mise en œuvre. Or cet écart – et le paradoxe n’est qu’apparent – fait toute la force du livre !

LE PROGRAMME ÉPISTÉMOLOGIQUE REVENDIQUÉ PAR B. PLESSIX

Tout le travail qu’accomplit B. Plessix dans la première partie de son « manuel » consiste à fonder et conforter une conception du droit administratif parmi d’autres également envisageables, mais dont les bases intellectuelles lui semblent manquer de solidité. Son texte chemine donc entre les différentes entreprises théoriques entre lesquelles la discipline se partage. S’il en relève les insuffisances et les écueils, il y prend aussi tous les appuis nécessaires au tracé d’un parcours original. L’auteur ne se pose surtout pas en spectateur de la doctrine du droit administratif dont il se proposerait de décrire après classement le paysage intellectuel, en y ajoutant par contraste ses marques personnelles. Cette doctrine, il se l’approprie, la fait circuler dans son propre texte pour faire advenir son *Droit administratif général*. Rendre compte d’une pareille pratique de l’« inter-textualité » ne relève pas de l’évidence ! On tentera de mettre en valeur cette démarche à travers certains des choix théoriques qu’accomplit B. Plessix pour définir une posture bien particulière dans le champ du droit administratif. L’importance ici donnée à ces choix n’a, en l’occurrence, aucun besoin d’une justification particulière : ils font l’objet d’une « exposition » spécifique dès la *Préface* de l’ouvrage, ce texte-manifeste dont ils constituent même la vraie raison d’être.

S’il faut situer d’un mot la position qu’occupe le livre de B. Plessix sur l’échiquier doctrinal, on dira qu’il est clairement du côté du positivisme, à condition d’ajouter que ce positivisme-là, s’il n’est aucunement douteux, ne s’affirme qu’avec beaucoup de retenue. On pourrait en parler comme d’un *positivisme modéré*⁶. Cette qualification est des plus sérieuses. Notre auteur ne manque pas de prendre bien vite ses distances avec les formes qu’il juge trop radicales du positivisme kelsénien⁷, comme avec la théorie du réalisme juridique, telle qu’elle a trouvé en France son expression dans les travaux de M. Troper. Plus largement, c’est avec l’idée même d’une science du droit que B. Plessix affiche un franc désaccord. Aux démarches qui s’en réclament, il reproche un trop grand formalisme, une écriture dogmatique étrangère à la vie ordinaire du droit, réduite selon ses termes à « une expérience de

⁶ Entendez par cette formule que le droit administratif de B. Plessix est une production délibérée, posée par des autorités politiquement habilitées à exercer pareille fonction. Ajoutons pour faire bonne mesure que l’auteur démontre sa fidélité à la thèse d’une construction hiérarchique du droit, contre ceux pour qui la pyramide se serait définitivement écroulée (voir en ce sens p. 216 *sqq.* les développements du n° 180 – *La pyramide tient-elle toujours debout ?*).

⁷ S’il se détourne de l’œuvre de Kelsen, l’auteur n’en fait pas moins une lecture serrée qui le distingue d’exégètes un peu pressés dont il dénonce au passage les fréquents contresens. De sa longue réflexion sur *La valeur des sources*, retenons notamment ces propositions éclairantes de la p. 220 : « Trop de juristes se soumettent aux dogmes comme on s’aliène à un maître : ils jugent nécessaire d’abandonner la pyramide formelle parce qu’ils croient qu’elle est le droit positif, et imputent à celle-là tous les malheurs de celui-ci. Et il en va souvent des concepts juridiques comme des produits de l’intellect humain : le juriste se laisse enfermer dans des carcans qui n’étaient à l’origine que purs jeux de l’esprit ; il ne voit d’autre issue que de les rejeter, plutôt que de les relativiser. La pensée propose, mais le droit dispose. »

laboratoire⁸ ». Le juriste qui est à l'œuvre derrière le *Droit administratif général* se veut d'une autre nature : plus artiste que savant. Son livre, dont la *Préface* sollicite par deux fois le patronage emblématique de Nietzsche⁹, multiplie d'ailleurs les références à la notion d'*art juridique*¹⁰.

Appliquant cette orientation générale au cas spécifique du droit administratif français, B. Plessix se fait, en toute connaissance de cause, promoteur d'une discipline très spécifique, parce qu'indexée sur un objet juridique spécial. Caractérisant la matière constitutive du droit administratif, il prend soin de préciser qu'elle n'est ni tout le droit applicable à l'administration, ni même l'ensemble du droit public auquel cette dernière est soumise. Tel qu'il le pense, « le droit administratif a été construit à travers un prisme contentieux¹¹ », celui dont le conseil d'État assure le réglage. Ainsi conçu, ce droit est fort de son *autonomie*, au sens où « il ne comprend que les règles juridiques spéciales et dérogatoires au droit privé en vertu desquelles s'accomplissent des missions spécifiques¹²... ». Autant de thèses qui font découvrir la place qu'occupe B. Plessix dans le débat épistémologique relatif au droit administratif français : il se range ici manifestement aux côtés de G. Vedel dans la longue controverse qui l'opposa à C. Eisenmann à propos des bases constitutionnelles du droit administratif¹³.

⁸ Voir B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 174, n° 143.

⁹ Voir *ibid.*, p. XI-XII.

¹⁰ Voir notamment *ibid.*, p. 119, 227, etc. Sur l'approche du droit en termes d'art juridique, voir M. VILLEY, *Philosophie du droit*, t. 1, Paris, Dalloz, 1982, p. 45 *sqq.* et *Philosophie du droit*, t. 2, Paris, Dalloz, 1979, p. 61 *sqq.* et p. 221 *sqq.*

¹¹ Voir B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 376.

¹² *Ibid.*, p. 376.

¹³ On pense plus particulièrement ici à la fameuse « Préface de la septième édition » de son manuel de *Droit administratif* écrite par G. Vedel en janvier 1980 (G. VEDEL, *Droit administratif*, Paris, PUF, 1980, p. 19-38). On y trouve cette manière de définir le droit administratif, p. 30, à laquelle souscrit B. Plessix : « Ce que je revendique, c'est le droit de constituer comme objet d'étude – à la condition de ne pas confondre un "système" juridique avec un ordre juridique – un ensemble de normes ayant entre elles des relations structurelles s'expliquant d'ailleurs tant en amont par l'histoire qu'en aval par la finalité. La méthode ne me paraît pas abusive, à la condition de bien définir à quoi et jusqu'où le corps de règles ainsi considéré et appelé "droit administratif", est applicable ». Nous sommes ici bien loin de la méthode définie par C. Eisenmann pour « dégager » la structure du droit administratif français dans laquelle entrent du droit privé aussi bien que du droit public. Voir son cours de l'année 1951-1952, *Définition et structure du droit administratif*, dans C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. 1, Paris, LGDJ, 1982, p. 15-153. Dans le même ordre d'idées, on perçoit tout ce qui sépare les conceptions définies par B. Plessix, de celles avancées par P. Amselek, lors de sa controverse avec R. Chapus. Répondant à l'étude de ce dernier (R. CHAPUS, « Le service public et la puissance publique », *RDPA*, n° 2, 1968, p. 235-282), le premier faisait notamment l'observation suivante : « La seule manière de rendre compte du droit positif est de faire abstraction de toute idée hiérarchique : les règles applicables à l'administration ne sont pas en principe celles régissant les particuliers ; ce ne sont pas non plus en principe des règles spéciales différentes. Le régime juridique de l'action administrative tel qu'il s'est constitué au fil des textes et des solutions jurisprudentielles, comporte à la fois des règles différentes de celles du droit privé et des règles analogues à elles, sans que l'une de ces catégories de règles ait vocation de principe à prévaloir et à constituer le droit commun de l'administration » (voir P. AMSELEK, « Le service public et la puissance publique. Réflexions autour d'une étude récente », *AJDA*, 1968, p. 492 *sqq.*).

Il me faut faire retour sur la notion d'autonomie déjà soulignée plus haut. Notre « manuel » en fait une sorte de matrice intellectuelle générant des développements multiples. L'auteur l'installe dans un champ sémantique où elle entre en résonance constante avec les notions connexes de spécificité et de spécialité notamment. Ce champ, il le construit au terme d'un processus de sélection : son cheminement se dessine à travers trois grands refus qui caractérisent une façon bien particulière de *faire* aujourd'hui du droit administratif. Pour donner à ce savoir toute son autonomie, le juriste doit le mettre à l'abri des risques de l'hybridation, et, selon B. Plessix, ces risques sont susceptibles de prendre trois formes : celle de l'*interdisciplinarité* dont il va jusqu'à dénoncer la « tyrannie¹⁴ », celle du *comparatisme* dont la logique même ne saurait être considérée comme une nécessité là où il s'agit de caractériser le seul système juridique de l'administration française, celle enfin du *politique* dont l'invocation ne prendrait sens qu'en dehors du champ de la juridicité. Bref, pour l'auteur, « faire » du droit administratif c'est l'appréhender tout entier dans sa pleine autonomie disciplinaire, en se gardant de toutes ces tentations, stimulées par les modes intellectuelles, qui poussent à dissoudre la matière juridique dans la configuration générale à laquelle elle appartient.

Voilà qui semble donc nous mener tout droit à la formulation d'un jugement global du type : c'est fort de cette orientation épistémologique que B. Plessix propose un *Droit administratif général* on ne peut plus convaincant. Reste que l'analyse du livre met le lecteur face à une situation autrement complexe. C'est que le programme d'autonomisation du droit administratif qu'il revendique n'est pas franchement celui de l'auteur ! Dans son livre B. Plessix ne manque jamais l'occasion de tisser des liens avec d'autres disciplines, de même qu'il multiplie les comparaisons et ne se prive nullement de parler politique. Il fait donc lui-même la démonstration, et elle est en l'occurrence spécialement éloquente, que le droit administratif n'est pas, parce qu'il ne peut pas l'être, réductible... à lui-même !

LE PROGRAMME ÉPISTÉMOLOGIQUE DÉCLINÉ PAR B. PLESSIX

Il y a au principe même du travail examiné ici une pratique de la *transgression* qui en fait tout l'intérêt : l'auteur élabore une démarche tout en donnant les preuves qu'il lui faut penser contre elle ; il en vient dans le cours de sa réflexion à défendre les thèses dont il estime qu'il est nécessaire de se déprendre. Il leur confère du même coup une force propre qu'il est difficile d'imputer aux modes intellectuelles de l'époque ou aux présupposés idéologiques de la doctrine qu'il vise. Regardons d'un peu plus près les trois grands refus par lesquels B. Plessix construit son identité intellectuelle.

a) Il en est ainsi pour l'interdisciplinarité : s'il annonce d'emblée devoir penser contre elle son droit administratif, c'est pourtant bien avec elle qu'il le fait. Son texte donne tous les éléments justifiant que l'on puisse pratiquer l'interdisciplinarité sans pour autant édulcorer l'expérience vivante du droit administratif, dans ce qu'elle a de plus singulier et d'irréductible. Voilà un « manuel » dont l'auteur dit la nécessité de se détourner de l'interdisciplinarité pour mieux nous y plonger. Le positivisme qui s'y expose a ses propres exigences : le droit qu'il informe ne se résume pas au système institué des règles dont le juriste doit assurer la description,

¹⁴ Il en est très tôt question, dès le n° 7 de la p. 6.

il est encore un instrument d'analyse d'une réalité travaillée par la juridicité. On comprend alors pourquoi l'interdisciplinarité se fait nécessaire¹⁵. Comme l'écrit A. Supiot : « Pour être féconde l'analyse juridique ne doit donc se fermer ni à l'univers des faits, ni au ciel des valeurs, ni au monde des formes. Autrement dit, elle ne doit pas confondre objectivité et autosuffisance¹⁶ ». Loin de contribuer à on ne sait quelle entreprise de dissolution du droit, la pratique de l'interdisciplinarité permet au juriste d'éclairer le juridique de l'extérieur, pour mieux y faire retour après l'avoir enrichi par l'usage d'autres « points de vue ». Prenons, parmi bien d'autres exemples, le traitement en termes juridiques de l'approfondissement des politiques de décentralisation¹⁷. Ici peut-être plus qu'ailleurs les juristes peuvent trouver dans le travail des sociologues de l'action publique territoriale des éléments de lecture qui valent pour le droit lui-même¹⁸. B. Plessix en convient d'ailleurs lui-même qui, soulignant les limites de l'analyse juridique appliquée à l'administration des territoires, ouvre ses développements aux enseignements de la science politique¹⁹.

b) Il en va de même avec le comparatisme. On peut parfaitement comprendre les réserves et les scrupules d'un auteur soucieux d'organiser son projet autour du seul cas du droit administratif français. Il serait plus difficile de le suivre si d'aventure il procédait à l'exécution scrupuleuse d'un pareil programme. Mais là encore, et on voit mal comment lui en tenir grief, il fait tout autre chose, soulignant les mérites du travail des comparatistes et multipliant lui-même les recours à la comparaison²⁰. Le déni du comparatisme serait en effet aujourd'hui un bien étrange

¹⁵ Au soutien de cette thèse, c'est toute la « Préface » de l'ouvrage qu'il faudrait mobiliser. Retenons ce passage de la p. XIII où l'auteur s'explique sur son choix d'une méthode *généalogique*, plutôt qu'historique : « C'est pourquoi la généalogie ou la géologie est préférable à l'histoire, puisqu'il ne s'agit pas de sombrer dans l'évocation nostalgique du passé, de reconstituer des paternités rêvées ou d'établir des filiations artificielles, de demander au passé d'éclairer le présent et de prédire l'avenir, encore moins de vivre dans l'illusion d'un retour aux sources de la pureté initiale d'une règle de droit, au prétendu temps béni d'un Eden juridique perdu. Mais puisqu'il ne s'agit pas de replonger une règle de droit dans son contexte, il faut bien jeter un coup d'œil en arrière ; puisqu'une telle règle est le résultat de l'accumulation et de la stratification de tout un complexe de faits et d'idées, il faut bien essayer d'opérer des fouilles archéologiques, de faire le tri entre les couches initiales et les sédiments qui se sont amalgamés. Il faut tenter un travail d'épuration ou de mise à nu, afin de faire justice des véritables circonstances au vu desquelles une règle de droit a été édictée, des représentations mentales sur lesquelles elle s'est appuyée, des partis pris qui l'ont façonnée, des vues de l'esprit qui se sont greffées sur elle, des interprétations qui l'ont déformée, des croyances ou des dogmes auxquels elle a donné naissance, des mythes qu'elle a engendrés ». On reconnaîtra derrière ces lignes la conception sédimentaire de l'histoire institutionnelle que défend P. Legendre (voir P. LEGENDRE, *Vues éparses*, Paris, Mille et une nuits, 2009, p. 114 *sqq.* et *id.*, *Fantômes de l'État en France*, Paris, Fayard, 2015, p. 19 *sqq.*). Elles nous font aussi comprendre pourquoi leur auteur doit emprunter largement aux grammaires de la science administrative, de la philosophie politique ou de la sociologie notamment. Voir en ce sens ses références (par exemple, p. 236 et 248) aux œuvres de M. Weber ou de P. Rosanvallon.

¹⁶ Voir A. SUPIOT, *Grandeur et misère de l'État social*, Paris, Fayard et Collège de France, 2013, p. 41.

¹⁷ Voir B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 26 *sqq.*

¹⁸ Pour de plus amples développements sur le sujet, je prends la liberté de renvoyer à mon ouvrage : J. CAILLOSSE, *Les mises en scènes juridiques de la décentralisation. Sur la question du territoire en droit public français*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2009.

¹⁹ Voir en particulier B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 283 *sqq.*

²⁰ Voir par exemple, *ibid.*, p. 233.

pari : la thèse de l’ancrage national et de la résilience des cultures juridiques est quelque peu malmenée par la globalisation comme par l’eupéanisation de l’action publique. Le droit n’est pas épargné par les phénomènes de dé-territorialisation. Et, c’est ce mouvement-là qui crée des conditions de possibilité favorables à une nouvelle problématique de la comparaison²¹. Insistons : il ne s’agit pas de céder à une mode quelconque, en célébrant une forme de comparatisme obligé, mais d’adapter les méthodes du droit à des processus structurels qui ébranlent l’ancrage territorial des pratiques juridiques²². Pour le dire à la manière de P. Legendre, c’est la question même du *nationalisme* de notre système juridique qui est ainsi relancée. Mais notre auteur n’en ignore rien, dont le livre fourmille d’exemples où tout l’intérêt du comparatisme se démontre.

c) Reste le troisième des choix méthodologiques affichés en amont du *Droit administratif général* : soit une volonté, sans cesse réaffirmée, d’en préserver l’autonomie en le tenant à l’abri des dérives politiques qui le menacent. Alors que, sous l’influence des sciences sociales, le droit administratif tendrait de plus en plus à fonctionner comme une « discipline tirillée entre le droit politique et la science administrative²³ », l’ambition de B. Plessix est de le rétablir dans sa pleine juridicité, c’est à dire de le considérer comme « une matière autonome, stable, authentiquement juridique²⁴ ». Le texte qui nous est donné à lire confirme-t-il cette position de principe ? Force est de donner une réponse clairement négative à cette question. Écrit contre les égarements politiques d’une certaine doctrine de droit public, le « manuel » qui est pris pour objet du présent exercice se présente lui-même comme une production politique. La force du livre n’est d’ailleurs pas étrangère – faut-il l’ajouter ? – à cette caractérisation.

Contrairement à la thèse qu’il affirme porter, à savoir la défense d’un pur programme juridique de connaissance du droit administratif, B. Plessix est fatalement conduit à parler de politique. La topographie disciplinaire dont il se prévaut relève de l’imaginaire, de son imaginaire. Mais à travers son écriture juridique c’est bien une réalité politique qu’il décrit. Une fois de plus les travaux de C. Eisenmann, notamment lorsqu’il interroge la contribution de Kelsen aux sciences du droit²⁵, s’avèrent ici d’un grand secours. Retenons ces quelques observations. Placé sous leur éclairage notre problème semble bien trouver une solution :

... je pense que les problèmes du droit positif ne sont pas les seuls problèmes juridiques ; et je n’accepterais pas la proposition que norme juridique implique en soi positivité ; c’est seulement à l’idée de norme juridique valable dans une société donnée que ce caractère de positivité est inhérent, à mon avis. La constitution de l’armature intellectuelle des Sciences du droit, des concepts-cadres est

²¹ Voir en ce sens, A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Paris, LGDJ, 2003.

²² Là-dessus, voir aussi M. DELMAS-MARTY, *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, Paris, Fayard et Collège de France, 2003.

²³ Formule tirée de B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 10.

²⁴ *Ibid.*, p. 73.

²⁵ Voir en particulier C. EISENMANN, « Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen » et « Sur la théorie kelsénienne du domaine de validité des normes juridiques », in C. LEBEN (dir.), *C. Eisenmann. Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d’idées politiques*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 395 sqq. et p. 405 sqq.

essentiellement affaire de la “Science normative”. Mais quand il s’agit de comprendre un ordre juridique concret, c’est-à-dire l’ordre juridique d’une Société donnée et des rapports entre ordres juridiques concrets, le point de vue “extra-normatif” est indispensable. Et, enfin, comment le juriste pourrait-il ne pas se réjouir si la connaissance des faits relatifs au droit progressait sérieusement²⁶ ? ».

Allant au terme de cette logique G. Timsit est parfaitement fondé à faire valoir que « La théorie pure du droit n’exclut donc nullement que le juriste puisse être, du même mouvement et parce que précisément il est juriste, politiste également ». C’est que, poursuit l’auteur, selon Eisenmann, « la science juridique est bien l’une des sciences politiques²⁷ ».

Or, cette problématique est bien celle que développe B. Plessix. Quoi qu’il en dise, il traite du droit administratif comme d’un droit politique. Son refus de considérer ce droit comme une œuvre politique ne l’empêche nullement d’en faire apparaître la nature profondément politique. S’il en fallait une preuve parmi d’autres, l’analyse de son vocabulaire la produirait d’emblée : il en va ainsi de l’usage systématique des termes d’État et de Pouvoir que la science politique s’emploie à croiser pour penser son propre objet. Mais l’usage récurrent des notions d’idéologie ou de comportements idéologiques contribue également à « tirer » l’analyse du droit sur le terrain du politique. Aucune de ces constatations ne saurait provoquer l’étonnement : le droit administratif fait partie de ces « objets » par lesquels le pouvoir s’exprime et s’exerce, en le rendant tout à la fois audible et visible. Tout cela peut parfaitement se dire à la manière de B. Plessix, par exemple comme ceci :

Si le droit administratif s’est doté de principes généraux non écrits, ce n’est pas pour combler des lacunes, mais parce qu’il a fallu organiser le multiple, structurer le détail, simplifier le complexe, en vue d’une meilleure soumission du Pouvoir au Droit, plus lisible pour l’Administration, plus protectrice pour les administrés²⁸.

*
**

Telles sont, à mes yeux, les principales exigences méthodologiques auxquelles B. Plessix a dû répondre pour tracer un chemin original dans le champ encombré et disputé du droit administratif. Le travail d’auto-réflexion qu’il a réalisé pour mettre ses lecteurs en situation de suivre la production « en train de se faire » de son *Droit administratif général* est assurément l’une des grandes leçons de son ouvrage. Mais il en est une autre : l’auteur se distingue encore par une manière tout à fait personnelle d’exposer les résultats de sa recherche. Il nous invite en cela à un questionnement sur la notion même de manuel comme sur le statut de ce genre académique.

²⁶ Ch. EISENMANN, « Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen », art. cité, p. 403-404.

²⁷ Voir G. TIMSIT, « Science juridique et science politique selon Charles Eisenmann », in P. AMSELEK (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986, p.15-29.

²⁸ Voir B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 52.

EXPOSER LE DROIT ADMINISTRATIF

En publiant son ouvrage dans la collection « Manuel » bien connue des éditions LexisNexis, B. Plessix ne manque pas de s'exposer lui-même – mais il le fait bien sûr à dessein – à certaines interrogations qu'il ne faudrait surtout pas considérer comme convenues. Car, et c'est bien le moins qu'on puisse en dire, son travail peut difficilement se lire comme s'il ne s'agissait que d'un manuel parmi d'autres. Admettons que ce livre savant serve aussi d'enveloppe à un manuel – et, après tout, la deuxième partie de l'ouvrage en emprunte aussi les modes habituels de conception, les grands thèmes ainsi que l'organisation générale du propos –, il n'en crée pas moins son propre genre, tant il pratique l'*écart* vis-à-vis des codes académiques ordinairement mis en œuvre²⁹. Si l'auteur n'ignore rien de ces codes, il sait en jouer pour mieux les tenir à distance. Cette prise de distance voulue à l'égard du modèle d'écriture juridique que constitue le manuel dans les Facultés de droit, est doublement perceptible : elle est marquée tout à la fois dans les formes que sollicite le texte et dans les contenus ainsi mis en forme.

FORMES

Cette rubrique pourrait se prêter à d'amples développements, car B. Plessix construit aussi son identité intellectuelle à partir des formes qu'il donne à son discours : celles dont il hérite de la tradition doctrinale tout en les interprétant souvent à sa manière, et celles qu'il fabrique pour assurer la « mise en scène » de son texte. Je m'en tiendrai à des observations de deux types, relatives à deux des modes de distinction grâce auxquels le *Droit administratif général* examiné ici renouvelle le genre du manuel : les unes concernent la présentation matérielle des développements, les autres le ton retenu pour les faire entendre.

La présentation matérielle du texte

B. Plessix n'est certes pas le seul à exploiter les ressources offertes par la police de l'écriture. Mais il y a dans son livre un jeu entre petits et grands caractères qui est organisé à des fins bien particulières. Il ne s'agit pas simplement, comme cela est bien souvent le cas, soit de marquer la différence entre ce que l'auteur tient pour essentiel et ce qui l'est moins, soit d'enrichir le propos général d'observations ou de références complémentaires³⁰. Derrière ces jeux codés de l'écriture, c'est un projet théorique qui trouve une expression formelle. Dans les très nombreux passages en petits caractères de son ouvrage, B. Plessix ouvre avec ses lecteurs quantité de *boîtes de dialogue*. À bien y regarder, elles sont de deux ordres : les unes permettent

²⁹ Cette prise de distance n'empêche nullement l'auteur de montrer par ailleurs une pleine fidélité à toute une tradition académique, en l'occurrence celle de la doctrine dominante de droit public dont il peut justement se réclamer

³⁰ Voir pour illustration les célèbres « observations complémentaires » des manuels de R. Chapus, ou encore les rubriques « pour aller plus loin » ouvertes par J. Moreau dans son *Droit administratif* (J. MOREAU, *Droit administratif*, Paris, PUF, 1989) ou « pour approfondir » dans l'ouvrage *Droit administratif* de P. Chrétien, N. Chiffлот et M. Tourbe (P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT et M. TOURBE, *Droit administratif*, Paris, Sirey, 15^e éd., 2016).

le débat avec cette doctrine dominante³¹ dont l'auteur partage fondamentalement les vues ; les autres servent de cadre pour la discussion avec les doctrines dont il réfute les thèses.

Tout en se reconnaissant dans l'univers mental d'une certaine doctrine du droit administratif, B. Plessix n'engage pas moins dans son livre la discussion avec ses représentants. Ici il n'est pas tant question de désaccord(s) que d'une sorte d'insatisfaction intellectuelle. Il relève des insuffisances, complète, enrichit et met en situation. Ce faisant, il désigne les limites d'une manière traditionnelle d'écrire sur le droit positif, qu'il contribue ainsi à faire plus ou moins bouger et à déplacer³². De cette façon de procéder, son livre donne de multiples applications. Ainsi est-il noté, dans un long paragraphe intitulé « *Grandeur et décadence de la loi ?* » :

En réalité, les juristes contemporains font preuve d'une attitude paradoxale : épris de modernité, soucieux d'explorer les voies nouvelles de la régulation juridique, en lutte contre leurs ancêtres et contre toute science du droit étroitement réduite à la lecture fétichiste des textes, ils dénoncent les maux de la loi moderne en la jugeant à l'aune de la vision idéalisée de la loi qu'ils condamnent par ailleurs. Pour mieux se désoler du triste sort de la loi, ils exploitent la vision d'une loi rationaliste et formaliste ; ils vivent paradoxalement dans la nostalgie du temps mythique de la loi, telle que l'avait seul rêvée Rousseau ou les juristes épris de géométrie³³.

C'est au même genre d'opération intellectuelle que procède B. Plessix pour répondre à la question « *D'où viennent les principes jurisprudentiels ?* ». Il s'emploie à souligner les limites et insuffisances des deux grands types de réponse qui s'opposent sur le sujet³⁴ :

il apparaît plus utile de s'écarter d'une réflexion abstraite et d'adopter une méthode concrète et contextualiste propre à chaque matière juridique et à chaque système judiciaire au nom de l'idée que toutes les juridictions n'occupent pas la même place dans un système institutionnel et que le droit positif ne leur confie pas les mêmes missions. Or, dans le cas du droit applicable à l'Administration, plusieurs facteurs propres au système administratif français éclairent en effet les raisons singulières qui, même au sein d'un ordre juridique légaliste, justifient en l'espèce le pouvoir normatif du juge. De sorte que le cas particulier du droit administratif ne remet pas en cause le sort d'autres droits et d'autres juges nationaux.

Là où B. Plessix s'affirme clairement en opposition avec des auteurs dont son texte sollicite pourtant les travaux, quelque chose d'autre et d'essentiel se joue :

³¹ Il ne m'est guère possible de m'étendre ici sur le recours à cette « catégorie ». Pour une tentative d'explication, voir la « Postface » de la 2^e édition de décembre 2017 de mon ouvrage *État du droit administratif* (J. CAILLOSSE, *État du droit administratif*, Paris, LGDJ/LexisNexis, 2^e éd., 2017).

³² De ce fait les développements de B. Plessix sont toujours à plusieurs voix, un peu à la façon dont « fonctionne » le contrepoint en musique. L'auteur fait régulièrement référence à la Tradition – n'hésitons pas à lui donner une majuscule – des publicistes et des administrativistes. Une Tradition qu'il assume pleinement ou dont il se tient à distance, en fonction des sujets abordés. Mais son texte ne se présente jamais comme la mise à plat pure et simple du droit existant. Il vaut en même temps commentaire des thèses classiques que la matière traitée a pu susciter.

³³ Voir B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 37.

³⁴ Voir *ibid.*, p. 50-53.

l’auteur a commencé par rappeler, et il l’a fait en l’occurrence en usant des *gros caractères*, la tradition doctrinale dont il se réclame. Mais il n’ignore rien de la littérature qui sur le même sujet s’est construite en empruntant d’autres chemins de pensée. Cette autre littérature est présentée aux lecteurs en *petits caractères*. La force du travail de B. Plessix et, disons-le, sa rareté, est là aussi : elle sait faire entendre les thèses minoritaires, dissonantes, en les associant en quelque sorte au discours majeur. Tout se passe donc comme si l’auteur du *Droit administratif général* organisait lui-même les conditions qui vont rendre possible la critique de son propre travail, tout en s’appropriant par avance (matériellement s’entend) cette critique devenue matière à part entière du manuel³⁵.

Le ton de l’ouvrage

Dans une réalisation aussi codée que peut l’être l’écriture d’un manuel, cette question du ton n’a rien d’accessoire. Les modes de réponse que lui donne B. Plessix participent pleinement de ces *déviations* qu’il fait subir aux pratiques doctrinales les plus consacrées. La problématique du ton – mais on pourrait aussi parler de tonalité – est susceptible d’être abordée de deux façons certes différentes, mais qui sont toutes deux également porteuses d’une volonté de renouvellement – terme dont on admettra sans mal l’emploi par euphémisme – du genre « manuel ».

Il y a tout d’abord ce fait notable que l’auteur s’adresse à ses lecteurs à la première personne du singulier. Il dit « je », au lieu d’intervenir, comme cela semble devoir se faire, sur un ton impersonnel, à la manière d’un agent neutre, tenant lieu de porte-voix anonyme pour le compte d’un droit en train de se dire ou de se raconter. L’originalité du texte de B. Plessix, c’est aussi cela : le refus du procédé rhétorique de l’objectivation auquel bien des auteurs de manuel ont recours, comme pour mieux s’effacer derrière le droit qui s’impose à eux et qu’ils n’auraient donc plus qu’à décrire. Ici, rien de tel. B. Plessix refuse de considérer le droit administratif comme un ensemble de données juridiques prêtes à la description. Rien n’est pour lui donné par avance. Il lui faut choisir, et choisir encore, pour faire advenir l’objet dénommé « droit administratif ». Tout cela nous est même annoncé par anticipation, dans une *Préface* dont on a dit plusieurs fois l’importance et qui a valeur d’*avertissement*. L’auteur emprunte cette forme où il se met en position d’*autoréflexion* sur l’élaboration de son livre, au lieu de chercher à se maintenir *hors de lui-même* pour mieux décrire son objet, puisque l’objectivité dépendrait tout entière du succès de cette tentative.

Viennent ensuite les moyens dont se dote B. Plessix pour se démarquer de ce qu’il considère comme une véritable *doxa*³⁶. Il en est ainsi d’une certaine forme d’ironie, rarement pratiquée dans le genre « manuel », où la distance critique par rapport à la matière exposée – qu’il s’agisse du droit positif et de ses lectures doctrinales – n’est guère tenue pour une ressource sérieusement exploitable. Or, il y a dans notre *Droit administratif général* comme une réaction, un rien ironique, contre un trop grand sérieux académique. Cette proposition mérite sans doute commentaire : elle ne signifie nullement qu’il ne faudrait pas prendre le droit administratif

³⁵ Voir pour démonstration *ibid.*, p. 655 *sqq.*, le chapitre consacré aux *caractères du droit administratif* et plus spécialement encore les développements relatifs à *l’autonomie du droit administratif*.

³⁶ On retiendra ici ce terme de *doxa* même s’il ne fait pas vraiment partie du lexique de l’auteur, lequel préfère invoquer les « modes intellectuelles du moment », ou mieux encore la « charge idéologique » des thèses qu’il ne partage pas.

au sérieux, mais énonce qu'il faut se méfier d'interprétations inappropriées, dès lors qu'à force de se vouloir scientifiques, elles finissent par ignorer la part de *jeu* – dans les deux sens de ce mot – ou de *bricolage* qui entre aussi dans la pratique juridique. B. Plessix n'a sûrement pas tort d'insister sur ce qu'il y a d'indéterminé dans la constitution même du droit administratif. Elle est indissociable de l'inconsistance juridique de certaines de ses catégories (pensons à ce qu'il en est de l'administration ou de l'entreprise publique par exemple), ou de ce que l'auteur appelle, non sans un peu de provocation, « la sage et belle indécision de la langue juridique³⁷ ». Sans doute pourrait-on faire entrer dans la même rubrique – celle de l'ironie – les prises de distance de B. Plessix à l'égard des nombreux *récits* qui alimentent les lieux communs de la discipline, qu'ils relèvent de sa vieille histoire – ainsi de ce mythe inusable de la crise du droit administratif³⁸ – ou des formes qu'elle est en train de prendre sous les effets convergents de l'analyse économique du droit et/ou des injonctions managériales.

À ce traitement ironique de ce que certains prismes de lecture doctrinaux font voir du droit administratif, s'ajoutent dans le texte les réactions agacées de l'auteur face à des thèses qui lui semblent provenir de l'« air du temps » plus que d'une analyse rigoureuse du droit positif. L'ouvrage plonge alors dans l'histoire du droit administratif en train de se faire, afin d'en déconstruire préjugés et idées fausses, tout ce que B. Plessix qualifie d'idéologie. Pareil engagement ne peut que rencontrer l'approbation. Sauf lorsque son souci d'échapper à la pensée qu'il tient pour convenue l'entraîne à des affirmations trop manifestement « rageuses » pour n'être pas discutables. On en veut pour preuve ces remarques pour le moins inattendues de la part d'un si grand connaisseur de notre système juridique : « Les juristes, comme tout le monde, ont la mémoire courte : ceux d'aujourd'hui, de nouveau imbus d'idéologies dans le vent, croient que le recul de l'État providence au profit du néolibéralisme traduit cette fois une privatisation du droit public ». Il vaut la peine de s'arrêter un instant sur ce jugement parce qu'il montre à quel point la situation actuelle du droit administratif s'offre à des interprétations contrastées. Il est surtout la preuve en acte qu'il ne suffit pas d'invoquer l'idéologie à l'œuvre dans la doctrine pour s'en libérer. Ici l'agacement face à une certaine critique du néolibéralisme, assimilée pour l'occasion à la doxa – ce dont il est tout de même permis de douter ! – conduit à l'adoption d'une position juridique difficilement tenable. La thèse selon laquelle on assiste depuis le milieu des années 1970 à une réduction tendancielle de l'espace social régi par le droit public ne peut être considérée comme un simple effet de mode porté par des « idéologies dans le vent ». La redistribution de l'espace juridique dans lequel évolue l'administration au bénéfice du droit commun constitue un phénomène juridique fort bien documenté³⁹. Les succès matériels et intellectuels du néolibéralisme ont bien eu pour contrepartie juridique le rétrécissement

³⁷ Formule tirée de *ibid.*, p. 12.

³⁸ Voir déjà en ce sens C. EISENMANN, *Le droit applicable à l'administration*, cours de l'année 1952-1953, dans *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, p. 529-763.

³⁹ C'est dans cette configuration que P. Legendre notamment a avancé son concept de « reféodalisation » (P. LEGENDRE, « Remarques sur la reféodalisation de la France », in *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, p. 201-211), repris par A. Supiot (A. SUPIOT, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du droit et renaissance féodale », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007, p. 19-44).

de la sphère publique au détriment de la sphère privée⁴⁰, et les critiques libérales du droit administratif⁴¹ – et celles que portent les administrativistes français vont évidemment dans le même sens – concernent d’abord et avant tout le surdimensionnement du droit exorbitant du droit commun. La privatisation juridique des fonctions administratives est bien le résultat recherché de choix préférentiels. Ces derniers occupent d’ailleurs, notons-le, une bonne part de l’enseignement actuel du droit administratif : tout cela qui, d’une manière ou d’une autre, relève de plus en plus, de ce qu’on appelle l’*externalisation* de l’action publique⁴². Certes, il faut compter avec la forte singularité de l’histoire étatique française et le pouvoir de résilience du droit administratif lié à l’existence d’un conseil d’État déterminé à n’être pas dépossédé de son champ de compétence ; certes, la sollicitation banalisée d’opérateurs privés ne se traduit pas mécaniquement par l’emploi du droit commun, mais rien de tout cela ne vaut inversion du mouvement dominant, celui d’une incontestable privatisation du droit administratif.

Consacrées au ton du travail produit par B. Plessix, ces dernières remarques nous portent insensiblement à l’examen des contenus originaux que l’auteur donne à son « manuel ».

CONTENUS

J’entends ici par « contenus » le montage intellectuel du livre. Avec lui s’expose en effet une manière d’élaborer le droit administratif dont on peut dire qu’elle n’est guère recherchée par les auteurs qui ont marqué et continuent de marquer le genre manuel. Les brefs développements qu’on va lire ne prennent pas précisément pour objet l’exposé *stricto sensu* des règles constitutives du droit administratif auquel se livre B. Plessix⁴³. Ils se donnent pour raison la réflexion très personnelle qu’il poursuit à propos des fondements conceptuels de la discipline. Au lieu de s’en tenir à l’analyse du mouvement qui constitue le droit administratif, l’auteur se met en quête de ses fondements et de ses ressorts intellectuels. C’est dans le cours de cette entreprise qu’il accomplit ses *écarts* les plus manifestes par rapport à la tradition académique et qu’il produit un manuel « hors les codes ».

La logique d’un pareil projet n’a rien d’évident. On doit pour l’appréhender imaginer la situation dans laquelle se trouve inmanquablement placé tout auteur lorsqu’il conçoit un manuel. Il est alors confronté à la nécessité de choisir entre deux modèles théoriques. Avec la première manière, il suppose que le droit administratif constitue un ensemble de données immédiatement perceptibles et s’imposant d’elles-mêmes. Son objectif est alors assimilable à celui d’un photographe : donner la meilleure image possible d’une réalité déjà là. Il lui appartient de s’en

⁴⁰ Voir F. BOTTINI (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, Paris, Mare et Martin, 2017.

⁴¹ Voir sur ce courant de pensée, F. DUBOIS, M. ENGUÉLÉGUÉLÉ, G. LEFÈVRE et M. LOISELLE, « La contestation du droit administratif dans le champ intellectuel et politique », in CURAPP, *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, p. 149-174.

⁴² Ce concept vient de faire l’objet de deux thèses remarquables. Voir L. VANIER, *L’externalisation en matière administrative. Essai sur la transposition d’un concept*, Université de Grenoble Alpes, décembre 2016 et R. RENEAU, *L’externalisation administrative. Éléments pour une théorie*, Thèse de droit public, Université de Montpellier, novembre 2017.

⁴³ Il le fait dans le deuxième volet de sa recherche, intitulé *Institutes*, par lequel il démontre son inscription dans la Tradition doctrinale.

saisir pour la rendre intelligible. Et, pour cela, il y a des grilles de lecture, des codes qui ont fait leurs preuves. Telle est, en pareille hypothèse, la fonction du manuel : reproduire la réalité juridique, en y « touchant » le moins possible, afin de la rendre accessible. Avec la deuxième hypothèse, on change de monde ! Elle implique de considérer le droit administratif comme une production intellectuelle à part entière. L'accès à la matière juridique n'est, ici, jamais direct; il passe par l'élaboration préalable d'outils théoriques. Leur maniement conditionne l'approche du droit administratif. On ne s'étonnera donc pas si ce dernier porte les marques de celui qui le *produit*.

En tant que discipline universitaire, le droit administratif est travaillé par les tensions auxquelles le soumettent ces deux grands modèles. Alors même qu'ils développent des forces très inégales. Invoquant, tout à fait légitimement, le souci pédagogique, la plupart des auteurs de manuel font, on le sait, le choix d'une présentation de type *narratif*⁴⁴ du droit administratif. Il faut comprendre par là qu'ils s'abstiennent d'entrer – ils le font bien sûr volontairement – dans le système aléatoire de production du droit administratif. L'argument avancé pour soutenir cette attitude est, pour le caractériser d'un mot, celui de la *naturalisation* : c'est dire que le droit administratif préexiste toujours à l'auteur qui en propose la mise en ordre. La grande question méthodologique à laquelle il se trouve confronté – on reconnaîtra bien volontiers qu'elle n'est pas mince ! – concerne le mode de description à développer, car, en tout état de cause, la matière est déjà là, qui attend d'être exposée. La voie empruntée par B. Plessix est tout autre. Plutôt que de se livrer à un travail exclusif et se suffisant à lui-même de reproduction ou de représentation du droit administratif, il fait le choix de la construction. Disons que l'auteur en prend le risque : il lui faut en effet s'exposer, à partir du moment où, ne prétendant plus reproduire un objet réputé déjà là, il décide de le construire, en choisissant ses matériaux. Son manuel se présente comme une œuvre qui s'accomplit à partir de choix subjectifs, montrant du même coup qu'il existe plusieurs manières de faire advenir le « droit administratif ».

La leçon est d'importance : il n'y a plus un droit administratif qui relèverait de la nécessité – et dont il reste à assurer la description. Son identité ne peut qu'être contingente, car tributaire des choix de celui qui l'élabore. On comprend qu'un ouvrage d'« initiation » au droit administratif comme celui-là, conçu selon les exigences de ce modèle, puisse, de prime abord, déconcerter. C'est qu'au principe même du genre « manuel » se trouve un paradoxe : plus est important l'investissement théorique de l'auteur, plus est grande l'inquiétude sur l'efficacité pédagogique de son livre. Voilà qui éclaire peut-être – mais il faudrait pour défendre sérieusement cette thèse engager des investigations qui, avouons-le, font ici défaut – le fait institutionnel suivant : la didactique du droit administratif français s'est largement fabriquée en marge de la théorie, sinon contre elle⁴⁵. Et, dans cette perspective, faire du droit administratif revient fatalement à décrire un objet réputé « prêt à l'emploi ». On s'en doute, cet exercice de description qui peut s'avérer, lui aussi, plus ou moins exigeant, est informé par des choix théoriques, même lorsqu'ils concernent des auteurs qui estiment pouvoir s'en dispenser ! Mais qu'importe, puisque

⁴⁴ J'emprunte cette qualification à C. JAMIN, *La cuisine du droit. L'École de Droit de Sciences Po : une expérimentation française*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2012.

⁴⁵ Voir en ce sens l'ouvrage collectif, demeuré sans véritable postérité, *L'administration dans son droit. Genèse et mutation du droit administratif français*, Paris, Publisud, 1985.

prévaut largement cette idée que le travail juridique de description du droit ne pourrait être donné comme *objectif* qu'à la condition d'être soustrait à la contingence d'une orientation théorique. Le *Droit administratif général* de B. Plessix obéit à une tout autre logique : dans ce livre où plusieurs voix se font entendre⁴⁶, le travail théorique est pleinement revendiqué, qui porte jusque sur les opérations de description et de catégorisation du matériau juridique.

*
**

Impossible de mettre en doute l'importance de l'ouvrage dont le compte-rendu – il en est quantité d'autres envisageables ! – vient d'être proposé ci-dessus. Pour le droit administratif – mais sa portée ne manquera pas de s'étendre au-delà des contours de son champ académique – dont il transforme les codes d'écriture, il agit comme le ferait une « machine à trier ». Avec lui, une sorte de grand ménage pourrait bien se faire : d'un côté, il y aurait tout ce qui résiste tant bien que mal à sa lecture renouvelée de la discipline, de l'autre côté ce que son avènement aurait rendu caduc, sinon inapproprié.

Au regard du travail réalisé par B. Plessix, chacun est en mesure de se livrer à une auto-évaluation. À titre personnel, car je vois mal comment échapper à la logique de ce bilan intellectuel, le *Droit administratif général* m'oblige, pour le moins, à une double interrogation sur de très vieilles « croyances ». La première concerne le statut même du genre « manuel » : non pas tel ou tel ouvrage en particulier, qui se présente à ce titre ou sous ce label, mais le genre lui-même, en tant qu'il est devenu l'expression institutionnellement consacrée de ce qu'est ou doit être aujourd'hui une discipline universitaire. Le livre que B. Plessix propose à notre lecture ouvre vraiment de nouvelles perspectives didactiques. Et c'est bien le moins qu'on puisse en dire. Avec lui, le droit administratif cesse d'être une matière très largement pré-jugée, il doit la faire advenir avant d'en entreprendre l'exposition méthodique. Ce cheminement est celui qu'organise le plan de l'ouvrage, qui présente les *Éléments* du droit administratif avant d'en décrire les *Institutes*.

Quant à la deuxième interrogation, elle porte sur ce qu'il en est aujourd'hui du positivisme des juristes de doctrine. Celui de B. Plessix – car, comme on le sait, l'auteur fait état de ses préférences pour ce courant de pensée – donne lieu à une pratique plutôt singulière : il va de pair avec un travail incessant de *contextualisation* du droit. Du coup, c'est une tout autre histoire qui s'annonce : sommes-nous ici toujours confrontés à la logique du positivisme ?

Jacques Caillosse

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas, CERSA/CNRS. Il est notamment l'auteur de *La constitution imaginaire de l'administration*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 2008 ; *Les mises en scène juridiques de la décentralisation. La question du territoire en droit public français*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », Paris, 2009 ; *L'État du droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », Paris, 2015 (2^e éd. 2017, avec une Postface).

⁴⁶ Voir, sur ce point, *supra*, note 32.

Benoît Plessix

En guise de réponse

Je ne saurais trop remercier l'Institut Michel Villey, et tout particulièrement ses co-directeurs Olivier Beaud et Denis Baranger, d'avoir eu la grande gentillesse et pris le temps d'organiser une Table ronde autour de mon manuel de *Droit administratif général*, puis d'avoir accepté de publier les échanges des collègues qui ont eu le courage de lire ce long ouvrage et m'ont fait l'honneur de me faire part de leurs impressions de lecture. Taire cela serait faire preuve d'une fausse humilité déplacée : nul auteur ne peut être insensible à un tel honneur, car on écrit toujours un peu pour être lu. Et quand ces lecteurs sont d'éminents collègues spécialistes de la discipline dans laquelle vous exercez, sont réputés pour être des lecteurs exigeants, ont en effet réellement pris le temps de vous lire de manière approfondie et accepté de vous faire part de leurs pénétrantes appréciations, on ne peut qu'être touché par tant d'attentions académiques. J'exprime donc ma profonde gratitude à Jacques Caillosse, Pierre Moor et Patrick Wachsmann (ainsi qu'à Christian Vigouroux pour son échange oral) pour leurs si sincères et si enrichissantes impressions de lecture qu'ils ont de surcroît accepté de rédiger dans les pages qui précèdent.

Il est en revanche beaucoup moins évident de leur succéder pour leur répondre. Même pour un universitaire rédigeant un ouvrage dit scientifique, parler de son livre, c'est un peu parler de soi, dès lors que tout auteur engage toujours beaucoup de son être dans un travail d'écriture, quel qu'il soit. Tout livre est en tout ou partie la projection de son rédacteur. Or, le juriste universitaire est bien moins préparé que l'artiste à parler de lui-même : il ne sait pas trop comment s'y prendre, ne sait pas nécessairement trouver les mots justes, et risque fort d'apparaître maladroit face à une appréciation élogieuse ou en réponse à une opinion critique. Ces réserves ne sont pas des scrupules surjoués d'un auteur qui chercherait à se dérober à l'exercice auquel les organisateurs de cette Table ronde lui ont demandé de se livrer. À la lecture des contributions précédentes, je suis fasciné et troublé par la capacité des lecteurs à avoir deviné – mieux que je ne saurais moi-même l'exposer – ce que j'ai cherché à faire en rédigeant ce manuel ; ils parviennent à mettre en avant les présupposés, parfois même inconscients, de mon travail. Cette impression est sans nul doute d'une grande banalité chez tout artiste – écrivain, musicien, cinéaste – confronté aux commentaires critiques de leurs œuvres ; mais l'universitaire, plus familier de « l'évaluation » de ses « travaux » que de leurs critiques et commentaires, a peu l'occasion de l'éprouver. Qu'on me pardonne donc le poncif de cette perception, mais c'est la première fois que je ressens à titre personnel ce trouble intimidant d'entendre parler de soi par des lecteurs exprimant avec une saisissante justesse ce que j'ai voulu faire, la méthode que j'ai suivie pour le dire, les parti pris que j'ai adoptés, les quelques idées directrices qui m'ont guidées, les quelques vues personnelles que je me suis faites sur le droit, depuis bientôt trente ans que je l'étudie et l'observe.

À titre d'exemple, je ne saurais mieux dire que Patrick Wachsmann, lorsqu'il écrit « c'est que, par tempérament, la justesse de l'intuition intéresse davantage notre auteur que celle de la démonstration développée pour en confirmer l'exactitude – le “bien vu” l'emporte à ses yeux sur le “bien pensé”, si l'on caricature un peu les choses ». C'est en l'espèce bien vu ! Cette analyse, à laquelle je n'avais jamais songé, m'aide à mieux comprendre les appréciations personnelles – que certains ont jugées sévères – portées sur la doctrine normativiste ou sur la manière de faire de Charles Eisenmann. À Patrick Wachsmann, je dois aussi la prise de conscience que mon manuel de droit administratif traduit un regard parfois désabusé sur les discours et les récits juridiques, presque une sorte de scepticisme juridique qui serait dû à ma sensibilité historique : c'est là aussi très bien vu, à condition de ne pas croire que je confonds scepticisme et pessimisme, et que je serais porté à un relativisme systématique à l'égard de toute règle de droit, car ce serait alors, me concernant, faire fausse route. J'avoue avoir été également impressionné par certaines vues pénétrantes de Jacques Caillosse, et notamment par les lignes qu'il consacre à la « tonalité » de mon ouvrage : il a très bien vu que j'ai en effet voulu faire un ouvrage *polyphonique*, en donnant la parole à tous les courants doctrinaux et toutes les sensibilités intellectuelles ; je ne peux ainsi que souscrire à l'analyse selon laquelle j'aurais essayé de « faire entendre les thèses minoritaires, dissonantes, en les associant en quelque sorte au discours majeur. Tout se passe comme si l'auteur du *Droit administratif général* organisait lui-même les conditions qui vont rendre possible la critique de son propre travail, tout en s'appropriant par avance (matériellement s'entend) cette critique devenue matière à part entière du manuel. » Jacques Caillosse voit fort juste lorsqu'il souligne que je tiens bien souvent à mettre en avant la part du jeu et du bricolage qui entre dans l'élaboration du droit : j'avoue n'avoir jamais réussi à dire aussi simplement ce que j'essayais plus volontiers d'exprimer par le détour de la magie et des tours de passe-passe juridiques. Tout comme était assez inconsciente chez moi cette idée que je ne prendrais finalement pas totalement au sérieux le droit, du moins pas selon un sérieux académique. Je ne saurais non plus renier l'analyse de Jacques Caillosse, lorsqu'il écrit que « le juriste qui est à l'œuvre derrière le *Droit administratif général* se veut d'une autre nature : plus artiste que savant ». Et Jacques Caillosse de me faire prendre conscience de ce que je n'avais pas remarqué moi-même : « Son livre, dont la *Préface* sollicite par deux fois le patronage emblématique de Nietzsche ». On s'expose plus qu'on ne le croit lorsqu'on écrit.

Dans un tel contexte, il m'est sincèrement difficile de répondre aux présentes observations, qui sont davantage des impressions de lecture que des critiques directes, des opinions plutôt que des questions. Aussi me pardonnera-t-on par avance les seules deux remarques générales qui suivent.

En premier lieu, peut-être puis-je m'autoriser à revenir sur quelques *manques* pointés par mes lecteurs exigeants.

S'agissant d'abord du droit de la responsabilité administrative, je confirme ce que j'ai écrit dans la préface du manuel, à savoir que je n'étais pas satisfait du chapitre final consacré à la responsabilité extracontractuelle de l'Administration et que, la première édition du manuel ne pouvant plus attendre (mon éditeur ayant fait preuve d'une patience dont je ne pouvais plus abuser), j'ai fait le choix de reporter à l'édition suivante l'intégration de ce thème. Je confirme bien qu'il s'agit d'un manque purement matériel et provisoire. Je partage pleinement avec Patrick Wachsmann l'idée selon laquelle la responsabilité administrative est un chapitre clé du droit administratif français, qui correspond si bien à ce que « j'aime dans le

droit administratif », cette alliance de pragmatisme et de lignes directrices, analyses ajustées au plus près de la situation contentieuse, pratique d'un libéralisme préto-rien bien tempéré. C'est si vrai que c'est bien pour cela que j'ai tenu, dès la première édition, à faire figurer le principe de responsabilité aux côtés et à égalité avec le principe de légalité, la soumission de l'Administration au droit étant passé en droit français tout autant par la sanction de la responsabilité que par celle de l'illégalité, par la réparation tout autant que par l'annulation.

S'agissant des regrets formulés par Pierre Moor à l'endroit de l'absence de traitement du droit comparé, je ne peux que redire ce que j'ai écrit dans la préface du Manuel. À la différence de l'interdisciplinarité, de l'économie ou de la philosophie, je n'ai pas cherché à mettre volontairement de côté la méthode comparatiste, qui me semble, avec l'histoire, l'une des voies d'accès au droit les plus pertinentes, et que le juriste est pleinement légitime de suivre, sous réserve d'une bonne connaissance des langues étrangères. La méthode historique, à laquelle j'ai essayé de recourir, n'est au fond rien d'autre qu'une méthode comparatiste : c'est une comparaison des droits, mais dans le temps et non plus dans l'espace. Mais, si j'ai choisi de ne pas recourir au droit comparé, c'est d'une part que l'entreprise m'a paru personnellement impossible, hors de ma portée : dans un manuel de droit administratif général, pour que la comparaison fut enrichissante, il eût fallu choisir des exemples variés, empruntés à plusieurs systèmes juridiques étrangers, ce qui demande une connaissance de plusieurs langues étrangères et de divers droits étrangers. J'en suis hélas bien incapable : le droit comparé est une matière exigeante, qui demande une longue fréquentation d'un droit étranger et ne peut souffrir aucun à-peu-près ; à défaut, la comparaison risque d'être erronée et trompeuse, donc vaine. D'autre part, j'ai volontairement choisi d'explorer à fond le droit administratif français. Avant de comparer, il faut avoir une connaissance approfondie de ce que l'on veut comparer ; pour bien comparer, il faut déjà ne pas reproduire soi-même les préjugés et les approximations que l'on véhicule nécessairement si l'on se contente d'une connaissance superficielle de son système juridique maternel, au risque de prendre pour une ressemblance digne de toutes les attentions ce qui n'est qu'un faux-ami juridique. Il ne faut donc voir aucun attachement cocardier de ma part lorsque j'utilise fréquemment, comme Pierre Moor l'a observé, l'expression de « droit administratif français » : c'est uniquement pour avertir le lecteur que la règle alors exposée n'a rien d'une règle communément partagée, que l'appréciation que je porte sur elle ne vaut que pour le droit administratif français et ne prétend nullement à l'universalité. Cette exigence me semble un préalable indispensable avant de mener à bien le beau projet que Pierre Moor propose lorsqu'il écrit que, « ainsi mises en évidence, les différences pourraient être expliquées en tant que telles, et non pas simplement comme idiosyncrasies nationales ». Certes, mais encore faut-il, précisément, les avoir d'abord mises en évidence.

En second lieu, je souhaiterais revenir sur les paradoxes impliqués par la méthodologie retenue et qui ont surpris Jacques Caillosse. Préoccupé de rejeter l'interdisciplinarité, le comparatisme ou l'analyse politique du droit, soucieux de mettre en œuvre « un pur programme juridique de connaissance du droit administratif », j'aurais en réalité fait cela, c'est-à-dire très exactement tout ce que je m'étais proposé de ne pas faire, ce qui serait à la fois une sorte de contradiction personnelle et la preuve que le droit administratif ne peut s'étudier sans les ressources d'autres disciplines, et notamment sans sa dimension profondément politique.

Pour comprendre le sens de ma réponse, il convient de revenir sur la distinction utilisée, dans la typographie choisie pour exposer le droit administratif, entre les grands et les petits caractères. Les *grands caractères* sont destinés à présenter le droit administratif français *tel qu'il est*, ou plutôt du reste *tel qu'il paraît être*. Comme je l'explique dans la préface de mon ouvrage, il s'agit, non pas d'être objectif et scientifiquement neutre, mais plutôt *impartial*, ce qui consiste à faire le vide en soi, mettre de côté ses partis-pris, se dépouiller de ses préjugés, pour parvenir à s'effacer derrière son objet d'étude. Pour cela, au terme d'une méthode fort peu conventionnelle et très intuitive, je le concède volontiers, il faut avoir eu une longue fréquentation de la matière que l'on étudie, avoir pris le temps, pendant de longues années, de *se laisser imprégner* par la discipline que l'on doit restituer, ce qui, au passage, interdit d'écrire un manuel juridique trop précocement, trop rapidement par rapport au moment où l'on découvre une matière. Après s'être laissé imprégner par l'esprit de la doctrine ou la rhétorique d'un juge, il est alors possible de restituer un régime juridique tel qu'il paraît être, d'en faire la photographie la moins inexacte possible. Les grands caractères utilisés dans mon manuel constituent ainsi une sorte d'*arrêt sur image*, à un moment donné de l'état du droit administratif français. C'est pourquoi il me paraît excessif de parler, comme le fait parfois Jacques Caillosse, du « droit administratif de Benoît Plessix ». Car, du moins dans les grands caractères, ce n'est précisément pas le mien. Même si une telle méthode – fort peu académique – n'exclut pas par ailleurs à la marge quelques visions personnelles déformantes – comment oser assurer qu'on est parvenu à être totalement impartial à l'égard de son objet d'étude ? –, il n'en demeure pas moins que l'exposé du droit administratif français présenté dans mon ouvrage en grands caractères a pour ambition d'être cette photographie du présent. En d'autres termes, si je ne fais pas du recours pour excès de pouvoir un recours subjectif, si je n'introduis pas la confiance légitime parmi les principes structurants du droit administratif français, si je mentionne encore quelques hypothèses d'irresponsabilité de l'État, ce n'est pas par parti pris, conviction ou combat personnel ; c'est parce que, *en l'état* du droit administratif français, au moment où est pris ce cliché, il me paraît que le Conseil d'État n'a pas encore opéré une révolution subjectiviste totale, n'a pas consacré le principe de confiance légitime ou continue de juger que certaines activités de l'Administration (les changements apportés dans l'assiette des voies publiques, les opérations militaires) n'engagent toujours pas la responsabilité de l'État. Si à l'avenir le Conseil d'État reconnaissait que la responsabilité de l'État est engagée du fait d'un acte de gouvernement ou que le principe de confiance légitime a valeur de droit positif dans l'ordre juridique interne, j'introduirais naturellement et immédiatement ces évolutions, non pas simplement pour opérer la mise à jour d'une nouvelle édition, mais pour que mon ouvrage tienne compte de mutations arrivées jusqu'à un certain point à leur terme, pour que le plan même de l'ouvrage les restitue et que l'arrêt sur image soit le plus exact et le plus fidèle possible. Cette méthode implique donc d'avoir la pleine conscience que le droit administratif – comme toute matière juridique – évolue en permanence, parfois lentement, parfois par à-coups. Mais elle impose à celui qui s'y livre de n'être pas nostalgique du passé ou ne pas vouloir anticiper trop vite sur le futur.

Et, pour répondre à Jacques Caillosse, ce droit administratif tel qu'il paraît être est bien la somme, le produit, l'amalgame de tout ce qui le compose : les textes de toute nature (constitutionnels, internationaux, législatifs, réglementaires), la jurisprudence et la doctrine. Pour reprendre la métaphore utilisée par Pierre Moor, le droit tel qu'il se donne à voir s'est nourri de divers éléments qui l'alimentent en permanence ; le fleuve est fait de tous les cours d'eau qui s'y rejoignent, de toutes les alluvions qui s'y déposent, de tous les sédiments qui finissent par former une

matière composite. Le droit est un Tout, et c'est tel qu'il paraît être aux yeux de ceux qui l'observent. Mais c'est un tout en perpétuel devenir, et l'exposé du droit a précisément pour ambition d'opérer un arrêt sur image de cette *totalité en mouvement*. Par conséquent, je ne peux par exemple occulter le fait que ce droit administratif-là a été influencé par l'analyse politique, le prisme contentieux ou le préjugé historique ; en rendre compte ne veut pas dire que je partage cette inclination ou que je ne la regrette pas. Mais que l'on soit à titre personnel séduit par l'analyse objectiviste de Duguit n'enlève rien au fait qu'il faut se rendre à l'évidence : les concepts subjectivistes de personnalité et de volonté l'ont emporté pour qualifier juridiquement en France l'Administration et expliquer la source de ses actes juridiques. L'observateur impartial du droit administratif est bien obligé de faire état de l'influence considérable exercée par la philosophie kantienne de l'autonomie de la volonté, mais il n'y a alors rien de paradoxal – tout au contraire – à exprimer son opinion personnelle sur ce mélange des genres qui n'est pas toujours heureux entre droit et philosophie et qui, dans le cas du droit administratif, conduit à un anthropomorphisme castrateur pour le succès d'autres courants de pensées qui auraient été en mesure d'expliquer différemment le processus déclencheur des actes de l'Administration.

L'expression de cette opinion personnelle, c'est précisément l'objet des développements en *petits caractères*, que j'ai conçus comme un espace personnel de liberté d'expression. Il ne faudrait toutefois pas comprendre cette idée comme synonyme d'une tribune revendicatrice où je ferais part de mes convictions politiques, de mes sensibilités personnelles, de mes humeurs du moment. Il convient de rester dans le cadre d'un ouvrage universitaire, académique. Mais il est exact qu'il ne faut pas voir dans ces petits caractères une simple rubrique d'approfondissement. J'ai conçu cet espace comme un lieu permettant au juriste d'être en mesure de ne pas être dupe du droit tel qu'il est exposé en grands caractères. C'est alors pour moi l'occasion, avant tout, au terme d'une approche que j'ai qualifiée dans ma préface de généalogique ou de contextualiste, de mesurer l'épaisseur historique des catégories du droit positif, de mettre au jour ses ressorts cachés, d'évaluer les produits d'une certaine culture juridique en fonction de leur provenance et de mettre à l'épreuve les valeurs sur lesquels ils reposent. C'est pourquoi je maintiens que j'ai tenté de mettre de côté la science politique, ou du moins une certaine science politique : car il s'agit moins de glorifier ou de nier la dimension politique du droit administratif que de prendre conscience des récits mythiques ou légendaires qui l'accompagnent.

Quoi qu'il en soit, à l'occasion de ce travail de mise à nu, il est alors juste de souligner, comme l'a finement observé Jacques Caillosse, que, chemin faisant, j'opère en effet quelques « choix subjectifs », je livre quelques opinions propres, je fais part d'agacements purement personnels contre des thèses dans l'air du temps, de sorte que « la topographie disciplinaire dont je me prévaux relève de mon imaginaire ». Alors seulement en effet, dans ces petits caractères mais non dans les grands, à force de prise de distance avec la *doxa* opérée avant tout pour permettre au lecteur de penser à contre-courant, je m'expose également un peu, je « construi[s] mon propre objet », je dessine en creux les règles d'un droit administratif qui a davantage ma préférence, que Jacques Caillosse peut bien appeler « le droit administratif de Benoît Plessix », même si cette expression revient à me prêter des pouvoirs doctrinaux que je n'ai pas, puisque, précisément, je n'entends construire aucun objet scientifique propre, n'échafauder aucune théorie générale. Non que j'y sois opposé. Mais, par choix et tempérament, ce n'est pas ce que j'ai voulu faire en rédigeant ce manuel de droit administratif.

Mais je m'arrête là, car je mesure à quel point il n'est décidément pas évident de parler de son livre, tant il s'agit de parler de soi. On risque si vite de paraître prétentieux ou confus, orgueilleux ou amateur. Mais c'est que le travail d'écriture ne laisse pas aisément décrire et expliquer. Il vaut donc mieux laisser aux lecteurs le soin de parler seuls des livres, et je ne saurais trop redire à quel point je suis redevable à Pierre Moor, Jacques Caillosse et Patrick Wachsmann, tout simplement, de m'avoir lu.

Benoît Plessix

| Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas Paris II

Archives : Journal de Casimir-Perier

Elina Lemaire

Présentation du « Journal de la présidence » de Jean Casimir-Perier*

Le texte ici publié est le dernier d'une série de documents issus des papiers personnels et de fonction de Jean Casimir-Perier, qui fut notamment (si l'on compte Adolphe Thiers parmi les chefs d'État de ce régime) le cinquième (et éphémère) président de la Troisième République entre juin 1894 et janvier 1895.

Issu du fonds du château de Vizille et de la famille Perier conservé aux Archives départementales de l'Isère, le document aujourd'hui édité n'avait pas retenu notre attention lors des premières explorations des papiers de l'ancien président de la République. Le manque de temps nous ayant contrainte à opérer un tri parmi les documents conservés dans ce fonds immense, nous avons alors fait le choix de ne pas consulter ce texte qui avait été attribué, probablement par l'archiviste ayant procédé au classement des documents, à « Mme Casimir-Perier¹ ».

À l'été 2017, une nouvelle exploration du fonds dans le cadre de la préparation d'un colloque sur « Les Perier, une dynastie de serviteurs de l'État² » a permis d'exhumer des documents qui n'avaient pas, dans un premier temps, été exploités. Parmi eux, le texte édité ci-après est, sans aucun doute, le plus intéressant.

Composé de trente-deux folios, le manuscrit (qui compte environ vingt-cinq mille signes, une fois retranscrit) constitue en réalité une *copie* de notes rédigées par l'ancien président de la République lui-même³. Ce détail d'importance n'était pas précisé dans l'inventaire, fort elliptique, du fonds. Mais l'usage de la première personne du singulier pour narrer l'expérience présidentielle, la relation précise d'événements auxquels seul le chef de l'État a pu participer (rencontres diplomatiques, entretiens avec les membres du gouvernement, présence au Conseil des ministres, etc.), le style même, sont la preuve que le document, bien qu'il ne soit pas,

* Texte manuscrit non daté, Archives départementales de l'Isère, cote 11J178-106. Aux archives, le document a été reproduit sur microfilm (nouvelle cote 2MI1100).

¹ L'inventaire du fonds indique : « Relations des événements survenus pendant le passage de J. Casimir-Perier à la présidence (autographe de la main de Mme Casimir-Perier) » (B. BLANC, V. CHOMEL, *Archives du château de Vizille et de la famille Perier*, Grenoble, 1985, p. 93-94), sans préciser s'il s'agit de la mère ou, plus probablement, de l'épouse du président de la République, Hélène Casimir-Perier (née Perier-Vitet (1854-1912)).

² Le colloque, organisé en collaboration avec Alain Laquière et Éric Peuchot, se tiendra en mai 2019 à l'Université Paris Descartes.

³ Il nous semble hautement improbable que Jean Casimir-Perier ait dicté ses textes à son épouse qui aurait, pour l'occasion, endossé le rôle de secrétaire de son mari.

dans sa version conservée aux Archives de l'Isère, de la main de Jean Casimir-Perier, l'a indiscutablement pour auteur.

La copie manuscrite que nous avons consultée n'est pas datée. En revanche, il est possible d'attribuer une date au texte original : son auteur a en effet pris le soin de dater précisément ses notes, très régulièrement couchées sur le papier ; le style général (les temps employés – souvent le présent de l'indicatif –, la concision des phrases) indique que ces notes ont été prises « sur le vif », par le président de la République en exercice. On peut donc légitimement supposer que la copie conservée aux Archives départementales de l'Isère est celle d'un journal tenu par Jean Casimir-Perier pendant la durée de son bref mandat, pour relater les événements (principalement) politiques et ses pensées d'homme et de magistrat tourmenté.

À cet égard, malgré sa brièveté et même s'il est, dans une certaine mesure, quelque peu anecdotique, le document (qui est un nouveau témoignage – un peu pathétique, il faut bien le reconnaître – de la volonté sans cesse manifestée et inexorablement contrariée de son auteur de restaurer l'autorité présidentielle) revêt une valeur historique remarquable. D'une part, en raison de la rareté des témoignages de ce type, les titulaires de la fonction présidentielle sous la Troisième République étant peu enclins, en raison de la nature même de leurs fonctions, à tenir un journal ou à rédiger des Mémoires. D'autre part, parce que ce document est le seul⁴, parmi l'ensemble des papiers de Jean Casimir-Perier récemment publiés (chez Dalloz ou dans cette revue⁵), à avoir été rédigé *pendant* la présidence, c'est-à-dire dans le feu de l'action – ou plutôt (on pardonnera ce jeu de mots discutable) de *l'inaction*.

*
**

Jean Casimir-Perier (1847-1907) fut (au moins par les fonctions qu'il a exercées) un personnage de premier plan dans les premières décennies d'existence de la Troisième République. Il était issu d'une famille bourgeoise d'origine iséroise qui avait fait fortune dans la fabrication et le commerce des toiles. Célèbres pour leur sens des affaires qui fit la réussite de leur maison, notamment sur le plan industriel, les Perier s'illustrèrent également, de père en fils et pendant plus d'un siècle (de la fin de l'Ancien Régime à la fin du XIX^e siècle), comme de grands serviteurs de l'État : Jean Casimir-Perier était le petit-fils de Casimir-Pierre Perier (1777-1832) – le célèbre président du Conseil de Louis-Philippe – et le fils d'Auguste Casimir-Perier (1811-1876) qui fut notamment député sous la monarchie de Juillet, représentant (rallié à la République conservatrice) à l'Assemblée nationale en 1871, ministre d'Adolphe Thiers et sénateur inamovible de 1875 à son décès.

À l'image de son père et de son grand-père, Jean Casimir-Perier embrassa la carrière politique – alors qu'il était fort jeune : député pendant plus de quinze ans

⁴ En dehors, bien entendu, des quelques extraits de correspondances.

⁵ Voir, notamment, les textes de J. Casimir-Perier publiés dans le n° 15 de *Jus Politicum* de janvier 2016 et présentés par E. Lemaire : E. LEMAIRE, « Présentation des trois textes publiés », p. 1-7 [<http://juspoliticum.com/article/Presentation-generale-des-trois-textes-publies-1047.html>] ; J. CASIMIR-PERIER, « Récit des événements de la présidence », p. 1-31 [<http://juspoliticum.com/article/Recit-des-evenements-de-la-presidence-1049.html>] ; J. CASIMIR-PERIER, « Résumé des entretiens avec Dupuy, Poincaré et Hanotaux », p. 1-7 [<http://juspoliticum.com/article/Resume-des-entretiens-avec-Dupuy-Poincare-et-Hanotaux-1050.html>].

(entre 1876 et 1883, puis entre 1885 et 1894), il fut élu vice-président de la Chambre en 1885 et en 1889, puis président de sa très influente commission du budget entre 1890 et 1893, avant d'être porté au « perchoir » (au « fauteuil », comme le disaient ses contemporains) entre 1893 et 1894. Excellent orateur devenu à cette époque un « personnage-clé du Parlement⁶ », il fut appelé, le 3 décembre 1893, à la présidence du Conseil après la chute du premier cabinet Dupuy⁷. Privé de la confiance de la Chambre cinq mois et demi plus tard, son gouvernement démissionnait le 22 mai 1894. Le 27 juin de la même année, après l'assassinat de Sadi Carnot, Casimir-Perier était enfin élu, à l'âge de quarante-six ans, président de la République par l'Assemblée nationale – fonction qu'il devait exercer à peine plus de six mois, avant de se retirer définitivement de la vie politique⁸.

Suspecté d'anti-républicanisme en raison de sa grande fortune et de ses alliances familiales avec les orléanistes, psychologiquement fragile, tout à la fois autoritaire et incapable d'assumer, dans une certaine mesure, ses responsabilités d'homme d'État, Jean Casimir-Perier inspira, de façon presque unanime, un mépris profond et durable : à ses contemporains, d'abord, mais aussi aux rares historiens qui daignèrent lui consacrer un peu de leur temps d'étude.

À la Chambre, au gouvernement, à la présidence de la République, Perier défendit pourtant et sans relâche une conception du régime parlementaire qui tranchait avec celle de la plupart de ses contemporains. Cette voix dissonante méritait qu'on lui accorde, pour le moins, quelque attention.

Jean Casimir-Perier s'illustra en effet comme un inlassable pourfendeur de la pratique spécifiquement française des institutions parlementaires, dont les traits les plus saillants (l'omnipotence des assemblées parlementaires – et singulièrement de la Chambre basse – et la faiblesse des organes chargés de la fonction exécutive) conduisirent à l'instabilité gouvernementale chronique dont souffrirent et la Troisième et la Quatrième Républiques.

Fervent opposant au « parlementarisme absolu » – selon la formule bien connue (quoique discutable) de Carré de Malberg⁹ – Jean Casimir-Perier a tenté, comme avant lui Gambetta ou Jules Ferry, d'instaurer un parlementarisme à leadership ministériel lorsqu'il présidait le Conseil. Élu à la magistrature suprême, il ne put s'accommoder de la situation marginalisée de la présidence et refusa de revêtir l'étroit costume présidentiel hérité de Jules Grévy. À cet égard, sa pensée constitutionnelle peut être rattachée à une longue (et longtemps marginale) tradition qui, d'Adolphe

⁶ J. JOLLY (dir.), *Dictionnaire des parlementaires français [...] de 1889 à 1940*, Paris, PUF, 1960-1977 (notices reproduites sur le site internet de l'Assemblée Nationale [http://www.assemblee-nationale.fr/sycomore/fiche.asp?num_dept=1484]).

⁷ Casimir-Perier avait déjà, à cette époque, exercé des fonctions gouvernementales : il avait successivement été sous-secrétaire d'État au ministère de l'Instruction publique, des Cultes et des Beaux-Arts (décembre 1877-janvier 1879) et sous-secrétaire d'État à la guerre (octobre 1883-janvier 1885).

⁸ Sur les circonstances et les raisons de la démission de Jean Casimir-Perier, voir J.-P. LAFARGUE, « Pages d'Histoire [essai sur les causes de la démission de Jean Casimir-Perier] », *Jus Politicum*, n° 15, janvier 2016 et J. CASIMIR-PERIER, « Récit des événements de la présidence » et « Résumé des entretiens avec Dupuy, Poincaré et Hanotaux », *ibid.* Ces textes sont accessibles sur le site Internet de la *Revue* à l'adresse [<http://juspoliticum.com/numero/Le-droit-public-et-la-Pre-miere-Guerre-mondiale-67.html>].

⁹ R. CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, p. 196.

Thiers à Charles de Gaulle en passant par Pierre Waldeck-Rousseau ou Alexandre Millerand, était favorable à une présidence gouvernante et responsable.

Les efforts sans cesse renouvelés de Perier pour restaurer l'autorité des organes de l'exécutif furent vains, malgré une période que l'on pourrait *a posteriori* qualifier de relativement favorable. Certes, les républicains éprouvaient alors et dans leur immense majorité une irrépressible méfiance à l'égard du pouvoir personnel (c'est-à-dire individuel). C'est pourquoi, indépendamment même des éléments de conjoncture ou structurels¹⁰, l'affirmation de l'autorité du chef de l'État et le retour à l'esprit dualiste des lois constitutionnelles de 1875, souhaités par un Perier d'ailleurs souvent fébrile (car nerveusement malade), étaient voués à l'échec. Vingt ans après sa mort, la présidence d'Alexandre Millerand devait encore révéler de façon éclatante l'impréparation des esprits au renforcement de la présidence de la République que, sans succès, Jean Casimir-Perier appela inlassablement de ses vœux.

En revanche, une partie des républicains contemporains de Perier – les opportunistes (ou les progressistes, comme ils préféraient se désigner alors¹¹) – n'étaient pas, loin s'en faut, hostiles au pouvoir « collectif » qu'incarnait le gouvernement. Or, la conjonction de plusieurs éléments (renouvellement du personnel politique après le scandale de Panama et l'affaire Boulanger, conséquences de la politique du ralliement – qui explique notamment et pour partie l'effondrement de l'opposition royaliste) permit à ces progressistes d'obtenir aux élections législatives de l'automne 1893 une majorité relative mais homogène à la Chambre (malgré une nette progression des radicaux et la percée des socialistes) : selon les estimations, entre 270 et 320 sièges, sur un total d'environ 575. Appelée au pouvoir, cette nouvelle génération de républicains modérés espérait être enfin en mesure de gouverner sans avoir recours à l'expédient de la concentration¹², et imprimer un nouvel élan à la pratique des institutions : en un mot, mettre fin à l'instabilité ministérielle chronique en instaurant un gouvernement stable, capable de gouverner dans la durée grâce au soutien d'une majorité parlementaire disciplinée.

« Chef naturel et incontesté de la majorité progressiste¹³ », Jean Casimir-Perier incarnait, lorsqu'il accéda aux plus hautes fonctions de l'État (présidence de la Chambre, puis du Conseil, et enfin de la République), le grand espoir des modérés. En raison (notamment) du caractère énergique que ses amis progressistes lui prêtaient – à tort –, il semblait alors tout désigné pour mener à bien l'entreprise de renouveau des institutions, qui devait principalement passer par la restauration de

¹⁰ Si le président de la République devait, dans l'esprit de la majorité orléaniste qui dominait l'Assemblée de 1871, peser sur la conduite des affaires publiques, son irresponsabilité – qui avait pour corollaire l'indispensable contreseing de tous ses actes par un ministre responsable – et son origine parlementaire, devaient très vite conduire au déclin de l'institution – déclin sans aucun doute inexorable qui fut simplement précipité par la crise du 16 mai 1877.

¹¹ Les progressistes étaient des républicains modérés qu'unissait la lutte pour la prévention des périls du socialisme révolutionnaire. Le passage de l'opportunisme au progressisme marque une mutation interne aux républicains, l'anticléricalisme reculant nettement chez les progressistes.

¹² La « politique de concentration » désignait à la fin du XIX^e siècle la coalition de tous les partis républicains (de l'extrême gauche au centre) contre les partis conservateurs. Elle fut pratiquée pour la première fois en 1885, et régulièrement réactivée, notamment lorsque le régime était menacé par des crises graves (boulangisme, affaire Dreyfus, etc.).

¹³ A. SOULIER, *L'instabilité ministérielle sous la Troisième République (1871-1938)*, Paris, Sirey, 1939, p. 294.

l'autorité gouvernementale et l'affirmation, tant souhaitée par Perier lui-même, du leadership du cabinet, conformément au modèle de Westminster.

Malgré le contexte propice à l'évolution des pratiques institutionnelles, les républicains de gouvernement ne parvinrent pourtant pas à surmonter les divisions qui les déchiraient, et se montrèrent incapables de gouverner efficacement en s'appuyant sur un exécutif stable et une majorité parlementaire disciplinée. Sur le plan politique, la période qui sépare l'ouverture de la session de la Chambre des députés nouvellement élue (en novembre 1893) de la démission de Jean Casimir-Perier (en janvier 1895) fut ainsi et surtout marquée par le naufrage des républicains progressistes.

Perier devait assister à ce naufrage – dont il était au moins un spectateur impuissant – comme président de la Chambre, puis comme président du Conseil, et enfin comme président de la République. Nul doute que, eu égard aux responsabilités qu'il exerçait alors, l'échec des siens fut, au moins dans une certaine mesure, interprété par lui comme un échec personnel. Cet échec pesa lourdement dans sa décision de se retirer de la présidence de la République et de la vie politique en janvier 1895.

*
**

Le récit ci-après reproduit s'ouvre le 30 juin 1894, soit cinq jours après l'assassinat de Sadi Carnot par l'anarchiste italien Caserio¹⁴, et trois jours après l'élection de Perier à la présidence de la République par les députés et les sénateurs réunis en Assemblée nationale.

On observera que Jean Casimir-Perier consacre ses toutes premières impressions de président en exercice à la question de la composition du nouveau cabinet. Au décès de Carnot, le gouvernement était dirigé par le républicain modéré Charles Dupuy – qui fut aussi, quelques jours plus tard, candidat malheureux à la présidence de la République contre Perier. Au lendemain de l'élection de son rival, Dupuy remit, comme de coutume républicaine, la démission de son gouvernement au nouveau titulaire de la magistrature suprême. Il revenait donc à Jean Casimir-Perier de nommer les membres du nouveau gouvernement¹⁵.

Cette affaire était cruciale pour le nouveau chef de l'État, qui souhaitait restaurer l'autorité présidentielle et pratiquer les institutions parlementaires conformément au modèle dualiste. Confronté à la pénurie de candidats à la présidence du Conseil et sans doute incapable, dans une certaine mesure, d'assumer sa volonté de rupture avec la pratique spécifiquement française du gouvernement parlementaire, Perier dut pourtant se résoudre à reconduire le gouvernement, avec à sa tête son

¹⁴ L'attentat se produisit le 24 juin au soir. Le décès du président Carnot fut officiellement constaté le lendemain, 25 juin 1894.

¹⁵ La Constitution de 1875 n'habilitait pas formellement le président de la République à procéder à cette nomination. On considérait toutefois que cette prérogative pouvait résulter de l'article 3 de la loi du 25 février 1875, aux termes duquel : « Le président de la République [...] nomme à tous les emplois civils et militaires ».

rival de la veille¹⁶. Interprétée par la presse et par le personnel politique de l'époque comme le choix du *statu quo* institutionnel (le président de la République décidant alors de reconduire un gouvernement qui n'avait pas démissionné pour avoir perdu la confiance du Parlement), cette décision fut, à tous égards, lourde de conséquences pour le nouveau président¹⁷.

La copie du journal de Jean Casimir-Perier s'achève brusquement à la date du 13 janvier 1895, par la brève relation des raisons de la démission du ministre des travaux publics, Louis Barthou. Cette démission devait conduire, dès le lendemain, à la dislocation et à la mise en minorité du cabinet à la Chambre des députés puis, dans la foulée, le 15 janvier 1895, à la démission du président de la République¹⁸.

*

**

Nota bene : pour éviter de fastidieuses et inutiles redites (la publication de cette copie du journal de Jean Casimir-Perier représentant l'ultime étape d'un travail d'exhumation conduit depuis près de trois ans¹⁹), le texte aujourd'hui édité n'est accompagné que de très brèves notes ayant pour objet la présentation biographique des personnes citées par l'ancien président, et de quelques notes critiques jugées indispensables à sa bonne compréhension.

Elina Lemaire

Maître de conférences HDR en droit public à l'Université de Bourgogne-Franche-Comté, CREDESPO, Institut Michel Villey

¹⁶ Les motifs de la reconduction du gouvernement Dupuy sont précisément détaillés dans le « Récit des événements de la présidence », dans la partie « Choix et composition du nouveau Gouvernement (juin 1894) », et dans notre introduction au texte de Jean-Paul Lafargue, art. cité.

¹⁷ Sur cet aspect, voir le texte de Lafargue et notre introduction, *ibid.*

¹⁸ Sur les raisons, à la fois structurelles et conjoncturelles ayant conduit Jean Casimir-Perier à la démission, voir notre introduction au texte de Jean-Paul Lafargue, art. cité.

¹⁹ À l'issue de ce travail d'enquête, qui a conduit au dépouillement de tous les papiers de Jean Casimir-Perier, il sera possible de considérer que tous les documents du fonds du château de Vizille et de la famille Perier présentant un intérêt historique (pour l'histoire générale ou l'histoire politique et constitutionnelle) auront été publiés.

Jean Casimir-Perier

« Journal de la présidence »*

30 JUIN 1894

Je me suis décidé à confier à Dupuy¹ le soin de constituer le cabinet, ce n'était pas ma première pensée, mais j'ai fait venir le médecin de Burdeau qui a déclaré que la présidence du Conseil serait au-dessus des forces de Burdeau² ; ni Raynal³ ni Jonnart⁴ ne sont en situation de prendre la présidence du Conseil. Poincaré est trop jeune⁵, Félix Faure a une autorité insuffisante. Du moment que je ne pouvais pas prendre Burdeau, ne valait-il pas mieux conserver un cabinet qui m'engage et me découvre moins, que de faire du *nouveau médiocre*⁶ ? Dupuy acceptera, il m'enverra sa réponse à 10 h.

2 JUILLET

Mme Carnot m'a demandé de renoncer au projet de suivre à pied le cercueil de son malheureux mari ; je lui ai dit que je ne pouvais déférer à son désir.

* Texte manuscrit non daté, Archives départementales de l'Isère, cote 11J178-106. Aux archives, le document a été reproduit sur microfilm (nouvelle cote 2MI1100). Le texte ici retranscrit n'a fait l'objet d'aucune retouche, en dehors des rares passages entre crochets.

¹ Charles Dupuy (1851-1923), député républicain modéré de 1885 à 1900, président de la Chambre des députés, sénateur de 1900 à sa mort, fut de nombreuses fois ministre et président du conseil.

² Auguste Burdeau (1851-1894) fut député (1885-1894), président de la Chambre (juillet à décembre 1894) et ministre des finances dans le cabinet Jean Casimir-Perier (décembre 1893-mai 1894). Il était très proche de Perier.

³ David Raynal (1840-1903), républicain modéré, député de 1879 à 1897 et sénateur de 1897 à son décès, fut également ministre de l'intérieur dans le cabinet Casimir-Perier.

⁴ Charles Jonnart (1857-1927) fut longtemps député (1889-1914), puis sénateur (1914 à son décès) et plusieurs fois ministre (notamment des travaux publics, dans le cabinet Casimir-Perier).

⁵ Poincaré avait 34 ans en 1894.

⁶ Souligné dans le texte.

8 JUILLET

Je songe à demander à Waldeck-Rousseau s'il ne veut pas rentrer dans le parlement⁷ et se présenter à ma place à Nogent-sur-Seine⁸. C'est un homme de valeur, un grand orateur à peu près exactement dans mes idées politiques, il n'y a pas dans la chambre beaucoup d'hommes de sa trempe. Il serait pour moi un président du Conseil possible.

21 JUILLET

Les choses ne vont pas brillamment à la chambre. Le ministère s'est affaibli par quelques concessions et a été atteint par quelques petits chocs ; j'espère encore que la loi contre les anarchistes⁹ sera votée telle que le cabinet la désire ; si une crise ministérielle éclatait à l'heure présente et à l'occasion des mesures législatives réclamées, ce serait un fort gâchis. Dupuy n'a pas beaucoup d'autorité sur la Chambre. Il a cependant bien parlé ces jours-ci.

Il paraît que la *Libre Parole*¹⁰ veut entamer contre moi une campagne à propos de mon administration comme sous-secrétaire d'État à la guerre¹¹. J'aurais favorisé une société qui sans doute en échange m'aurait versé un pot-de-vin.

23 JUILLET

Il y a un sénateur à nommer dans la Loire, je fais agir sur Waldeck qui lorsqu'il a refusé de se présenter à Nogent, m'a dit qu'il songeait au Sénat. Il serait un ministre brillant à la tribune et d'une bonne nuance politique.

⁷ À l'époque où Jean Casimir-Perier écrivait ces lignes, Pierre Waldeck-Rousseau (1846-1904), qui avait été député de 1879 à 1889, s'était (momentanément) retiré de la vie politique. Quelques mois plus tard (en octobre 1894), il fut élu sénateur (voir *infra*).

⁸ C'est dans l'arrondissement de Nogent-sur-Seine situé dans l'Aube, où son grand-père Casimir-Pierre Perier avait acquis le château de Pont-sur-Seine, que Jean Casimir-Perier fut élu puis réélu député entre 1876 et 1893.

⁹ Lorsqu'il était président du Conseil (de décembre 1893 à mai 1894), Jean Casimir-Perier avait fait voter par le Parlement une série de textes visant à prévenir et à réprimer l'agitation anarchiste (loi du 12 décembre 1893, portant modification [...] de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, *JORF*, 1893, p. 6113 ; loi du 18 décembre 1893, sur les associations de malfaiteurs, *JORF*, 1893, p. 6217 ; loi du 18 décembre 1893, portant modification et addition à l'article 3 de la loi du 19 juin 1871 sur les explosifs, *JORF*, 1893, p. 6217-6218). Quelques jours après l'assassinat du président Carnot, le gouvernement (alors dirigé par Charles Dupuy) déposa à la Chambre un nouveau projet devenu la loi du 28 juillet 1894, tendant à réprimer les menées anarchistes (*JORF*, 1894, p. 3702). C'est à ce projet, alors en discussion, que Jean Casimir-Perier fait ici référence.

¹⁰ Ce journal, qui connut un temps un vif succès, avait été lancé en 1892 par Édouard Drumont.

¹¹ Jean Casimir-Perier avait occupé ces fonctions entre octobre 1883 et mars 1885, dans le gouvernement Jules Ferry II.

30 JUILLET

Les ministres me prennent pour une machine à signer¹², et du ministère de l'Intérieur on m'a envoyé à 4 heures un décret à signer pour les décorations du mois de Juillet. À 5 heures bien avant que j'aie pu voir le décret, le journal *Le Temps* annonçait la plupart de ces décorations¹³ ; j'en parlerai demain à Dupuy ; mes griefs s'accroissent.

7 AOÛT

Le Président de la République d'Orange est venu déjeuner – il est Hollandais d'origine – c'est en anglais que j'ai causé avec lui. Il est instruit et fort aimable.

12 AOÛT

J'ai reçu M. de Tolder et le B[aron] Goffinet envoyés par le roi des Belges pour négocier relativement aux affaires du Congo. [...]

25 AOÛT

Pour la seconde fois les ministres m'envoient de Paris des décrets à signer. Ils communiquent à la presse le contenu de ces décrets sans que je les aie retournés signés. Je vais refuser de les signer¹⁴.

30 AOÛT

Le Général Mercier¹⁵ a pris une mesure déplorable dont toute l'armée se plaint – pour obtenir des économies il renvoie en congé avant la fin de leurs 3 ans des

¹² Dans son *Histoire de l'affaire Dreyfus* (Paris, éditions de la revue Blanche, 1901-1911, t. 1, p. 554), Joseph Reinach, qui était un proche ami de Perier, utilise une formule similaire : « Le chef de l'État continuait à n'être informé des grandes et des petites affaires que par les journaux. [...] Systématiquement, les ministres réduisaient la Présidence de la République à n'être plus qu'une machine à signatures ». Comme ce passage du journal de Perier le laisse supposer, la formule lui a sans doute été inspirée par les propos tenus par le président de la République lui-même.

¹³ Ces incidents étaient fréquents et ulcéraient profondément Jean Casimir-Perier. Il en relate plusieurs, dans la plupart de ses notes et écrits.

¹⁴ Dans ses *Notes sur la Constitution de 1875*, Perier observait, amer, à propos des décrets présidentiels : « C'est ici que se révèle la toute-puissance présidentielle par un refus de tremper une plume dans un encrier. Je connais le procédé, j'en ai usé, mais il ne peut pas devenir un moyen permanent de Gouvernement » (*op. cit.*, p. 73).

¹⁵ Le général Auguste Mercier (1833-1921) fut ministre de la guerre dans les cabinets Casimir-Perier, Dupuy II (mai-juin 1894) et Dupuy III (juillet 1894-janvier 1895), puis sénateur de 1900 à 1920.

soldats de deux classes¹⁶ ; je crois bien que cette décision remonte à une époque antérieure à mon élection, mais elle porte la date du 1^{er} Août et vis-à-vis de l'armée, vis-à-vis de l'opinion publique, j'en apparais comme responsable.

1^{ER} SEPTEMBRE

J'ai écrit une lettre assez sèche au ministre de la guerre sur le renvoi de la classe 1891-1892¹⁷. Je lui demande s'il ne peut rapporter cette décision prise sans que j'en aie entendu parler.

4 SEPTEMBRE

Sans qu'il y ait un incident grave à Madagascar, la situation y est mauvaise et devient inquiétante pour nos nationaux.

8 SEPTEMBRE

Le Conseil [des ministres] qui s'est réuni ici aujourd'hui a été long. Le ministre de la Guerre tenant compte des observations que je lui avais faites a entretenu le conseil de la question du renvoi des hommes des classes 1891-1892. La mesure prise va être modifiée et au lieu de renvoyer 36 000 h[ommes] on n'en renverra que 12 000. Mais les choses ne vont pas à Madagascar et je crains bien que d'ici à peu de temps on soit acculé à la nécessité de faire une expédition.

9 SEPTEMBRE

Élection dans l'arrondissement [de Nogent-sur-Seine]. Robert arrive en tête ; mais le candidat radical et le candidat socialiste ont ensemble plus de voix¹⁸. Tout ceci prouve mon impuissance.

11 SEPTEMBRE

Les journaux radicaux et socialistes font grand bruit de l'élection de dimanche. Dans la pensée de Dupuy on donnerait à Constant l'Algérie ou une ambassade. Ce n'est pas moi qui pousserai à la roue mais je n'irai pas non plus jusqu'à refuser ma signature, ce serait grossir démesurément le personnage. J'espérais il y a quelques mois que nous pourrions éviter une expédition à Madagascar ; j'ai bien peur qu'elle ne soit nécessaire dans quelques mois. On dépensera là beaucoup d'argent et on y

¹⁶ Cet événement est précisément relaté par Jean Casimir-Perier dans son « Récit des événements de la présidence », art. cité, dans la partie « Impuissance présidentielle. Relations du président avec le cabinet et ses membres ».

¹⁷ On trouve le texte de cette lettre dans le « Récit des événements de la présidence », *ibid.*

¹⁸ À l'issue du premier tour de scrutin, les voix étaient ainsi réparties entre les différents candidats : Robert (candidat républicain modéré), 4081 ; Bachimont (candidat républicain radical), 3361 ; Pedron (candidat socialiste révolutionnaire), 1183.

perdra beaucoup d'hommes sans profit pour la richesse nationale. Le gros argument c'est que les Anglais s'y installeront si nous en partons et l'effet produit serait désastreux.

14 SEPTEMBRE

Le Temps de ce soir donne tous les projets du ministre des Finances¹⁹ sur la réforme des boissons ; le projet a été envoyé aux membres de la commission du Budget, il ne peut être imprimé qu'avec mon nom. Or non seulement le projet ne m'a pas été exposé, mais je ne l'ai pas signé, il ne m'a même pas été soumis ; de même le ministre de la Guerre a avisé Galliffet²⁰ des décorations que je dois donner à Châteaudun et les décrets attribuant ces décorations sont non signés. Les attaques de la *Libre Parole*, *Petite République*²¹ etc., sont constantes. Si on ne change pas la loi sur la presse je ne consentirai pas à rester. [...]

19 SEPTEMBRE

Châteaudun. Tout s'est bien passé.

23 SEPTEMBRE

Voici Robert battu, Bachimont élu ; je puis mesurer mon crédit sur le suffrage universel²².

¹⁹ À l'époque, Raymond Poincaré. Cet événement est maintes fois relaté par Perier dans ses écrits. Lors de son entretien avec Poincaré, quelques semaines après sa démission de janvier 1895, Jean Casimir-Perier réprimanda vivement l'ancien ministre pour son attitude dans ce dossier (voir « Résumé des entretiens avec Dupuy, Poincaré et Hanotaux », art. cité ».)

²⁰ Issu d'une grande famille provençale, le général Gaston de Galliffet (1831-1909), surnommé le « Marquis aux talons rouges » en raison de la répression féroce des Communards à laquelle il participa activement en 1871, devait un temps (1899-1900) prendre le portefeuille stratégique de la guerre dans le gouvernement de défense républicaine dirigé par Waldeck-Rousseau entre 1899 et 1902.

²¹ Fondée en 1876 et liée, à ses débuts, à *La République française* de Gambetta, la *Petite République* était devenue, à l'époque où Perier était président de la République, le principal organe de presse de la mouvance socialiste.

²² C'est ainsi François Bachimont (1844-1933), le candidat radical, qui succéda à Jean Casimir-Perier comme député de l'Aube. Les députés radicaux et la presse d'extrême-gauche (qui, depuis son élection, menait une violente campagne à l'encontre du président de la République) présentèrent cette victoire comme une condamnation sans appel de la « politique » présidentielle. Perier, qui était par ailleurs nerveusement fragile, vécut cette élection dans « son » arrondissement comme une défaite personnelle et comme le témoignage de l'hostilité des électeurs à son égard.

24 SEPTEMBRE

Guérin²³ Ministre de la Justice est absent. Poincaré qui fait l'intérim ne se refuse pas à poursuivre les articles injurieux contre moi. Il m'en a apporté toute une collection. Les plus perfides ne sont pas ceux qui cherchent à me rendre ridicule comme ceux de l'*Intransigeant*, *Libre Parole*, *La Lanterne* etc., mais les articles où on me représente comme un égoïste adversaire de la démocratie, ennemi de la liberté ; ceux-là, il est impossible de les poursuivre, et si le jury les acquitte ? Le ministre m'a fait ressentir tout cela.

1^{ER} OCTOBRE

Le Temps avec la meilleure intention du monde explique que la P[résidence] de la R[épublique] n'est rien dans la marche des choses publiques. L'article vient tout à fait à propos pour justifier ma lassitude et mon dégoût.

Burdeau ne va pas. Dupuy aura du mal même physiquement à tenir tête aux orages. Waldeck R[ousseau] ne paraît pas se décider à rentrer dans la vie publique. Quand ce ministère sera par terre, à qui confier la barque ?

3 OCTOBRE

Paris. Retour à l'Élysée. Je m'y sens en prison.

5 OCTOBRE

Nous inaugurerons Dimanche le grand prix d'Auteuil. Après une conversation avec le préfet de police, j'ai décidé d'aller aux courses sans faire précéder la voiture par le piqueur.

7 OCTOBRE

Lourdes. Tout s'y est bien passé. Voilà Waldeck élu [au Sénat] à une belle majorité.

11 OCTOBRE

Les journaux annoncent un mouvement judiciaire important et donnent le nom de M. Chenest comme futur Procureur de la R[épublique] à Paris]. Ils ajoutent que c'est samedi que je signerai la nomination ; comme je n'en ai même pas été entretenu, je viens d'aviser le garde des sceaux que je ne signerai pas le mouvement ; j'ajoute que le refus de ma signature est le seul moyen que j'aie de faire cesser ces

²³ Eugène Guérin (1849-1929) fut sénateur de 1890 à 1920 et ministre de la justice dans les gouvernements Dupuy I, Dupuy II et Dupuy III.

indiscrétions et de défendre la dignité des fonctions que je remplis. Samedi je m'expliquerai devant les Ministres sur des procédés que je n'admets pas²⁴.

15 OCTOBRE

Goblet²⁵ m'a pris à partie. Cavaignac²⁶ a fait un discours mauvais et perfide. La rentrée des Chambres s'annonce mal.

16 OCTOBRE

J'ai reçu le Gd Duc Wladimir²⁷. Jeudi nous offrirons un déjeuner à Verdi ; c'est moi qui lui remettrai le grand cordon²⁸. [...]

21 OCTOBRE

Si le Czar meurt bientôt, ce qui est certain, Hanotaux²⁹ songe à aller lui-même aux obsèques. Cela ne va guère à Montebello³⁰ qui sera un peu effacé, mais comme je crois que l'empereur Guillaume ira lui-même aux obsèques, je suis d'avis d'envoyer un gros personnage et l'idée d'Hanotaux mérite examen.

22 OCTOBRE

Voilà Boulanger³¹, mon ancien ministre qui passe comme premier président à la Cour des comptes et qui devient inutilisable pour la politique active, voilà Jonnart qui dégouté comme moi des hommes et des choses, s'inscrit au barreau et veut

²⁴ Cet incident est longuement relaté dans le « Récit des événements de la présidence... », art. cité, dans la partie « Impuissance présidentielle. Relations du président avec le cabinet et ses membres ».

²⁵ René Goblet (1828-1905) fut représentant à l'Assemblée nationale de 1871, puis député de 1876 à 1898, siégeant d'abord à l'aile gauche de l'Union républicaine, puis sur les bancs de la Gauche radicale à partir de 1893. Il fut, sur le long terme, un inconditionnel défenseur de la révision des lois constitutionnelles de 1875.

²⁶ Godefroy Cavaignac (1853-1905) fut député de 1882 à 1905, et plusieurs fois ministre, notamment de la guerre en 1898, c'est-à-dire en pleine tempête provoquée par l'affaire Dreyfus. Il s'opposa alors opiniâtement à la révision du procès du capitaine.

²⁷ Vladimir Alexandrovitch de Russie (1847-1909) était le frère du tsar Alexandre III.

²⁸ En octobre 1894, Verdi était à Paris pour la première représentation d'Othello à l'Opéra Garnier. Il fut élevé à la dignité de grand-croix de la légion d'honneur par Jean Casimir-Perier, le 12 octobre 1894.

²⁹ Gabriel Hanotaux (1853-1944) était ministre des Affaires étrangères dans le gouvernement Dupuy III, sous la présidence de Jean Casimir-Perier. Ses relations avec Perier étaient exécrables ; elles le furent également avec le successeur de Perier, Félix Faure.

³⁰ Louis-Gustave Lannes de Montebello (1838-1907) était en 1894 ambassadeur de France en Russie.

³¹ Ernest Boulanger (1831-1907) fut sénateur de 1886 à 1907, et brièvement membre du cabinet Casimir-Perier (de mars 1894 à mai 1894) comme ministre des Colonies.

plaider ne réservant à la Chambre que le temps qu'il pourra perdre. Burdeau ne va pas mieux, Cavaignac tend la main aux radicaux. J'ai déterminé le docteur Roux à accepter la croix de commandeur, qu'il refusait tout d'abord.

25 OCTOBRE

Les nouvelles de Madagascar ne sont pas fameuses – il paraît certain que Le Myre de Villers [*sic*]³² n'obtiendra rien par la voie diplomatique et en ce cas il quittera Tananarive samedi prochain. Il faudra alors se lancer dans l'expédition qui me trouble et m'afflige beaucoup.

26 OCTOBRE

J'ai marché avec le Général Cavaignac et Romanet³³. On ne m'a pas beaucoup reconnu. Les séances aux Chambres ne sont pas trop agitées ; c'est le budget qui sera la grosse bataille.

27 OCTOBRE

Ce matin au Conseil [des ministres] Poincaré et Hanotaux se sont querellés ; les torts au moins dans la forme étaient du côté du premier. Il est clair que l'un et l'autre prévoient la chute du cabinet et voudraient s'en aller en choisissant leur moment et le terrain de la chute.

29 OCTOBRE

La séance de la Chambre a été mauvaise, le cabinet a été d'une faiblesse extrême³⁴. Les choses ne peuvent durer longtemps ainsi.

31 OCTOBRE

Voici 2 journaux acquittés qui ont injurié et traîné dans la boue la magistrature. On ne peut pas vivre avec cette loi sur la presse et la Chambre n'aura pas le courage de la changer.

³² Charles Le Myre de Vilers (1833-1918) fut gouverneur civil de la Cochinchine (1879-1882) et résident général à Madagascar de 1886 à 1889, puis député de la Cochinchine de 1889 à 1902. Fort de l'expérience qu'il avait acquise dans les colonies, il fut membre des commissions relatives aux questions maritimes et coloniales à la Chambre des députés. En octobre 1894, il fut envoyé dans l'océan Indien pour tenter de trouver une solution diplomatique au conflit qui opposait alors Madagascar à la France.

³³ Léon Romanet (1840-1934) était le directeur du cabinet et du secrétariat particulier du président de la République.

³⁴ La discussion du budget était alors au cœur des débats à la Chambre des députés, où les séances étaient houleuses, la gauche et l'extrême-gauche harcelant le cabinet Dupuy, comme elles avaient, quelques mois auparavant, harcelé le ministère Casimir-Perier.

1^{ER} NOVEMBRE

[Mort du Tzar] [...]

2 NOVEMBRE

Je suis allé à l'Église Russe et de là au Panthéon. Hanotaux comptait se rendre personnellement à la rue Daru et me conseillait de me borner à me faire représenter, j'ai dû exposer ce matin au Conseil les inconvénients de ce système et faire ressortir tous les avantages intérieurs et extérieurs de la visite au Panthéon. Sur ce terrain on n'a rien trouvé à m'objecter et tous les ministres plutôt vexés que contrits ont adhéré à ma proposition. Les nouvelles de Madagascar seront communiquées Lundi aux Chambres ; elles ne sont pas bonnes.

4 NOVEMBRE

Reinach me conseille d'aller moi-même aux obsèques du Czar ; l'idée me paraît folle et je ne m'y arrête pas.

5 NOVEMBRE

La commission de l'armée est à l'unanimité en désaccord avec le ministre de la Guerre à propos du renvoi partiel des 2 classes. La commission demande qu'on revienne sur cette mesure. Le ministre ne paraît pas vouloir s'y prêter ; il doit être interpellé demain à ce sujet. Quelle sera l'issue de ce débat ? Quelle qu'elle soit la situation de Mercier qui est déjà mauvaise deviendra impossible. C'est à Waldeck Rousseau que je pense si Dupuy est renversé.

6 NOVEMBRE

C'est Boisdeffre³⁵ qui ira aux obsèques du Czar. J'enverrai aussi Berruyer³⁶ et Germinet³⁷ – ils ont bonne tournure et sont bien élevés tous les deux. Les négociations poursuivies par Le Myre de Villers [*sic*] à Madagascar ne réussissent pas et d'ici à quelques jours le Parlement sera saisi de la question de recevoir la demande de crédits. 75 millions environ³⁸. Burdeau va moins bien.

³⁵ Raoul Le Mouton de Boisdeffre (1839-1919) est passé à la postérité pour son rôle dans l'affaire Dreyfus. Il connaissait bien la Russie et avait été l'un des artisans de l'Alliance franco-russe de 1892.

³⁶ Le général Berruyer (1836-1906) était alors le chef de la maison militaire du président de la République.

³⁷ Paul-Louis Germinet (1846-1914) fut membre de la maison militaire de Jean Casimir-Perier (puis de son successeur, Félix Faure).

³⁸ Il s'agissait des crédits nécessaires à une expédition à Madagascar, dont l'objet était de faire accepter le protectorat effectif de la France.

10 NOVEMBRE

À plusieurs reprises j'ai vu des articles désobligeants pour moi dans des journaux qui soutiennent – pour cause – le président du conseil. Avant-hier j'ai fait signaler au Ministre de l'Intérieur³⁹ un article du *Courrier du soir* où l'on me prêtait mille noirs desseins et cet article suivait un éloge dithyrambique de Dupuy. On a paru un peu vexé de cette communication et ce matin à l'issue du conseil, Dupuy m'a demandé de le recevoir.

11 NOVEMBRE

Dupuy est arrivé. C'est de Madagascar qu'il désirait me parler et il n'a pas été question des journaux. Je lui ai dit qu'il me semblait préférable que la direction des opérations militaires soit confiée à la guerre plutôt qu'à la marine ; c'est une question qui sera tranchée au prochain conseil.

13 NOVEMBRE

Ce matin au conseil la discussion a été assez chaude. Il s'agissait de savoir si on donnerait à la guerre ou à la marine la direction des opérations à terre une fois les troupes débarquées à Madagascar. Le bon sens et la sagesse étaient pour la guerre. Félix Faure Ministre de la Marine n'a pas donné de bien bonnes raisons en sens contraire mais il a cru que l'amour propre de la marine était engagé et il a déclaré qu'il donnerait sa démission si on enlevait la direction à la marine. Cela ne m'a pas empêché de faire valoir des arguments en faveur de la guerre. Le conseil a été retourné et s'est prononcé dans mon sens. C'est la guerre qui dirigera les opérations dès que les troupes seront débarquées. On me dit que c'est Constant qui me fait attaquer dans les journaux.

J'ai su que Waldeck R. préférerait ne pas prendre le pouvoir avant un an, dans aucun cas avant que le budget ne soit voté.

18 NOVEMBRE

Depuis que j'ai décidé de ne plus publier le nom des personnes qui viennent me voir, il me vient plus de monde, plus de membres du Parlement – comme c'est à l'honneur de leur courage et comme cela prouve que la province est peu disposée à approuver ceux qui viennent me voir.

19 NOVEMBRE

Je suis de plus en plus fatigué de la situation fausse et inacceptable dans laquelle je suis placé, mon impuissance à rien faire, le manque absolu d'hommes, l'égoïsme ou la trahison de tous ceux qui ont été, sont ou peuvent être ministres et je n'ai pas

³⁹ C'est le président du Conseil lui-même qui était chargé du portefeuille de l'Intérieur dans le gouvernement Dupuy III.

laissé ignorer aux miens que je chercherai, que je provoquerai la première occasion de sortir de cette impasse.

20 NOVEMBRE

J'ai signalé ce matin au conseil ce fait que plusieurs journaux ont parlé du désaccord qui s'était manifesté à une séance récente du conseil entre les Ministres de la guerre et de la marine au sujet de la direction des opérations de Madagascar. J'ai fait remarquer que ces indiscretions sont bien regrettables. Félix Faure a pris alors la parole pour dire que ce n'était pas à la marine qu'on avait parlé et qu'il savait d'où venait l'indiscrétion. On l'a invité à le dire et il a déclaré que Monsieur Haussmann directeur au ministère des colonies avait raconté l'incident survenu au conseil. « Je m'attendais à ce coup là a riposté Delcassé⁴⁰. En effet, M. Haussmann m'en a parlé comme un homme au courant. Il m'a avoué tenir le récit détaillé de M. Blondel, secrétaire particulier de M. le ministre de la Marine ». Le pauvre F. Faure n'a rien trouvé à répondre.

21 NOVEMBRE

L'Ambassadeur d'Espagne a déjeuné ce matin. J'avais à lui parler d'une affaire dont on m'a parlé au nom de la Reine Régente.

23 NOVEMBRE

Ce matin pendant mes audiences Hanotaux m'a fait demander au téléphone. Comme je ne puis admettre que les ministres recourent à ce procédé je lui ai fait répondre que j'avais du monde et ne pouvais me déranger.

24 NOVEMBRE

Je vais avoir probablement une difficulté avec Mercier. Le Lt Colonel Deport qui a inventé un canon perfectionné en essai à Bourges veut quitter l'armée, attiré dans une entreprise privée par un gros traitement. La coïncidence entre son invention et son départ est déjà fâcheuse, mais il y a mieux, Mercier voudrait lui donner la croix de commandeur ; je me refuserai à signer. Je ne consentirai pas une récompense à un Lt Colonel pour quitter l'armée et porter à l'industrie privée le fruit d'études et d'expériences faites dans les établissements et avec l'argent de l'État.

J'ai reçu il y a quelques jours une lettre du ministre de la Guerre m'expliquant que quelque chose que je lui avais recommandé est impossible, et quelques jours après j'apprends indirectement que cela a été accordé sur l'intervention d'un autre.

⁴⁰ Théophile Delcassé (1852-1923) fut député de la gauche radicale pendant près de trente ans (de 1889 à 1919) et plusieurs fois ministre, notamment de la Guerre et des Affaires étrangères. Il fut membre des gouvernements Dupuy, chargé du portefeuille des Colonies, sous la présidence de Sadi Carnot puis de Jean Casimir-Perier.

27 NOVEMBRE

J'ai reçu Constant. La conversation a porté sur les préfets – on croit qu'ils sont détournés de venir me voir et que la Place Beauvau pourrait faire taire beaucoup de ceux qui aboient contre moi.

29 NOVEMBRE

Le Ministre de la guerre a fait une gaffe énorme avec son intervention au *Figaro* sur l'affaire Dreyfus⁴¹. Le Garde des Sceaux a pataugé à la Chambre aujourd'hui. Hanotaux m'a écrit qu'il ne peut venir chasser à Marly étant donné les incidents qui se sont passés hier. C'est une devinette, je ne sais de quoi il parle, je ne sais rien. Plus les jours passent, plus j'ai de motifs pour juger que la position n'est pas tenable ici ; elle est ridicule. Quelqu'un de sérieux est encore venu dire à Lafargue⁴², que Dupuy me trahit au moins 3 fois par jour⁴³. [...]

1^{ER} DÉCEMBRE

L'affaire du C^{ne} Dreyfus est fort ennuyeuse. Je crains qu'on n'ait pas contre lui des preuves suffisantes et s'il n'est pas condamné il ne manquera pas de gens pour dire qu'on a voulu le sauver.

Le bruit court que je dois recevoir une décoration Russe.

2 DÉCEMBRE

Plus je réfléchis à ma situation et plus je conclus qu'elle ne peut se prolonger. Si on savait dans quelle ignorance de toute chose je suis laissé, on en serait stupéfait. On a semé la défiance autour de moi, les réactionnaires me compromettent par leurs propos ; moi qui ai inversé ce que peut par les renseignements qu'il a, par la parole, par l'action, un président du conseil⁴⁴, je me sens ici inutile et ridicule. Je vois le mal et n'ai aucun moyen d'y porter remède.

⁴¹ Mercier avait donné une interview au sujet de l'affaire Dreyfus au rédacteur militaire du *Figaro*. Cette interview, dans laquelle le ministre de la Guerre déclarait notamment avoir eu sous les yeux « les preuves *criantes* de la trahison du capitaine Dreyfus », fut relatée dans l'édition du journal daté du 28 novembre, dans un article intitulé « L'espionnage militaire ».

⁴² Jean-Paul Lafargue (1841-...) fut secrétaire général de la présidence de la République pendant la présidence de Jean Casimir-Perier.

⁴³ Cette accusation n'est pas infondée : pour des motifs qui ne tenaient pas simplement à sa conception du régime parlementaire (Dupuy avait été candidat à l'élection présidentielle en juin 1894, face à Jean Casimir-Perier, et il fut profondément mortifié par sa défaite), le président du Conseil tenait délibérément le chef de l'État à l'écart de la direction des affaires publiques : voir Joseph Reinach, *Histoire de l'affaire Dreyfus, op. cit.*, tome 1, p. 15 et Jean Casimir-Perier, *Notes sur la Constitution de 1875, op. cit.*, Introduction, p. 29.

⁴⁴ Lorsqu'il fut président du Conseil (entre décembre 1893 et mai 1894), Perier défendit le parlementarisme à *leadership* de cabinet (sans grand succès, contrairement à ce qu'il suggère dans ce passage).

3 DÉCEMBRE

Dupuy m'a parlé de son désir de se débarrasser de Mercier. Il trouve qu'il est une cause de faiblesse pour le cabinet. Il craint cependant que l'opinion publique ne comprenne guère le changement de ministre à la guerre au moment où on vient de remettre à la guerre la direction des affaires de Madagascar. Il est probable qu'on dirait aussi qu'il y a un lien entre le départ de Mercier et l'affaire Dreyfus. En résumé Dupuy venait pour avoir mon avis et je ne le lui ai pas donné. Poincaré aurait déclaré qu'il s'en irait si Mercier se retirait. Je me figure que Mercier ne serait pas fâché en prévision d'une chute prochaine, de prendre en janvier le commandement du 6^e corps.

4 DÉCEMBRE

Poincaré a bien parlé aujourd'hui à la Chambre ; ce n'est pas l'intelligence qui lui manque, mais je le crois personnel et peu franc.

9 DÉCEMBRE

Cette affaire Dreyfus me préoccupe. C'est le 19 que siégera le conseil de guerre. Le huis clos serait nécessaire au point de vue de l'étranger – l'opinion en France le comprendra difficilement et quelle que soit l'issue du procès on se figurera qu'on a caché quelque chose.

10 DÉCEMBRE

Je suis allé voir ce malheureux Burdeau. Il se sent perdu ; il m'a parlé, m'a très bien reconnu. Cette entrevue, la dernière, m'a été fort pénible.

L'élection d'un nouveau président sera une grosse difficulté⁴⁵. Je ne vois que Méline⁴⁶, Bourgeois⁴⁷, Brisson⁴⁸. Je souhaiterais le premier, quoiqu'il préside fort mal.

⁴⁵ Rappelons qu'en décembre 1894, Auguste Burdeau était le président de la Chambre des députés – même s'il n'assurait plus dans les faits cette présidence en raison de son état de santé. Perier relate longuement l'épisode de l'élection du successeur de Burdeau dans son « Récit des événements de la présidence », art. cité, dans la partie « Vacance du fauteuil. Élection d'Henri Brisson à la présidence de la Chambre (décembre 1894 et janvier 1895) ».

⁴⁶ Jules Méline (1838-1925), républicain modéré, fut représentant à l'Assemblée nationale de 1871, député (1876-1903), sénateur (1903-1925), plusieurs fois membre du Gouvernement, et président du Conseil (avril 1896-juin 1898).

⁴⁷ Léon Bourgeois (1851-1925), figure du parti radical, fut député (1888-1905) et président de la Chambre, sénateur (1905-1925) et président du Sénat, plusieurs fois ministre et président du Conseil (novembre 1895-avril 1896).

⁴⁸ Henri Brisson (1835-1912) fut représentant à l'Assemblée nationale de 1871 et député de l'Union républicaine de 1876 à 1889. À partir de 1889 et jusqu'à son décès, il prit place dans les rangs des députés radicaux, dont il fut considéré comme le chef entre 1894 et 1895. À cette occasion, il prit souvent la parole pour critiquer la politique du gouvernement Casimir-Perier, et la conception du régime parlementaire qui était celle de son chef.

11 DÉCEMBRE

Hanotaux fait le malade je crois, pour éviter d'avoir demain Mercredi sa réception diplomatique et échapper aux questions de Munster sur l'aff. Dreyfus⁴⁹.

12 DÉCEMBRE

Burdeau est mort. Quelle perte pour la République.

13 DÉCEMBRE

J'ai reçu Waldeck Rousseau. Plus je le vois, plus je me persuade qu'il ne nous serait pas très facile d'être d'accord, et moins j'apprécie son jugement. Demain je recevrai l'Ambassadeur d'Allemagne qui vient au nom de l'Empereur, me dire combien il s'associe à la pensée de ceux qui pleurent Burdeau. Burdeau avait été il y a quelque 4 ou 5 ans avec J. Simon en Allemagne pour une conférence internationale et j'avais su que son intelligence avait frappé l'Empereur.

15 DÉCEMBRE

Avant le Conseil F. Faure est venu me voir et m'a parlé de sa candidature éventuelle à la présidence de la Chambre. Il ne veut pas faire acte de candidat ni rien qui décourage ceux qui pensent à lui. Il ne veut pas donner sa démission préalable de Ministre et m'a demandé mon sentiment. Je lui ai dit que je verrais avec regret l'élection de Brisson, et que le meilleur candidat serait celui qui aurait le plus de chances. Le Conseil a eu lieu après mon entretien avec F. Faure et Dupuy a interpellé Faure en lui demandant ce que signifient les bruits qui le concernent. F. Faure a expliqué comme il l'avait fait avec moi son attitude, mais Poincaré, Barthou⁵⁰, Leygues⁵¹, Dupuy lui ont dit qu'il ne peut être candidat, s'il ne donne pas sa démission ; que s'il est battu c'est le cabinet tout entier que se trouverait atteint.

16 DÉCEMBRE

Voilà Faure qui n'est plus candidat, c'est par les journaux que je l'apprends. Il aurait pu se donner la peine de m'en aviser.

⁴⁹ Le comte de Munster était l'ambassadeur d'Allemagne en France.

⁵⁰ Louis Barthou (1862-1934) fut député de 1889 à 1922, et sénateur de 1922 à sa mort, plusieurs fois ministre et président du Conseil (1913). Il entra au gouvernement à l'âge de trente-et-un ans, dans les cabinets Dupuy II et III, comme ministre des travaux publics, sous la présidence de Sadi Carnot puis de Jean Casimir-Perier.

⁵¹ Georges Leygues (1856-1933) était alors ministre de l'instruction publique et des beaux-arts.

18 DÉCEMBRE

Brisson est élu. Le ministère a eu une attitude extraordinaire – 4 des ministres Hanotaux, Poincaré, Leygues et Barthou étaient ouvertement pour Brisson. Les journaux que paie Dupuy le soutenaient aussi.

19 DÉCEMBRE

L'affaire du Cap. Dreyfus sera probablement terminée demain. L'interrogatoire de l'accusé a été assez bref. On a entendu 4 ou 5 témoins. Demange⁵² a fait de grands efforts pour empêcher le huis clos ; il n'a pas réussi. À la Chambre on voudrait discuter le budget de la guerre avant la séparation des Chambres pour atteindre Mercier et disloquer le cabinet. Il est certain que l'élection de Brisson a mis les radicaux en appétit.

Le Général Tcherkoff vient ici comme ambassadeur extraordinaire me notifier l'avènement du nouveau Czar.

22 DÉCEMBRE

L'affaire Dreyfus sera terminée ce soir – une condamnation est probable.

(suite) On m'annonce la condamnation de Dreyfus. Il y a eu unanimité dans le conseil de guerre. À la Chambre il s'en est fallu de 4 voix que le Ministère ne fut renversé. J'espère que l'affaire Dreyfus ne nous attirera aucun ennui avec l'Allemagne. Jusqu'ici je n'ai entendu parler de rien.

25 DÉCEMBRE

Le G^{al} Tcherkoff m'a remis une lettre de l'Empereur. Les termes en sont satisfaisants. Des motifs sérieux m'obligent à rappeler de l'Indo-Chine le gouverneur général Lanessan⁵³.

28 DÉCEMBRE

La révocation de Lanessan fait quelque bruit. *Les Novosti* journal russe disent que depuis l'élection de Brisson il y a un conflit latent entre la Chambre et moi et qu'étant donné mon caractère je me retirerais plutôt que d'abandonner mes idées.

⁵² Edgar Demange (1841-1925) fut l'un des avocats d'Alfred Dreyfus.

⁵³ Jean-Louis de Lanessan (1843-1919) fut député radical de 1881 à 1891 (époque de sa nomination au poste de gouverneur général de l'Indochine), puis de 1898 à 1906 et de 1910 à 1914.

30 DÉCEMBRE [...]

2 JANVIER 1895

J'ai été voir Mme Carnot.

4 JANVIER

Dupuy m'attendait ici quand je suis rentré. F. Faure ne sera pas candidat à la présidence de la Chambre⁵⁴, et comme en dehors du Ministère il n'y a pas de concurrent sérieux pour Brisson, ni Ribot⁵⁵, ni Develle⁵⁶ ne pourront lutter. Il sera élu dès Mardi soir avec une belle majorité. Je crois que Dupuy a été sincère, je n'en suis jamais sûr. Il était cette fois d'avis de livrer bataille. Il a rencontré des résistances étonnantes de la part de plusieurs de ses ministres. Je n'ai pas dissimulé à Dupuy combien je trouve grave de laisser Brisson prendre possession définitive du fauteuil sans même le lui disputer⁵⁷. Il comprend que c'est une menace pour le cabinet et *pour moi-même* ai-je ajouté car je ne vois pas depuis la mort de Burdeau quel cabinet il me sera possible de constituer. Dupuy n'a pas paru trop surpris ; peut-être se voit-il déjà à ma place.

5 JANVIER

L'épilogue du procès Dreyfus me donne quelques ennuis⁵⁸. Le départ de [*illisible*] me contrarie. Il part précipitamment. Il me semble que Crispi⁵⁹ perd un peu la tête, au milieu des difficultés qui l'entourent.

⁵⁴ L'article 11 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 prévoyait l'élection, chaque année et pour la durée de la session, du bureau de chacune des deux chambres. La session ordinaire commençant le second mardi de janvier (art. 1^{er} du même texte) et le règlement de la Chambre (art. 10) prévoyant l'élection du bureau au commencement de la session, le président de la Chambre était élu lors de la première séance de la session, début janvier. C'est en application de ces dispositions qu'Henri Brisson fut triomphalement réélu, le 8 janvier 1895, en obtenant 272 voix sur les 281 suffrages exprimés, *JODP*, 1895, p. 2.

⁵⁵ Alexandre Ribot (1842-1923), républicain modéré, fut pendant plus de trente ans député (1878-1909), puis sénateur de 1909 à son décès, et de nombreuses fois ministre et président du Conseil.

⁵⁶ Jules Develle (1845-1919) fut député républicain modéré (1877-1898), sénateur (1910-1919) et plusieurs fois ministre, notamment dans le gouvernement Dupuy I.

⁵⁷ Pour Perier, la perte du « perchoir » (qui était depuis les élections législatives de 1893 détenu par les républicains modérés) au profit des radicaux révélait la désintégration de la majorité qui l'avait porté au pouvoir. Il est impossible, sur ce point, de lui donner tort.

⁵⁸ Le 6 janvier 1895, Perier reçut, à la demande du chancelier Hohenlohe, l'ambassadeur d'Allemagne pour évoquer l'affaire Dreyfus. Cet entretien fut très embarrassant, le président de la République n'ayant alors aucune connaissance des éléments du dossier. Il est longuement relaté dans le « Récit des événements de la présidence », art. cité, dans le passage « Incident diplomatique – affaire Dreyfus (5 et 6 janvier 1895) ».

⁵⁹ Francesco Crispi (1819-1901) était, à l'époque où Perier écrivait ces lignes, président du conseil des ministres en Italie.

7 JANVIER

Que fera la Chambre, que fera le cabinet en présence de l'élection Gérault-Richard⁶⁰ ? Le conseil des ministres décidera-t-il la mise en liberté de ce député actuellement sous les verrous ; c'est bien possible. L'élection de Gérault-Richard est déjà un désagrément pour moi, mais le vote par lequel la Chambre réclame sa mise en liberté devient dans les circonstances présentes un vote monstrueux⁶¹. J'y répondrais par ma démission.

8 JANVIER

Voilà Brisson élu. On pense en général que le cabinet l'emportera demain parce qu'il s'agira d'une question où la Présidence est en cause. Mais Dupuy a beaucoup perdu⁶². L'affaire est arrangée avec l'Allemagne comme je le désirais. L'agence Havas publie une note qui sera aussi dans les journaux de demain⁶³.

11 JANVIER

Ribot est venu me voir. Il ne voit pas les choses en bien.

⁶⁰ Alfred Gérault-Richard était rédacteur en chef du journal *Le Chambard*, dans lequel il fit paraître en septembre 1894 un article intitulé « À bas Casimir ! ». Condamné à un an de prison en novembre de cette même année pour offense au président de la République, sur le fondement des dispositions de la loi sur la liberté de la presse de 1881, Alfred Gérault-Richard purgeait encore sa peine lorsqu'il fut désigné par les socialistes candidat à une élection partielle dans le 13^e arrondissement de Paris. Soutenu par les opposants divers au pouvoir en place, il fut élu député par les électeurs parisiens. Sur le procès du *Chambard*, voir O. Beaud, *Les offenses au chef de l'État (1881-2013)*, Paris, Fayard (à paraître) ; sur l'impact de cette élection sur la démission de Jean Casimir-Perier, voir le texte de Jean-Paul Lafargue, « Pages d'Histoire... », art. cité.

⁶¹ Lorsque Perier écrivit ces lignes, la session ordinaire de la Chambre n'était pas encore ouverte. Mais le bruit devait déjà courir que certains députés demanderaient la remise en liberté de Gérault-Richard. Le 10 janvier 1895, Alexandre Millerand déposa à cet effet une proposition de résolution tendant à la suspension de sa détention (*JODP*, 1895, p. 6 *sqq.*). Millerand fonda sa proposition et celle de ses collègues de l'extrême-gauche sur les dispositions de l'article 14 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, sur l'inviolabilité parlementaire, aux termes desquelles « Aucun membre de l'une ou de l'autre Chambre ne peut, pendant la durée de la session être poursuivi ou arrêté en matière criminelle ou correctionnelle, qu'avec l'autorisation de la Chambre dont il fait partie, sauf le cas de flagrant délit. La détention ou la poursuite d'un membre de l'une ou de l'autre Chambre est suspendue pendant la session, et pour toute sa durée, si la Chambre le requiert ». À notre sens, cet article ne trouvait pas à s'appliquer dans le cas de Gérault-Richard qui n'était pas député au moment de sa condamnation, et qui ne pouvait donc être couvert par l'inviolabilité parlementaire, dont l'objet était (et est encore aujourd'hui) la protection du *mandat*.

⁶² Immédiatement discutée et mise aux voix, la proposition de résolution de Millerand fut repoussée, le 10 janvier, par 309 voix contre 218.

⁶³ L'objet de cette note, dont la publication avait été demandée par le gouvernement allemand, était de lever le doute sur une quelconque implication de l'ambassade d'Allemagne dans l'affaire Dreyfus. La note déclarait « dénuées de tout fondement les allégations des journaux, qui persistaient à mettre en cause, dans divers articles sur l'espionnage, les ambassades et légations étrangères », voir J. Reinach, *Histoire de l'affaire Dreyfus...*, *op. cit.*, t. 1, p. 340.

12 JANVIER

La violence des journaux socialistes dépasse toute mesure. Pelletan⁶⁴ a été interrogé par le juge d'instruction au sujet du chantage organisé par le journal dans lequel il écrit.

13 JANVIER

Barthou donne sa démission à la suite de l'arrêt du Conseil d'État favorable aux grandes compagnies de chemins de fer. Il y aura demain conseil exceptionnel pour examiner la situation qui est faite au cabinet par cette retraite. L'arrêt du C¹ d'État est un coup de massue pour ce malheureux Raynal qui a fait les conventions de 1883. Ce n'est pas son honorabilité mais son imprévoyance qui sera sévèrement jugée⁶⁵.

⁶⁴ Camille Pelletan (1846-1915) fut député radical, puis radical-socialiste de 1881 à 1912, et sénateur de 1912 à sa mort. Il prit le portefeuille de la Marine dans le cabinet Combes (1902-1905).

⁶⁵ Signées en 1883, les conventions de concession qu'évoque ici Perier avaient pour objet de confier aux compagnies de chemin de fer du Paris-Orléans et du Midi la construction et l'exploitation de lignes ferroviaires. La question de la durée de la garantie d'intérêt due par l'État aux compagnies fut au cœur d'une importante controverse juridique au cours de l'hiver 1895. Le 13 janvier 1895, Louis Barthou (qui était ministre des Travaux publics dans le gouvernement Dupuy) remettait au président du Conseil sa démission après que le Conseil d'État eut rendu, la veille, deux décisions invalidant sa position sur la durée de cette garantie (CE, 12 janvier 1895, *Compagnie du Chemin de fer de Paris à Orléans*, Rec. p. 31 sqq. (avec les conclusions du commissaire du gouvernement) et *Compagnie des Chemins de fer du Midi...*, Rec. p. 57).

Varia

Une page de l'histoire de la pensée du droit administratif : le « moment Dicey »*

Le 51^e numéro de la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, paru en 1931, recèle une anecdote qui, à elle seule, illustre et symbolise l'antagonisme entre les systèmes juridiques anglais et français sur le plan du droit administratif. On la doit au Doyen Berthélémy, qui, dans un article intitulé « Comparaison des principes du droit administratif français aux pratiques administratives des pays anglo-saxons », relate sa rencontre avec Dicey, intervenue trois décennies plus tôt :

Il y a près de trente ans, j'eus le grand honneur d'être présenté à l'éminent maître [Dicey] par Georges Picot, alors secrétaire perpétuel de notre Académie dont le professeur Dicey était membre associé [...]. J'offris au maître anglais mon *Traité de droit administratif*. Dicey en lut le titre, puis me regarda bien en face en souriant : « Droit administratif ! » dit-il en scandant les syllabes. « Nous n'avons rien de pareil en Angleterre. Nous ne voulons rien avoir de semblable. Nous redoutons tout ce qui peut avoir pour but de protéger les fonctionnaires contre les citoyens ; – l'effort du droit étant surtout de garantir les citoyens contre les négligences et les abus possibles des gouvernants »¹.

La critique libérale individualiste du modèle français de droit administratif a nourri une abondante littérature durant une grande partie du XIX^e siècle. Alors que ce phénomène tendait à faiblir, en France, à mesure que la justice administrative se modernisait et que la III^e République s'enracinait, Albert Venn Dicey² consacra près de trente pages de son *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*³, paru pour la première fois en 1885, à démontrer l'arbitraire inhérent au modèle

* La version initiale de la présente étude a été achevée le 31 mai 2017. Quelques éléments d'actualisation ont été introduits au sein de la troisième partie, dans les développements consacrés aux débats actuels sur la justice administrative française.

¹ H. BERTHÉLÉMY, « Comparaison des principes du droit administratif français aux pratiques administratives des pays anglo-saxons », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1931, n° 51, p. 59-70, en part. p. 61.

² 1835 (Lutterworth) – 1922 (Oxford). Dicey est titulaire de la prestigieuse *Vinerian Chair of English Law* de l'université d'Oxford, jadis dévolue à Blackstone (entre 1758 et 1766) de 1882 à 1909, et il rejoint la *London School of Economics*, nouvellement créée, en 1896. Sur Dicey, voir A. PILLET, « Le professeur A.V. DICEY », *RDP*, 1922, p. 297 ; Th. GUILLUY « A.V. DICEY, The Oxford Edition of Dicey, J.W.F. Allison (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2013 », *Jus Politicum*, n° 14, juin 2015.

³ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, Macmillan, 1885.

français de droit administratif. Dicey se plaçait ainsi dans la droite ligne de la critique initiée notamment par Pichon, Aignan et de Broglie dès la Restauration, affirmée avec force par Tocqueville durant la Monarchie de Juillet, et prolongée sous le Second Empire, notamment sous la plume de Laboulaye et de Poitou.

Il est certes bien établi que les considérations sur le droit administratif qu'avait l'auteur oxonien, à la fin des années 1880, étaient en grande partie erronées au moment où il les formulait (notamment en raison d'anachronismes)⁴. Il l'a d'ailleurs lui-même reconnu, en 1902, à l'occasion de la traduction française de *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*⁵, au sujet du modèle français, et, en 1915, à propos du développement du droit administratif anglais⁶. Il n'en demeure pas moins que la critique « dicéyenne » du droit administratif semble avoir fait date. La doctrine y fait référence depuis le début du XX^e siècle. On peut même se demander si cette critique n'a pas contribué à conférer aux indubitables dissemblances entre les modèles anglais et français de droit administratif une dimension quasi mythique. L'exemple de l'anecdote citée en *incipit*, maintes fois convoquée par la doctrine afin rendre compte de l'antagonisme anglo-français relatif au droit administratif, semble, sur ce point, particulièrement instructif. L'observateur attentif remarquera que non seulement le contenu de la conversation entre Berthélémy et Dicey (ou même parfois l'interlocuteur de ce dernier) varie d'une citation à l'autre, mais la source de l'anecdote est souvent absente. Lorsqu'elle est mentionnée, il ne s'agit généralement que d'une référence de seconde main, empruntée à un tiers ayant lui-même réitéré ce récit, avec une précision variable. Bien que puisant dans des faits que l'on peut considérer comme étant avérés pour autant que l'on se fonde sur l'article dans lequel Berthélémy les rapporte⁷, la dimension hautement symbolique de l'opposition entre deux modèles juridiques que revêt cette anecdote, ainsi que sa réitération, aussi fréquente qu'approximative, lui confèrent une dimension proche de celle du mythe. À l'instar du mythe, ce récit consiste en effet à « [évoquer] des faits [et mentionner] des personnages ayant une réalité historique, mais transformés par la légende », avec une « [transmission] par la tradition⁸ ».

La dimension mythique de la rencontre entre Dicey et Berthélémy symbolise l'opposition radicale des modèles juridiques anglais et français dans leur rapport au droit régissant l'Administration. Cet antagonisme est largement dû au premier de ces deux auteurs. Le professeur Sabino Cassese a consacré d'importants développements de son ouvrage sur *La construction du droit administratif en France et au Royaume-Uni* à souligner le rôle de Dicey, d'une part, dans l'inhibition du développement du droit administratif anglais et, d'autre part, dans la représentation des modèles anglais et français de droit administratif comme deux « types idéaux »

⁴ À propos des erreurs commises par Dicey, voir par ex. H. BERTHÉLÉMY, art. cité, p. 61 ; G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif. La technique du droit public français*, Paris, Giard, 3^e éd., 1925, p. 1-2, n^o 1.

⁵ A.V. DICEY, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, Giard et Brière, 1902 (trad. A. Batut et G. Jèze). Ci-après abrégé par *Introduction...*

⁶ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, Macmillan, 8^e éd., 1915, p. LXI.

⁷ H. BERTHÉLÉMY, « Comparaison des principes du droit administratif français aux pratiques administratives des pays anglo-saxons », art. cité.

⁸ « Mythe », in Centre national de ressources textuelles et lexicales, *Trésor de la langue française informatisé* (TLFI), crntl.fr.

opposés⁹. Les analyses historiques du professeur de la Sapienza semblent ainsi indiquer que la critique « dicéyenne » du modèle français et l'opposition absolue des deux modèles qu'elle permet de réaliser ont fait date dans l'histoire de la pensée du droit administratif. À tel point que nul n'évoque le droit administratif anglais, ou son opposition au droit français, sans citer Dicey. Il y aurait pourtant tout lieu de s'en étonner ! Les faiblesses scientifiques considérables de son travail sur le droit administratif français, couplées à son ignorance du droit administratif anglais, ont été très rapidement mises au jour par ses contemporains. L'auteur oxonien a ainsi réussi le prodige, au terme d'un seul chapitre de son plus célèbre ouvrage, fondé sur des conceptions erronées, de laisser une trace, qui semble indélébile, dans l'histoire de la pensée du droit administratif : le « moment Dicey ».

Comprendre les ressorts du « moment Dicey » implique, d'abord, d'identifier l'ascendance intellectuelle du juriste oxonien. L'auteur a puisé des arguments historiques à l'encontre du droit administratif chez les libéraux individualistes français du XIX^e siècle, dont le modèle politique était l'Angleterre. Seule l'identification de cette ascendance permet de saisir et de décortiquer l'avènement du « moment Dicey ». Il s'agit, d'une part, de la démonstration, par un juriste anglais (et sur la foi des références que l'on sait), de l'arbitraire du modèle français de droit administratif, opposé au principe anglais du *rule of law* et, d'autre part, de la réception de cette critique par la doctrine, dans les premières années du XX^e siècle. L'empreinte du « moment Dicey » et la mémoire qu'en gardent les juristes invitent à chercher dans la pensée actuelle du droit administratif et du droit comparé des réminiscences des conceptions de l'auteur.

I. L'ASCENDANCE DU « MOMENT DICEY » : LA CRITIQUE LIBÉRALE INDIVIDUALISTE DU DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS AU XIX^e SIÈCLE

La critique « dicéyenne » du modèle français de droit administratif présente, sur le fond, un faible degré d'originalité. Elle s'inscrit dans la continuité de celles qui, en France, ont émaillé le XIX^e siècle¹⁰. Les critiques les plus acerbes ont été l'œuvre des publicistes libéraux se rattachant au courant individualiste.

Dans *L'Individu effacé*, Lucien Jaume fait la démonstration de ce qu'à l'issue de la période du Premier Empire, marquée par la domination autoritaire de l'État sur l'individu, le courant de pensée libéral « notabiliaire¹¹ », qui prévaut, en France, au XIX^e siècle, est fondamentalement étatiste. Il se caractérise ainsi par la confiance

⁹ S. CASSESE, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 57-76.

¹⁰ À propos des critiques libérales du modèle français de justice administrative au XIX^e siècle, voir notamment G. BIGOT, *Ce droit qu'on dit administratif*, Paris, Éditions la Mémoire du droit, 2015, p. 219-246 ; G. BIGOT, « Justice administrative et libéralisme sont-ils compatibles ? », *RDP*, n° 2, 2012, p. 441-456 ; F. BURDEAU, « La crise du principe de dualité des juridictions », *RFDA*, 1990, p. 724-733 ; S. GILBERT, « Rapport de M. de Tocqueville sur le Cours de droit administratif de M. Macarel (1846) », *RFDA*, 2007, p. 1115-1121 ; L. JAUME, *L'individu effacé, ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1999, p. 367-379 ; M. JORAT, « Supprimer la juridiction administrative... Deux siècles de débats », *RFDA*, 2008, p. 456-467 ; Y. LAIDIÉ, « Les libéraux et la justice administrative au XIX^e siècle : un mariage de raison ? », *Revue administrative*, 2001, n° 319, p. 5-11.

¹¹ L. JAUME, *L'individu effacé, ou le paradoxe du libéralisme français*, op. cit., p. 19.

qu'il place de préférence dans l'État plutôt que dans l'individu¹², et par une conception de la liberté « comme un don gracieux, une libéralité accordée par le pouvoir de l'État¹³ ». Le libéral-étatisme ne présente donc guère d'incompatibilités avec la persistance d'un État qui « administre la liberté », laquelle peut ainsi être « [réduite] potentiellement à rien¹⁴ ». La position des libéraux individualistes (ou « du sujet¹⁵ »), qui s'inscrit dans la lignée de la pensée de G. de Staël et du groupe de Coppet est tout autre. Elle consiste, dès les premières années de la Restauration, en une opposition farouche à la perpétuation du modèle napoléonien d'Administration, qui a survécu à l'avènement d'un régime politique libéral parlementaire¹⁶. Le modèle français de droit administratif est alors critiqué en tant qu'il a pour visée de garantir « au nom du bien public et de l'intérêt général », la prééminence des intérêts de la puissance publique sur ceux des individus¹⁷, provoquant « le scepticisme et même le dégoût des libéraux, fascinés par l'Angleterre ou l'Amérique¹⁸ ». Les principaux griefs adressés au droit administratif portent sur l'inconstitutionnalité du Conseil d'État sous la Restauration, et surtout sur les instruments de la prévalence de l'État que sont la justice retenue et la garantie des fonctionnaires.

A. L'inconstitutionnalité du Conseil d'État

Dès les premières années de la Restauration, la justice administrative suscite l'anathème des libéraux individualistes. L'une des premières critiques qu'ils formulent à son encontre est l'inconstitutionnalité du Conseil d'État. Issu de la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) et symbole de l'autoritarisme du Premier Empire¹⁹, le Conseil d'État est maintenu sous la Restauration, alors que la Charte de 1814 n'en fait aucune mention. La fonction juridictionnelle du Conseil d'État n'est régie que par une ordonnance royale : celle du 29 juin 1814 (dont le

¹² L. JAUME, « Libéralisme », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 737-740, en part. p. 740.

¹³ L. JAUME, *L'individu effacé*, *op. cit.*, p. 357.

¹⁴ G. BIGOT, *L'Administration française. Politique, droit et société*, t. 1 : 1789-1870, Paris, Litec, 2010, p. 3.

¹⁵ L. JAUME, *L'individu effacé*, *op. cit.*, p. 19 et p. 25-117.

¹⁶ Selon le professeur G. Bigot, il convient, sur ce point, de dissocier le Gouvernement de l'État : « Le premier est constitutionnellement et politiquement libéral, tandis que l'État, c'est-à-dire l'administration qui le réalise, demeure fondé sur une primauté monocratique de l'Exécutif » (G. BIGOT, *L'Administration française*, *op. cit.*, p. 167).

¹⁷ S. GILBERT, « Les écoles doctrinales en droit administratif », in *La doctrine en droit administratif*, Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, Paris, Litec, 2010.

¹⁸ P. LEGENDRE, « La facture historique des systèmes (Notations pour une histoire comparative du droit administratif français) », *RIDC*, vol. 23, n° 1, 1971, p. 20-47, en part. p. 23. Voir également L. JAUME, « Le libéralisme français après la Révolution, comparé au libéralisme anglais », Communication présentée au colloque de Salamanque sur « Les origines du libéralisme » (1^{er}-4 octobre 2002), *Historia Constitucional* (revue électronique), n° 4, 2003 [<http://hc.rediris.es/04/index.html>].

¹⁹ L.-A. PICHON, *De l'État de la France sous la domination de Napoléon Bonaparte*, Paris, Dentu, 1814, p. 65 : « L'instrument le plus actif, le plus efficace de la tyrannie du gouvernement de Napoléon a été le Conseil d'État ».

contenu est réitéré par celle du 23 août 1815²⁰. Cette « tacite reconduction²¹ » dénuée de tout fondement constitutionnel ou même légal de l'organe juridictionnel de l'Administration suscite une réprobation qui dépasse de loin les rangs des libéraux individualistes, puisqu'elle trouve même un écho dans les rangs d'éminents conseillers d'État à l'esprit réformateur. Ainsi, en 1818, Cormenin s'emploie à « prouver qu'en principe, la juridiction du Conseil d'État est inconstitutionnelle », et que « c'est en vain qu'on prétendrait démontrer [son] l'existence légale²² ». Le professeur G. Bigot rappelle qu'un second motif d'inconstitutionnalité entache en outre l'exercice par le Conseil d'État d'une fonction juridictionnelle : ses membres sont « inféodés au pouvoir²³ ». Il y a sans doute là une allusion à la contradiction entre, d'une part, la révocabilité des membres du Conseil d'État qu'autorise implicitement l'ordonnance du 23 août 1815²⁴, et, d'autre part, l'article 58 de la Charte qui prévoit l'inamovibilité des juges. Néanmoins, au delà de la compatibilité de l'existence du Conseil d'État avec les textes en vigueur, ce qui rend le fonctionnement de la juridiction administrative contraire à l'idée même de constitution, au sens l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, c'est la confusion des pouvoirs dont elle procède, l'Administration étant juge et partie.

B. Une justice « de cadi »

L'organisation même de la justice administrative du XIX^e siècle, héritière des lois des 16-24 août 1790 et du 16 Fructidor an III, ainsi que de la Constitution de l'an VIII, heurte fondamentalement les conceptions libérales en la matière. À la question de savoir si « en droit et en raison, [il y a] telle chose que la justice administrative »,

²⁰ Ch. AUZANNEAU, « La justice administrative vue par la doctrine de Locré à Aucoc », in G. BIGOT et M. BOUVET (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, Litec, 2006, p. 105-127, en part. p. 112.

²¹ Anonyme (E. AIGNAN), « Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle » (revue critique de l'ouvrage éponyme de Cormenin), *La Minerve française*, t. 1, 1818, p. 612-622, en part. p. 620.

²² L.-M. CORMENIN, *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction sous notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Le Doux, 1818, p. 88-89 : « Je vais essayer de prouver qu'en principe, la juridiction du Conseil d'État est inconstitutionnelle [...]. Le Conseil de nos Rois existait, sous l'ancienne Monarchie, par le génie même de cette Monarchie, par ses nécessités et par les édits et ordonnances qui étaient les lois d'alors. Le Conseil de l'Empire existait par les Constitutions. Aujourd'hui, c'est en vain qu'on prétendrait démontrer l'existence légale du Conseil d'État, et que pour en composer un tout, on irait recueillir les parcelles de son être dans des décrets impériaux, dans des sénatus-consultes, dans les dispositions secondaires de quelques lois, et dans les lambeaux d'une constitution déchirée ».

²³ G. BIGOT, *Ce droit qu'on dit administratif*, op. cit., p. 226-227. À propos du manque d'indépendance des membres du Conseil d'État, voir également L.-A. PICHON, *De l'État de la France sous la domination de Napoléon Bonaparte*, op. cit., p. 65 : « Ses membres sont des commissaires salariés, qui n'ont d'emploi et de traitement qu'autant qu'ils sont portés sur une liste d'activité, dressée chaque trimestre. Dès-lors, la complaisance qu'ils montrent pendant les trois mois qui s'écoulent, est la mesure et la règle de leur sort dans le trimestre suivant ».

²⁴ F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995, p. 92 : « Aux termes de l'ordonnance du 23 août 1815, en effet, le gouvernement arrêta discrétionnairement la liste des membres du Conseil d'État et des maîtres des requêtes, la radiation d'un nom valant révocation ».

le Duc de Broglie répond ainsi qu'il s'agit là d'« expressions mal sonnantes, hérétiques, sentant l'hérésie, ou qui, du moins, frayent difficilement ensemble²⁵ ». Les griefs formulés à son encontre tiennent en grande partie à deux armes contentieuses au bénéfice de l'État, contre l'individu. D'abord, le fait que la justice administrative est retenue entre les mains du chef de l'État, qui doit, jusqu'à la loi du 24 mars 1872, signer les décisions du Conseil d'État afin qu'elles soient exécutoires. Ensuite, la garantie dont jouissent les fonctionnaires jusqu'en 1873, au titre de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. Sur chacune de ces deux questions, les publications de Macarel, pourtant partisan, comme Cormenin, de l'indépendance de la juridiction administrative, sont l'occasion pour de Broglie, puis pour Tocqueville, de réaliser des comptes-rendus de lecture en forme de réquisitoire contre l'arbitraire de la justice administrative. Dans un pamphlet resté fameux, anonymement publié en 1828 à la *Revue française*, l'habitué du château de Coppet fustige en des termes puissants la mainmise de l'Administration sur la justice administrative :

Dans tout État policé [...], toute contestation quelconque doit trouver des juges, mais des juges vraiment juges, des juges indépendans [*sic*], des juges qui prononcent publiquement, et selon des formes déterminées, dont il ne leur soit pas loisible de s'affranchir. Ici, que voyons-nous ? Une contestation naît entre l'administration et les citoyens ; c'est l'administration qui décide ; elle est, en même temps, juge et partie. Une contestation naît entre deux citoyens par suite de quelque acte de l'administration ; celui-ci se prévaut de cet acte ; celui-là s'en plaint et l'incrimine ; l'affaire est portée devant l'administration elle-même. Quelle justice peut en espérer le dernier ? D'ailleurs les agens [*sic*] de l'administration, petits ou grands, sont-ils indépendans [*sic*] du gouvernement ? Non, à coup sûr. Sont-ils inamovibles ? Tout aussi peu. Prononcent-ils selon des formes déterminées ? Point du tout ; ou s'ils en observent, c'est l'administration elle-même qui se les impose, et qui demeure par conséquent plus ou moins libre d'y déroger. N'est-ce donc point là une justice de cadî ou de pacha²⁶ ?

La charge contre la justice retenue, vectrice de tyrannie, est, près de vingt ans plus tard, menée par Tocqueville, dans le rapport qu'il prononce à l'Académie des sciences morales et politiques sur le *Cours de droit administratif* publié par Macarel²⁷. Selon le publiciste, la justice retenue ou « réservée », telle que la présente

²⁵ Anonyme (V. DE BROGLIE), « Des tribunaux administratifs » (note de lecture critique de l'ouvrage éponyme de Macarel), *Revue française*, n° 6, 1828, p. 58-132, en part. p. 59. La formule aura peut-être été inspirée par celle dont Pichon a été l'auteur, quatorze ans auparavant : « On est encore à savoir, au conseil même, ce que c'est que cette juridiction, qui depuis a été appelée le contentieux administratif. Jamais l'axiome de droit, *omnis definitio periculosa* n'a été plus vrai que dans cette machine, dont l'action dépend de la question de savoir ce qui est ou n'est pas de justice administrative. L'idée seule de réunir ces deux mots dans le sens technique, c'est-à-dire pour signifier une attribution judiciaire, n'a pu naître que dans des esprits où toutes les notions étaient bouleversées » (L.-A. PICHON, *De l'État de la France sous la domination de Napoléon Bonaparte*, *op. cit.*, p. 74).

²⁶ V. de BROGLIE (anonyme), « Des tribunaux administratifs » (note de lecture critique de l'ouvrage éponyme de Macarel), art. cité, p. 60-61. À la même page, l'auteur ajoute : « Pourquoi l'administration craindrait-elle de soumettre ses différends avec les administrés aux juges qui prononcent sur la fortune, sur l'honneur, sur la vie des citoyens ? Pourquoi les différends qui s'élèvent entre les citoyens, à l'occasion d'un acte administratif, ne seraient-ils point déférés aux tribunaux ordinaires ? Il n'y a qu'une justice ; il n'y a qu'une raison et qu'une vérité ».

²⁷ L.-A. MACAREL, *Cours de droit administratif professé à la faculté de droit de Paris*, 4 vol., Paris, Thorel, 1844-1846. À propos du discours prononcé par Tocqueville sur cet ouvrage, voir S. GILBERT, « Rapport de M. de Tocqueville sur le Cours de droit administratif de M. Macarel (1846) »,

Macarel, constitue un « axiome de droit qu'aucun peuple libre, et [même] aucun peuple civilisé n'admettrait jamais²⁸ », puisqu'il faut alors « accepter des juges qui représentent l'administration elle-même », « le véritable juge [étant] le prince²⁹ ». Dans le tome premier de *De la démocratie en Amérique*, en 1835 (pour sa première édition), puis dans *L'Ancien Régime à la Révolution*, en 1856, c'est la garantie des fonctionnaires qui fait l'objet d'une critique soignée. Dans le premier de ces deux ouvrages, Tocqueville convoque le modèle américain de démocratie libérale pour souligner l'arbitraire de la justice administrative, en évoquant l'incrédulité des citoyens américains – choisis comme parangons du libéralisme – auxquels il aurait exposé les caractéristiques de la justice retenue et de la garantie des fonctionnaires³⁰. Dans le second, l'auteur dresse un parallèle entre l'irresponsabilité des fonctionnaires sous l'Ancien Régime et la garantie dont ceux-ci bénéficient dans le droit positif, au cours du XIX^e siècle : les modalités selon lesquelles le Roi accordait illégalement l'immunité aux fonctionnaires sont devenues légales³¹. La garantie des

art. cité, p. 1115-1121. À propos de l'apport de Tocqueville à la pensée du droit administratif, voir également C. COURVOISIER, « Tocqueville et la formation du droit administratif », in M. CARIUS, Ch. COUTEL, T. LE MARC'HADOUR (dir.), *La pensée juridique d'Alexis de Tocqueville*, Artois presses université, 2006, p. 41-49.

²⁸ S. GILBERT, *ibid.*, p. 1119-1120.

²⁹ *Ibid.* : « Nous parlons ici de procès, c'est-à-dire de litiges qui n'ont pas seulement pour fondement un intérêt, mais un droit, un droit positif et acquis, qui se fonde sur des lois qui en découlent, et qu'il ne s'agit que de constater, le texte de la loi à la main. Or, toutes les fois qu'un citoyen aura un droit de cette espèce à défendre contre un citoyen son égal, on lui permettra de s'adresser aux tribunaux ordinaires et aux juges inamovibles ; mais s'agira-t-il de défendre ce même droit contre l'administration ? Il lui faudra accepter des juges qui représentent l'administration elle-même. Bien plus, il ne pourra même s'en fier à la sentence de ces juges, car ici la justice est réservée, dit la maxime officielle. Le véritable juge, c'est le prince, et après avoir été absous par les agents du souverain, il peut toujours être condamné par le souverain lui-même. Ainsi là où l'adversaire est faible et la partialité du juge peu à craindre, on laisse aux citoyens l'exercice du tribunal complètement indépendant ; là où l'adversaire est fort et la partialité du juge à redouter, on contraint d'une manière générale et uniforme, par une règle inflexible du droit, le citoyen, à paraître devant un tribunal comparativement dépendant, et l'on va jusqu'à donner à la partie même le droit de juger ».

³⁰ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. 1, 12^e éd., Paris, Pagnère, 1848, p. 167-168 : « En l'an VIII de la république française, il parut une constitution dont l'art. 75 était ainsi conçu : "Les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis, pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État ; en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires." La constitution de l'an VIII passa, mais non cet article, qui resta après elle ; et on l'oppose, chaque jour encore, aux justes réclamations des citoyens. J'ai souvent essayé de faire comprendre le sens de cet art. 75 à des Américains ou à des Anglais, et il m'a toujours été très difficile d'y parvenir. Ce qu'ils apercevaient d'abord, c'est que le Conseil d'État, en France, étant un grand tribunal fixé au centre du royaume, il y avait une sorte de tyrannie à renvoyer préliminairement devant lui tous les plaignants. Mais quand je cherchais à leur faire comprendre que le Conseil d'État n'était point un corps judiciaire, dans le sens ordinaire du mot, mais un corps administratif, dont les membres dépendaient du roi ; de telle sorte que le roi, après avoir souverainement commandé à l'un de ses serviteurs, appelé préfet, de commettre une iniquité, pouvait commander souverainement à un autre de ses serviteurs, appelé conseiller d'État, d'empêcher qu'on ne fit punir le premier ; quand je leur montrais le citoyen, lésé par l'ordre du prince, réduit à demander au prince lui-même l'autorisation d'obtenir justice, ils refusaient de croire à de semblables énormités, et m'accusaient de mensonge et d'ignorance ».

³¹ A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Michel Lévy frères, 1856, p. 86 : « Parmi les dix-neuf constitutions qui ont été établies à perpétuité en France depuis soixante

fonctionnaires qui prospère depuis la fin du Premier Empire jusqu'au milieu du Second n'est donc, pour Tocqueville, que la perpétuation des pratiques despotiques de la monarchie absolue. La garantie des fonctionnaires est si étroitement associée à l'arbitraire administratif dans l'esprit des libéraux individualistes que l'on trouve, au sein de la notice consacrée à la notion d'« arbitraire » dans le *Dictionnaire de la politique*, la réflexion selon laquelle « si le fonctionnaire savait que chacun de ses actes qui ne serait pas justifié par la nécessité du service sera déféré à l'autorité supérieure, aux tribunaux, ou seulement à l'opinion publique par la voie de la presse, il y regarderait à deux fois avant d'en assumer la responsabilité³² ».

Enfin, en sus des publicistes libéraux individualistes, les magistrats sont, à partir de la fin du Second Empire et du début de la III^e République, les principaux pourfendeurs de la justice administrative³³. Leur démonstration, qui conclut à la nécessité d'abandonner le dualisme juridictionnel, consiste à présenter le juge judiciaire comme le plus pleinement garant des libertés individuelles et de la séparation des pouvoirs face aux privilèges contentieux de l'Administration³⁴. Il y a sans doute là quelque « rancœur par rapport à la défaite historique du pouvoir judiciaire³⁵ ».

ans, il s'en trouve une dans laquelle il est dit qu'aucun agent de l'administration ne peut être poursuivi devant les tribunaux ordinaires sans qu'au préalable, la poursuite n'ait été autorisée [...]. Les administrateurs ont encore coutume d'appeler le privilège qui leur est accordé par cet article une des grandes conquêtes de 1789 ; mais en cela ils se trompent également, car, sous l'ancienne monarchie, le gouvernement n'avait guère moins de soins que de nos jours d'éviter aux fonctionnaires d'avoir le désagrément de devoir se confesser à la justice, comme de simples citoyens. La seule différence essentielle entre les deux époques est celle-ci : avant la révolution, le gouvernement ne pouvait couvrir ses agents qu'en recourant à des méthodes illégales et arbitraires, tandis que depuis, il a pu légalement leur laisser violer les lois ».

³² M. BLOCK, « Arbitraire », in M. BLOCK (dir.), *Dictionnaire général de la politique*, t. 1, Paris, Lorenz, 1873, p. 86.

³³ E. POITOU, *La liberté civile et le Pouvoir administratif en France*, Paris, Charpentier, 1869, p. V-VI : « L'administration n'a pas seulement chez nous des attributions universelles ; elle est investie d'une sorte de souveraineté. Elle n'est pas seulement indépendante, elle est omnipotente [...]. Elle prétend, en cas de litige, n'avoir de juge qu'elle-même : c'est elle-même qui constitue son tribunal et qui en fixe la compétence [...] Ce n'est pas tout, omnipotente dans son action, elle l'est aussi dans ses agents. Les fonctionnaires qu'elle emploie, responsables envers elle-seule, ne le sont pas devant la justice ordinaire, même pour illégalité, même pour délit ou crime, à moins qu'il ne lui plaise de le lui permettre ».

³⁴ E. POITOU, *ibid.* : « Quel est le pouvoir qui protégera le droit individuel, qui défendra la personne, la propriété du citoyen, contre les caprices de cette puissance formidable, armée de deux-cent mille bras, qui s'appelle le pouvoir administratif [...] ? J'essaye de montrer que le pouvoir judiciaire est le gardien naturel, le seul gardien efficace de la liberté civile ». E. DRAMARD, « De la séparation des pouvoirs et de la juridiction administrative », *Revue pratique de droit français*, 1873, p. 433-475, en part. p. 442 : « Pour séparer le pouvoir judiciaire de l'autorité administrative, pour se conformer au principe sous l'égide duquel entend se placer l'administration, il faut que les juges des matières administratives restent complètement dans ce rôle de juges, et qu'ils soient identiques à ceux de droit commun ; car il ne peut pas plus être permis à un affilié à l'administration de juger l'administration, qu'à un juge civil ou criminel de statuer sur un fait ou un droit intéressant son parent ou son allié ». E. FUZIER-HERMAN *De la séparation des pouvoirs d'après l'histoire constitutionnelle et le droit comparé*, Paris, Maresq, 1880, p. 464 : « Pour nous qui ne reconnaissons plus qu'une justice déléguée et qui considérons toutes les compétences administratives comme étant de pure attribution, la recherche du juge ordinaire administratif est presque oiseuse. Ce juge se confond avec les juridictions ordinaires de droit commun ».

³⁵ Y. LADIÉ, « Les libéraux et la justice administrative au XIX^e siècle : un mariage de raison ? », *Rev. adm.* 2001, n° 319, p. 7.

François Burdeau interprète néanmoins l'ensemble des critiques précitées comme une réaction plus profonde contre « l'État Providence ; cet État qui peut fouler impunément aux pieds les libertés individuelles, sous le prétexte qu'il détient la science infuse de l'intérêt général³⁶ ».

Dans les éditions successives de *The Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, publiées entre 1885 et la fin du siècle, Dicey reprend à son compte la démonstration de l'arbitraire inhérent à l'organisation de la justice administrative au XIX^e siècle. Il n'y intègre néanmoins pas les réformes concourant à son perfectionnement. C'est ainsi que le « moment Dicey » a pu advenir.

II. L'AVÈNEMENT DU « MOMENT DICEY »

Ce que nous appelons le « moment Dicey » consiste en un dialogue comportant, d'une part, l'énoncé par le *Vinerian Professor* d'une critique du modèle français de droit administratif, aux fins de mettre en exergue la portée du *rule of law* et, d'autre part, la réaction de la doctrine française à cette critique, dans les premières années du XX^e siècle.

A. L'énoncé : le modèle français de droit administratif à l'épreuve du *rule of law*

L'énoncé de la critique « dicéyenne » du droit administratif procède, d'une part, d'une démarche scientifique particulière consistant à recourir au droit comparé pour rendre en compte, en négatif, de la consistance du *rule of law* et, d'autre part, d'une connaissance insuffisante des droits administratifs anglais et français.

1. De la démonstration par l'absurde de la consistance du *rule of law* à la démonstration de la suprématie anglaise

Dans *The Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Dicey utilise le droit comparé à une fin bien particulière : dans la partie consacrée à l'exposé de la notion de *rule of law*, il fait une présentation volumineuse (28 pages dans la quatrième édition, de 1889, 26 pages dans la version française de 1902) du droit administratif français³⁷. Elle vise à démontrer que la constitution d'un régime juridique arbitraire – le « système de droit administratif » (*administrative law scheme*)³⁸ – existant dans le système juridique français, est « absolument inconnue » du système juridique anglais, car elle est « fondamentalement inconciliable³⁹ » avec le *rule of law*. L'auteur fait donc référence à l'existence du droit administratif français en tant que contre-exemple du *rule of law*. Le modèle français est ainsi convoqué

³⁶ F. BURDEAU, « La crise du principe de dualité des juridictions », art. cité, p. 729.

³⁷ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 4^e éd., Londres, Macmillan, 1889, p. 303-330 ; A.V. DICEY, *Introduction...*, trad. A. Batut et G. Jèze, Paris, Giard et Brière, 1902, p. 285-310.

³⁸ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, op. cit., p. 303.

³⁹ *Ibid.*, *Introduction...*, p. 181.

aux fins d'une démonstration par l'absurde de la consistance de ce « principe fondamental de l'ordre juridique » anglais⁴⁰.

Dicey décrit l'une des trois facettes du *rule of law*, celle de l'égalité face à la règle de droit, comme étant « une caractéristique de l'Angleterre », selon laquelle « non seulement [...] aucun homme [...] n'est au-dessus [de la règle de droit]⁴¹, mais (ce qui est différent) [...] tout homme, quels que soient son rang, sa condition, est soumis [au droit] ordinaire du royaume et justiciable des tribunaux ordinaires⁴² ». Il ajoute qu'« en Angleterre, cette idée d'égalité devant [la règle de droit] ou de soumission universelle de toutes les classes à [un droit] unique appliqué par les tribunaux ordinaires a été poussée jusqu'à sa dernière limite⁴³ ». Partant, dans le système juridique décrit, « tous les fonctionnaires, depuis le Premier ministre jusqu'aux [agents de police] ou aux collecteurs de taxes, sont soumis à la même responsabilité que n'importe quel autre citoyen pour tout acte fait sans justification légale⁴⁴ ». Si l'énoncé semble limpide, Dicey affirme toutefois que le droit constitutionnel anglais est souvent mal compris et il voit dans le recours au droit comparé le moyen pédagogique de parer à cette difficulté⁴⁵.

L'objectif assigné à la mise en perspective du droit national par rapport à un modèle étranger est donc ostensiblement annoncé. Néanmoins, la lecture des propos introductifs du chapitre consacré au *rule of law* laisse entrevoir, derrière la démarche du pédagogue, une intention idéologique mâtinée d'ethnocentrisme. L'auteur recourt notamment à la figure du candide, afin de mettre en balance le degré élevé de protection des libertés et des droits individuels que garantit le droit anglais, grâce au *rule of law*, apanage des États « civilisés », avec la situation du système français de justice administrative. Ce procédé lui permet également de justifier le choix du droit administratif français comme pendant négatif du droit anglais. Il affirme ainsi

[qu']un Anglais se figure naturellement que le [*rule of law*] est un trait commun à toutes les sociétés civilisées. Cette supposition est pourtant erronée. La plupart des nations européennes sont, en effet, passées, à la fin du XVIII^e siècle, par cette phase de développement (dont l'Angleterre est sortie avant la fin du XVI^e siècle) où nobles, prêtres et autres, pouvaient défier [le droit]. Mais aujourd'hui même, il est loin d'être universellement vrai que, dans les pays continentaux, tous les individus soient soumis à une seule et même loi et que les tribunaux soient suprêmes dans toute l'étendue du pays. Si nous prenons la France comme [exemple-]type d'un État continental, nous pouvons affirmer avec une réelle jus-

⁴⁰ E. ZOLLER, « Rule of law », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1378-1380, en part. p. 1379.

⁴¹ Il s'agit là d'une traduction plus fidèle de la notion de *law* que celle – « loi » – que Batut et Jèze en donnaient en 1902. Lorsque nous citons la version française de *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, nous remplaçons systématiquement la traduction « loi » que les deux primo traducteurs donnent du mot « *law* », par le terme de « droit ».

⁴² A.V. DICEY, *Introduction...*, p. 172.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*, p. 183 : « Une raison pour laquelle le droit constitutionnel anglais est imparfaitement compris, c'est que nous le comparons trop rarement avec les dispositions des autres pays. Ici, comme ailleurs, la comparaison est essentielle à l'intelligence ».

tesse que les fonctionnaires – nous devons comprendre sous ce mot tous les individus employés au service de l'État – sont, en ce qui touche leur capacité officielle, à l'abri [du droit] ordinaire du pays, exempts de la juridiction des tribunaux ordinaires et, à beaucoup d'égards, soumis uniquement à un droit de fonctionnaires [(comprendre un droit « de l'Administration »)] appliqué par des corps de fonctionnaires [(comprendre des « agents de l'Administration »)]⁴⁶.

Le procédé narratif ou argumentatif consistant en l'évocation du candide, popularisé par l'ouvrage éponyme de Voltaire, ou encore par les *Lettres Persanes* de Montesquieu, n'est inconnu ni des publicistes ni des juristes. Il s'agit généralement d'un personnage étranger à la société à laquelle appartient l'auteur, et par les yeux duquel il en dénonce les mœurs ou les dérives. On pense à Tocqueville convoquant des Américains circonspects face à la présentation de la justice administrative française⁴⁷, ou encore à Jean Rivero, qui fait prendre au candide les traits d'un *Huron* face aux limites du recours pour excès de pouvoir⁴⁸. Chez Dicey, le néophyte semble être utilisé à contre-emploi ou, du moins, il paraît avoir une double fonction originale, si l'on se réfère aux exemples historiques fournis notamment par Montesquieu, Voltaire, Tocqueville et Rivero : il permet, d'une part, d'attribuer un satisfecit à son propre système juridique et, d'autre part, d'introduire, tout en justifiant sa nécessité, la présentation critique du modèle français de droit administratif.

Il demeure exact que l'une des vertus de la comparaison des droits est de permettre une meilleure compréhension de son propre système juridique, en le confrontant à l'altérité profonde d'un système étranger⁴⁹. Ainsi, pour le *Vinerian Professor*, « c'est [...] ce contraste même entre le droit administratif, tel qu'il existe en France, et la notion d'égalité devant la [*common law*] solidement établie dans l'Angleterre moderne, qui rend utile l'étude [...] »⁵⁰. Néanmoins, cet apport du droit comparé à la compréhension du système juridique dont l'auteur est originaire ne s'offre à celui-ci qu'à la condition qu'il considère son propre droit à la lumière de la différence qu'il constate dans le système juridique étranger. Or, le but énoncé par Dicey est simplement

de fixer la nature générale [du droit administratif] et les principes sur lesquels repose le système tout entier, d'en faire ressortir les traits saillants, enfin d'éclaircir à nos propres yeux ce fait que l'existence d'un mécanisme de droit administratif rend très différente la situation légale des fonctionnaires en France et celle des agents de l'État en Angleterre, et crée, en fait, un état de choses essentiellement contraire à ce que les Anglais regardent comme la juste suprématie [du droit] ordinaire du pays⁵¹.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 173.

⁴⁷ A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. 1, *op. cit.*, p. 167-168.

⁴⁸ J. RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », Paris, Dalloz, 1962, *Chroniques IV*, p. 37-40, in A. DE LAUBADÈRE, A. MATHIOT, J. RIVERO et G. VEDEL, *Pages de doctrine*, t. 2, Paris, LGDJ, 1980, p. 329-334.

⁴⁹ À ce propos, voir par ex. J. RIVERO, *Cours de droit administratif comparé – Doctorat*, Université de Paris, 1957-1958, Les cours de droit, p. 11 ; E. PICARD, « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *RIDC*, vol. 51, n° 4, 1999, p. 885-915, en part. p. 898-899.

⁵⁰ A.V. DICEY, *Introduction...*, p. 287.

⁵¹ *Ibid.*

Présenté ainsi, l'objet de sa démarche semble purement descriptif et non *comparatif*. On trouve certes, au sein du Chapitre XII, quelques réflexions du professeur oxonien sur l'histoire du droit anglais, inspirées par sa présentation du droit administratif français⁵², mais en nombre plus limité que l'intitulé « Le *rule of law* en Angleterre comparé au droit administratif français » n'aurait pu le laisser croire.

L'impression qui se dégage de cette lecture est que l'exercice auquel l'auteur se livre a en réalité essentiellement pour objet d'affirmer la supériorité du droit anglais sur les systèmes continentaux, cette entreprise passant par une critique du droit administratif français⁵³. Les quelques lignes de la préface de l'édition française de *Introduction* qu'il consacre à expliquer que telle n'était pas sa démarche n'emportent pas véritablement la conviction⁵⁴. Leur effet est au surplus gâché par la préface générale de l'ouvrage, dans laquelle le député républicain libéral Ribot affirme, lui, explicitement, la supériorité du droit public anglais⁵⁵.

L'objectif de nourrir une réflexion sur le *rule of law* au moyen de l'évocation du droit administratif français ne semble donc que très partiellement atteint – mais, on l'a dit, là n'était peut-être pas véritablement l'intention de l'auteur. Un grief plus

⁵² En particulier, aux p. 306-309, l'auteur établit un parallèle entre la justice administrative française, principalement, sa juridiction spéciale et son caractère retenu, et la volonté du Chancelier Bacon, au XVII^e siècle, d'« empêcher les juges, au moyen du *writ De non procedendo Rege inconsulto*, de connaître des affaires dans lesquelles les intérêts de la Couronne étaient engagés ».

⁵³ À propos de cette intention de Dicey, voir M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, 2006, p. 63 : « Dicey considérait que le système britannique était très supérieur aux systèmes du reste de l'Europe. En effet, c'est seulement au Royaume-Uni que les autorités publiques (autres que le Parlement) sont soumises, en principe, au même droit et au même juge que les autres justiciables [...]. La Grande-Bretagne se considère donc comme le seul pays où règne le droit ».

⁵⁴ A.V. DICEY, *Introduction...*, p. XXX-XXXI : « Je me suis reporté fréquemment aux Constitutions des pays étrangers et notamment à celles des États-Unis et de la France ; mais c'est seulement en vue d'illustrer, principalement par voie de comparaison, le fonctionnement des deux principes dominants qui sont à la base du système du Gouvernement anglais. Il faut se rappeler ce fait, si l'on désire comprendre mon exposé des Constitutions étrangères. Je veux montrer que, par leur contraste, parfois même par leurs ressemblances, elles jettent, une vive lumière sur les particularités de la Constitution anglaise. Je n'ai pas à en rechercher les mérites ni les défauts. Dire par exemple que les institutions d'un pays étranger diffèrent essentiellement de celles de l'Angleterre et montrer en quoi cette différence consiste, c'est simplement appeler l'attention sur un fait qui peut accroître notre connaissance du Droit Constitutionnel anglais ; mais c'est là tout autre chose qu'affirmer, sur le point en question, la supériorité des institutions anglaises sur celles des autres pays. C'est là une observation que devra conserver dans l'esprit celui qui lira le chapitre que je consacre au droit administratif français. J'ai voulu montrer (ce qui certainement est vrai) que, dans tout le Droit anglais, il n'y a que peu de chose ou même rien qui corresponde au Droit administratif. Mais cette conclusion ne prouve pas ou n'implique pas que le système du Droit administratif n'a aucun mérite propre, que l'Angleterre n'a rien perdu en négligeant de reconnaître pleinement les droits et devoirs de l'État, ce qui forme le droit administratif français. Bien au contraire, je suis d'autant plus éloigné de croire que le droit administratif de la France n'a aucun mérite, que je reconnais en lui une création remarquable et originale du génie français dans le domaine de la Jurisprudence ».

⁵⁵ A. RIBOT, préface à A.V. DICEY, *Introduction...*, p. V-XIX, en part. p. XVIII : « Nous sommes encore loin, toutefois, de pouvoir dire, d'une manière générale, que toute violation de la loi, commise par le gouvernement ou par ses agents, peut être redressée par la décision d'un tribunal régulièrement constitué. Que le droit public de l'Angleterre soit, à cet égard, supérieur au nôtre et à celui de la plupart des États du Continent, nous ne saurions le méconnaître ».

important peut néanmoins être formulé à l'encontre de l'entreprise de Dicey : elle repose sur une connaissance approximative du droit administratif français et sans doute même du droit administratif anglais.

2. Une connaissance lacunaire du droit administratif français

La présentation du droit administratif français proposée par Dicey reprend les grands traits de la critique libérale individualiste française du XIX^e siècle. Les griefs formulés à l'égard du droit français sont de deux ordres. Il s'agit, d'une part, de l'existence-même d'un système de droit administratif, avec la forme de privilège de juridiction qui en découle au profit de l'Administration, ainsi que le droit spécial qui lui est applicable⁵⁶ et, d'autre part, plus spécifiquement, de la garantie des fonctionnaires de la partialité du Tribunal des conflits. Cette seconde série de critiques conditionne sans doute la première, en renforçant le sentiment d'arbitraire que peut faire naître l'étude de la justice administrative des deux premiers tiers du XIX^e siècle. Elle se fonde néanmoins sur des connaissances imprécises et peu actualisées. Ainsi, au sujet de la responsabilité des agents de l'Administration, Dicey affirme (au moins jusqu'à 1902) que ceux-ci ne peuvent jamais être attraités devant le juge judiciaire⁵⁷. Il minimise également la portée du décret du 19 septembre 1870, qui abroge l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, laquelle prévoyait que les poursuites à l'encontre des « agents du Gouvernement » ne peuvent s'exercer qu'après autorisation du Conseil d'État⁵⁸, sans doute parce qu'il n'est pas instruit de la jurisprudence postérieure. On pense en particulier à l'arrêt *Pelletier*, rendu par le Tribunal des conflits le 30 juillet 1873, qui tire les conséquences du décret précité et de la jurisprudence des années 1850⁵⁹, en permettant la poursuite du fonctionnaire devant le juge judiciaire pour faute personnelle dans les cas où la faute ne consiste pas en l'édiction d'un acte administratif. Il pose ainsi les premiers jalons de la distinction entre la faute personnelle, qui permet de poursuivre l'agent

⁵⁶ Voir par ex. A.V. DICEY, *Introduction...*, p. 285 : « Dans beaucoup de pays et spécialement en France, les agents de l'État échappent, jusqu'à un certain point, en leur capacité officielle, aux rigueurs [du droit commun], et, dans une certaine mesure sont soustraits à la juridiction des tribunaux ordinaires : ils sont soumis à [un droit] bureaucratique appliqué par des assemblées de bureaucrates », ou encore p. 289 : « Chaque fois qu'il y a conflit entre les droits de l'État et les droits de l'individu, le gouvernement et ses agents possèdent, comme représentants de la nation, un ensemble de droits spéciaux, de privilèges et de prérogatives, dont l'étendue sera déterminée d'après des principes différents des considérations qui fixent les droits et les devoirs des simples citoyens entre eux. Selon les idées françaises, un individu, dans ses démêlés avec l'État, n'est pas sur le même pied que dans ses démêlés avec son voisin ».

⁵⁷ *Ibid.*, p. 293 : « S'il est vrai qu'un individu lésé par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions ne peut demander réparation aux tribunaux judiciaires, il ne s'ensuit pas qu'il n'a aucun recours quand, par exemple, il a subi un dommage par suite d'une arrestation illégale par un agent de police agissant par ordre, ou d'insultes insérées par un maire dans un avis officiel. L'incompétence des tribunaux judiciaires signifie simplement que la réparation du dommage causé au cours d'une opération administrative doit être cherchée auprès des autorités administratives elles-mêmes, ou, comme on les appelle, auprès des tribunaux administratifs ».

⁵⁸ *Ibid.*, p. 299 : « L'abrogation de l'article 75 ne fut si légèrement votée et si facilement acceptée que parce qu'elle effectuait un changement plus important en apparence qu'en réalité, et qu'après tout elle ne modifiait pas d'une façon bien sensible la situation des fonctionnaires français, ni le cours de l'administration française ».

⁵⁹ TC, 20 mai 1850, *Manoury*, S. 1850.2.618. Sur l'évolution de ce régime, voir F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, *op. cit.*, p. 150, et p. 236-238.

devant le juge judiciaire, et la faute de service, pour laquelle la responsabilité de l'Administration doit être recherchée devant le juge administratif⁶⁰. Il est donc parfaitement possible, dès l'époque où Dicey rédige la première édition de son ouvrage (1885), et contrairement à ce qu'il affirme, d'engager la responsabilité personnelle du fonctionnaire devant le juge judiciaire. Pourtant, Dicey ignore absolument l'état du régime français de responsabilité de l'Administration issu des arrêts *Pelletier* et *Laumonnier-Carriol*, fondé sur la distinction entre la faute personnelle et la faute de service. Sans doute n'est-il pas au fait de l'abandon du principe d'irresponsabilité de l'Administration, dont la responsabilité peut désormais être engagée pour fait de service – fût-ce devant une instance dont la nature de juridiction demeure suspecte aux yeux de l'auteur. Il ne considère donc la question de la responsabilité découlant des dommages causés par les agents administratifs qu'à travers la responsabilité personnelle⁶¹.

Dicey met également en cause l'impartialité du Tribunal des conflits dans sa fonction d'aiguillage de la compétence juridictionnelle, au motif qu'il est paritairement composé de membres du Conseil d'État⁶². Il confère d'ailleurs un poids particulier à cette critique, en affirmant qu'il s'agit là du « trait [saillant] [...] le plus remarquable de tous pour [son] étude⁶³ ». Pourtant, à supposer que les trois membres du Conseil d'État siégeant au Tribunal des conflits aient un biais en faveur de la compétence administrative, la même supposition peut être faite s'agissant des trois membres de la Cour de cassation (dont la voix n'a pas moins de valeur), en faveur, cette fois, de la juridiction judiciaire.

Les erreurs commises par Dicey sont, en partie au moins, dues à une connaissance du droit administratif français issue de sources datant bien souvent de plusieurs dizaines d'années. Il en va ainsi de la référence aux *Études administratives* de Vivien⁶⁴, parues (pour la première fois) en 1845, ou encore de celle à *De la Démocratie en Amérique*, de Tocqueville, dont la première édition date de 1835. Or, le

⁶⁰ Pour une affirmation de la règle, dans l'arrêt ayant donné lieu aux conclusions contenant la célèbre formule de Lafférière sur les caractères différenciant la faute personnelle de la faute de service, voir T.C., 5 mai 1877, *Laumonnier-Carriol*, *Rec.*, p. 437 : « Laumonnier-Carriol n'allègue aucune faute personnelle que puisse engager la responsabilité des fonctionnaires assignés ; que l'action intentée par Laumonnier-Carriol est en réalité portée contre l'État dans la personne de ses agents, afin d'obtenir la réparation du préjudice causé par des mesures prises par les deux ministres exerçant la puissance publique, et exécutées par le préfet en vertu de leurs instructions ; qu'une telle action est de la compétence de l'autorité administrative ».

⁶¹ A.V. DICEY, *Introduction...*, p. 301 : « Dans le système français, aucun agent du gouvernement ne peut être rendu civilement responsable de sa conduite s'il exécute sans malveillance ni corruption les ordres de ses supérieurs. Il échappe à la juridiction des tribunaux judiciaire parce que l'acte qu'il a accompli est administratif ; il est à l'abri d'une condamnation administrative parce qu'il a agi dans l'exercice de ses fonctions administratives ».

⁶² *Ibid.*, p. 296 : « Un observateur peut affirmer avec quelque assurance que le Tribunal des Conflits est un corps pour le moins autant administratif que judiciaire. Il s'ensuit que la compétence des tribunaux judiciaires, dans toutes les affaires intéressant des fonctionnaires, est déterminée par des personnes qui, si elles ne font pas effectivement partie de l'exécutif, sont influencées par des sympathies administratives et sont portées à considérer l'intérêt de l'État ou du gouvernement comme plus important que le respect strict des droits légaux des individus ».

⁶³ *Ibid.*, p. 295.

⁶⁴ M. VIVIEN, *Études administratives*, Paris, Guillaumin, 1845. Sur la foi de cet ouvrage, Dicey affirme notamment, aux p. 289-290 que le droit administratif permet aux personnes publiques

droit administratif français tel qu'il existe quinze à trente ans après le début de la III^e République n'a plus tout à fait les caractères de celui qui existait sous la Monarchie de Juillet. Son perfectionnement à partir de la fin du Second Empire a même été considérable, que ce soit sur le plan du régime de responsabilité, sur celui de la création d'un organe répartiteur des compétences, et encore davantage avec la fin du système de justice administrative retenue, comme avec l'apparition du recours pour excès de pouvoir sous sa forme moderne. Ayant publié sept éditions de son *Introduction* au moment où l'ouvrage est traduit en France, Dicey a déjà reçu un certain nombre de remarques de juristes français – dont, sans doute, ses traducteurs – au sujet du manque d'actualisation dont souffre son analyse comparatiste. On pourra ainsi s'étonner de ce que, dans la préface de la version française, après avoir reconnu ses approximations⁶⁵, Dicey aille presque jusqu'à les revendiquer, en tant qu'elles lui permettent d'établir un contraste suffisant entre les droits anglais et français. Il affirme ainsi :

Il importe d'ajouter ici que, pour une comparaison avec le Droit anglais, le Droit administratif français, tel qu'il existait au milieu du XIX^e siècle, convient tout autant que le Droit administratif plus développé de nos jours. À la vérité, mon exposé du Droit français fondé, comme il l'était sur bien des points, sur les écrits d'Alexis de Tocqueville ne correspond pas complètement, ainsi que me l'ont fait remarquer plusieurs critiques estimables, avec le Droit administratif actuel ; mais le Droit français, tel qu'il existait, par exemple, en 1850, est une illustration admirable, par voie d'opposition, du Droit Constitutionnel anglais. C'est pourquoi j'ai pensé qu'il n'y avait pas lieu de modifier matériellement les pages publiées pour la première fois en 1885⁶⁶.

On ne saurait mieux dire afin d'ôter toute valeur scientifique à une étude « comparative » dont l'importance avait pourtant été opiniâtrement martelée par l'auteur.

Il faut ajouter à la méconnaissance du droit administratif français – ou au refus de l'exposer tel qu'il existe à la fin du XIX^e siècle – une connaissance insuffisante de ce qui, dans le système juridique anglais, relève matériellement du droit administratif. Cette lacune conduit le *Vinerian Professor* à l'affirmation, aussi outrancière qu'erronée, selon laquelle le système juridique anglais ignore tout du droit administratif⁶⁷. Selon le professeur Sabino Cassese, non seulement Dicey « sous-estime

contractantes de violer leurs obligations contractuelles, sans qu'elles aient pour autant à indemniser intégralement leur cocontractant, à la différence de ce qui adviendrait dans pareille situation sous l'empire du droit civil. J'èze insère un commentaire en note de bas de page pour souligner le caractère erroné de cette affirmation : « La thèse de Vivien est aujourd'hui unanimement repoussée par la jurisprudence française ».

⁶⁵ A.V. DICEY, *Introduction...*, p. XXXI-XXXII : « Je tiens à affirmer tout particulièrement qu'une étude attentive de la *juridiction administrative* de Laferrière et d'autres ouvrages récents et autorisés, m'a convaincu non seulement que je suis tombé dans quelques erreurs de détail qui sont peut-être pardonnables à un anglais qui écrit sur le Droit français, mais encore que le Droit administratif a subi en France, pendant les cinquante ou soixante dernières années, une évolution remarquable dont, en 1885, je ne m'étais pas rendu un compte suffisant ». Sur ce point, on se reportera également aux remarques introductives formulées par J. Allison : A.V. DICEY, *The Law of the Constitution, The Oxford Edition of Dicey*, éd. J.W.F. Allison, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. XXVI-XXXVII.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*, p. 286 : « Les mots *administrative law*, qui sont la traduction la plus naturelle, n'ont aucun sens pour les juges et les avocats anglais ; ils sont, en eux-mêmes, à peine intelligibles sans

le « corpus » de droit administratif qui existait déjà à son époque en Angleterre⁶⁸ », mais il fonde de surcroît ses analyses à propos du droit anglais sur les représentations que s'en faisaient les auteurs libéraux individualistes français du XIX^e siècle⁶⁹. Pourtant, si les juristes britanniques contemporains de Dicey se sont peu intéressés au droit administratif anglais, plusieurs auteurs étrangers, qu'il a eu l'occasion de lire, ont été attentifs à son évolution à la fin du XIX^e siècle. On pense en particulier à l'Allemand Gneist, à l'Américain Garner, ou au Français Laferrière⁷⁰. Ce dernier, pour ne parler que de lui, consacre pas moins de soixante-dix pages de son traité à une présentation de l'évolution du droit administratif anglais. Il démontre notamment l'encadrement accru de l'action des organes publics par des textes législatifs de plus en plus nombreux⁷¹, mais aussi la justiciabilité des actes des organes publics, au travers de *writs*, selon un modèle qu'il n'hésite pas à comparer au recours pour excès de pouvoir⁷², ou encore le caractère résiduel de la responsabilité des agents publics, qui n'est dû qu'au principe d'irresponsabilité de la Couronne⁷³. Surtout, les travaux entrepris depuis la seconde moitié du XX^e siècle démontrent l'ancrage historique profond du droit administratif anglais⁷⁴. Le professeur Paul Craig affirme ainsi que la paternité des *remedies* du droit administratif anglais actuel, tels que l'*order of mandamus* ou le *certiorari* revient aux grands juges que furent « Coke,

autre explication. Cette absence, dans la langue anglaise, d'une expression qui rende pleinement celle de droit administratif est significative ; cette absence de synonyme provient au fond de ce que les Anglais ignorent la chose elle-même. En Angleterre et dans les pays, comme les États-Unis, qui puisent, leur civilisation aux sources anglaises, le système du droit administratif et même les principes sur lesquels il repose sont réellement inconnus » ; ou encore p. 454 : « le droit administratif, par conséquent, n'a point été reconnu en Angleterre » ; « il n'existe pas, en Angleterre, un véritable droit administratif ».

⁶⁸ S. CASSESE, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 61 ; P. CRAIG, *UK, EU and Global Administrative Law, Foundations and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, Hamlyn Lectures, 2015, p. 26 : « Dicey not only misunderstood the Continental regime, but he also ignored the body of UK case law dealing with the subject ».

⁶⁹ S. CASSESE, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 63 : « Dicey [...] prend comme éléments caractérisant le système anglais ceux-là même qu'avaient indiqués les libéraux français pour alimenter leur polémique, tandis qu'il néglige ou passe sous silence d'autres éléments comme la grande masse de lois administratives, les nouvelles compétences de l'État central, le développement des pouvoirs locaux, l'insuffisance du contrôle de l'administration par les tribunaux ordinaires, etc. On va donc choisir le droit de l'administration anglais sur des bases limitées, choisies sans critères scientifiques, en regardant, pour utiliser une métaphore – ce qu'avaient discerné les yeux d'autrui, mais à des fins différentes ».

⁷⁰ R. VON GNEIST, *La constitution communale de l'Angleterre, son histoire et son état actuel, ou le Self-Government*, 3 tomes, trad. de Th. Hippert, Bruxelles, Lacroix, Verboeckhoven et C^{ie}, 1867 ; J.W. GARNER, « La conception anglo-américaine du droit administratif », in *Mél. M. Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 337-385 ; E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd., Berger-Levrault, 1896, p. 97-117.

⁷¹ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, *op. cit.*, p. 99-103.

⁷² *Ibid*, p. 106-113, en part. p. 108.

⁷³ *Ibid*, p. 113-115.

⁷⁴ E.G. HENDERSON, *Foundations of English administrative law: certiorari and mandamus in the seventeenth century*, Cambridge, Harvard University Press, 1963 ; P. CRAIG, *UK, EU and Global Administrative Law, Foundations and Challenges*, *op. cit.*, p. 25-62.

Holt, Abbott, Blackstone, Mansfield et Kenyon⁷⁵ », dans les jugements qu'ils rendirent entre le XVI^e siècle et a fin du XVIII^e siècle.

L'énoncé de la critique « dicéyenne » du droit administratif français, fondée sur les négligences, voire les omissions volontaires précédemment évoquées, a été reçu de diverses manières par la doctrine contemporaine de son auteur.

B. La réaction : une réception doctrinale contrastée

La compréhension approximative voire erronée qu'avait Dicey à la fois du droit administratif français et du droit administratif anglais était flagrante aux yeux des savants de son époque. Par conséquent, la plupart des réactions doctrinales suscitées, au début du XX^e siècle, par le chapitre de l'*Introduction* consacré au droit administratif français furent, pour le moins, sceptiques. Il n'y eut guère qu'Hauriou pour recevoir de façon relativement accommodante les considérations de Dicey.

1. La réception sceptique

La plupart des auteurs français et américains spécialistes de droit administratif, qui entreprirent de commenter le Chapitre XII de l'*Introduction*, le firent pour souligner les erreurs commises par Dicey, aussi bien sur le plan du droit français que sur celui du droit anglais. L'un des premiers critiques publics du *Vinerian Professor* fut sans doute Jèze, qui inséra, au fil de sa traduction, un nombre important de commentaires en notes de bas de page, afin de souligner erreurs et imprécisions⁷⁶. Il consacra également les premiers développements (en note de bas de page) des *Principes généraux du droit administratif* à réfuter les conceptions de « son savant ami », notamment en évoquant l'étroitesse de l'idée qu'il se faisait du droit administratif, trop souvent résumé à la question de la responsabilité personnelle des agents, et en ne manquant pas de souligner le caractère « complaisant » avec lequel il opposait l'« arbitraire » du droit administratif au *rule of law*⁷⁷. On trouve des réserves de même ordre sous les plumes de Bonnard et Berthélémy⁷⁸, mais parmi

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 26-27.

⁷⁶ Voir par exemple, celui qui a été inséré dès le début du chapitre consacré au droit administratif français : « Un jurisconsulte français trouvera dans ce chapitre un exposé qui n'est pas toujours conforme au droit en vigueur aujourd'hui. L'auteur a beaucoup exagéré l'irresponsabilité des fonctionnaires ainsi que l'incompétence des tribunaux judiciaires en matière de procès intéressant l'État » (A.V. DICEY, *Introduction...*, p. 285, note de bas de page 1, commentaire de G. Jèze).

⁷⁷ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif. La technique du droit public français*, Paris, Giard, 3^e éd., 1925, p. 1-2, n° 1.

⁷⁸ R. BONNARD, « Les principes du droit administratif des États-Unis, par Franck J. Goodnow », *RDJ*, 1907, p. 776-784, en part. p. 777 : « C'est en partant d'une définition très étroite que [Dicey] est amené à dire que les pays anglo-américains n'ont pas de droit administratif ». Plus loin : « M. Dicey définit le droit administratif par les différences qui séparent les droits administratifs anglais et français » ; H. BERTHÉLÉMY, « Comparaison des principes du droit administratif français aux pratiques administratives des pays anglo-saxons », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, n°51, 1931, p. 59-70, en part. p. 61 : « On est surpris [...] quand on entend affirmer en certains pays que le droit administratif « n'existe pas », qu'il constituerait, s'il existait, une brèche regrettable au droit tout court, qu'il instituerait, au profit du gouvernement, un privilège abusif, qu'il aboutirait au despotisme de la bureaucratie ! C'est pourtant ainsi, pendant fort longtemps, que notre droit administratif français a été considéré par les juristes anglo-saxons – et surtout par l'un d'entre les plus éminents, le professeur Dicey ». Plus loin : « La nouvelle école

les contemporains de Dicey, ce furent sans doute les Américains Goodnow et Garner qui développèrent les jugements les plus critiques. Le premier insista sur l'erreur commise par l'auteur oxonien en adoptant une définition trop réductrice du droit administratif, recroquevillée sur la garantie des fonctionnaires⁷⁹. Le second consacra de longs développements à la réfutation de la conception du droit administratif véhiculée par Dicey, dans un article publié dans les *Mélanges Hauriou*⁸⁰, dont il résuma quelques années plus tard les lignes de force dans une publication aux *Mélanges Lambert*⁸¹. Le premier de ces deux articles est particulièrement remarquable, en ce qu'il consiste entièrement à démonter, point par point, l'argumentaire « dicéyien⁸² ». Garner, qualifie la thèse du *Vinerian Professor* de « manifestement inexacte », et il identifie précisément la plupart des causes ayant concouru à son aveuglement. Il relève notamment le caractère anachronique de ses analyses, conséquence d'une connaissance du droit administratif français fournie

anglaise a perdu les illusions de Dicey ; le vent a tourné, les savants anglais sont revenus à une plus claire intelligence des conceptions législatives ».

⁷⁹ F.J. GOODNOW, *Les principes du droit administratif des États-Unis*, trad. M. Boucard et G. Jèze, Paris, Giard et Brière, 1907, p. 4 : « Le refus opposé par M. Dicey, de reconnaître la possibilité de l'existence du Droit administratif dans les pays ayant le système juridique anglais est cependant du à une conception erronée. D'après lui, ce terme [...] a été à l'origine, est aujourd'hui employé par les français pour désigner les règles de droit en vertu desquelles les fonctionnaires administratifs ne sont pas individuellement responsables devant les tribunaux ; en conséquence, ces règles sont incompatibles avec l'esprit des institutions anglaises [...]. Mais il convient de remarquer que ce droit administratif a un champ beaucoup plus vaste qu'il ne le semblait d'après la description qu'en fait M. Dicey ». Du même auteur, voir également, *Comparative Administrative Law*, New York, Putnam's Sons, 1893, p. 6-7, pour une critique empruntant des arguments similaires à ceux de la citation précédente, et p. 223, pour une réfutation de la partialité que Dicey prêtait aux membres du Conseil d'État statuant au contentieux.

⁸⁰ J.W. GARNER, « La conception anglo-américaine du droit administratif », in *Mélanges M. Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 337-385.

⁸¹ J.W. GARNER, « La justice administrative en France et aux États-Unis », in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, Sirey et LGDJ, 1938, t. 2, p. 79-84.

⁸² Par exemple, à propos de la garantie des fonctionnaires, après avoir présenté la distinction faute personnelle-faute de service et les conséquences qui en découlent pour la responsabilité des agents publics, Garner conclut qu'« il est par conséquent très clair que l'opinion M. Dicey que, dans les pays de régime administratif, les fonctionnaires publics sont en fait des privilégiés de la liberté (« chartered libertines »), affranchis de la responsabilité devant les tribunaux judiciaires ordinaires pour la violation de la loi commise par eux, n'a aucun fondement réel », in J.W. GARNER, « La conception anglo-américaine du droit administratif », art. cité, p. 345.

par des références périmées sur le plan du droit positif (il cite Tocqueville et Vivien)⁸³, ainsi que sa méconnaissance des droits administratifs anglais et américain⁸⁴.

2. La réception accommodante

La quasi-unanimité avec laquelle la doctrine, française et américaine, puis anglaise, bat en brèche, au moyen d'arguments imparables, les théories « dicéyennes » sur le droit administratif, invite à s'interroger sur les raisons pour lesquelles Dicey continue d'être régulièrement cité dans les travaux de droit administratif (anglais et français) – bien davantage que ses contemporains anglo-saxons (Goodnow et Garner, par exemple) ayant une compréhension beaucoup plus fine de la matière. Pour les mêmes raisons, il est curieux que l'opposition entre les systèmes anglais et français relative au droit administratif conserve, dans la représentation commune, un caractère antagonique à peu près aussi puissant que celui qu'avait bâti Dicey. Au fond, tout se passe comme si, plutôt que de retenir les rectifications et réflexions sur le droit administratif fournies jusque dans les années 1930, par des auteurs plus savants en la matière que le professeur oxonien (et auxquels l'histoire a donné raison, si l'on en juge par l'évolution des droits administratifs anglais et français depuis la seconde moitié du XX^e siècle), la mémoire de la doctrine publiciste des XX^e et XXI^e siècles s'était au contraire cristallisée autour des théories « dicéyennes ».

La réception qui leur a été réservée par Hauriou n'est sans doute pas étrangère à l'orientation de la mémoire collective. Dans *La construction du droit administratif*, le professeur Sabino Cassese émet en effet l'hypothèse selon laquelle « l'histoire aurait pu s'arrêter là, sans l'intervention de Maurice Hauriou [...] qui, au lieu de faire un examen critique de Dicey, va le prendre au sérieux, et va s'employer à le contredire⁸⁵ ». Il explique que la théorie du « régime administratif », fondée sur la puissance publique et ses prérogatives, qu'Hauriou expose dès la huitième édition

⁸³ *Ibid.*, p. 338 : « C'est seulement tout récemment que les juristes anglais et américains découvrirent que [l'exposé de Dicey] était manifestement inexact, étant fondé sur une conception erronée propre à l'auteur et sur une information tirée de vieux auteurs français comme Tocqueville et Vivien, qui eux-mêmes ne comprenaient pas le fonctionnement du droit administratif et qui de plus écrivaient à une époque où il n'était pas devenu le corps de jurisprudence libérale pour la protection des particuliers contre l'arbitraire et la conduite illégale du gouvernement qu'il est aujourd'hui ». Voir également « La justice administrative en France et aux États-Unis », art. cité, p. 81-82.

⁸⁴ J.W. GARNER, « La conception anglo-américaine du droit administratif », art. cité, p. 339 : « Si [Dicey] entendait dire, comme il semble bien, qu'aucun des principes du droit administratif ne peut se trouver dans le droit anglais (et américain), on ne peut admettre la vérité de son assertion. Comme il a déjà été constaté, le principe de la responsabilité de l'État en matière de contrats a été depuis longtemps établi dans les droits anglais et américain et une responsabilité limitée en matière de délits civils (« torts ») a été aussi récemment introduite dans les deux pays [...]. Dans les deux pays, les fonctionnaires jouissent maintenant d'une immunité partielle contre les poursuites relatives à leur activité officielle et dans les deux pays, divers corps administratifs [...], qui ne sont pas reconnus comme tribunaux judiciaires, exercent aujourd'hui des fonctions qui sont en fait judiciaires ou au moins quasi-judiciaires. Ce sont là justement des traits caractéristiques de ce droit administratif français que Dicey maintient être inconnu en Angleterre et en Amérique et être étranger à l'esprit et aux traditions des droits anglais et américains ».

⁸⁵ S. CASSESE, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, op. cit., p. 57-58.

du *Précis de droit administratif*, en 1914, est développée « en opposition à Dicey⁸⁶ ». Dans la dernière édition de l'ouvrage, qui s'ouvre sur un chapitre consacré au régime administratif, le Doyen de Toulouse commence précisément l'exposé de sa théorie par l'opposition des « États sans régime administratif », dont « le type le plus achevé est l'Angleterre », aux « États à régime administratif, dont la France est le type le plus achevé⁸⁷ ». Les développements qu'Hauriou consacre à cette forme de comparaison, qui sont plutôt une juxtaposition destinée à établir un contraste, ne sont pas sans rappeler l'entreprise de Dicey précédemment exposée. À cette différence près, évidemment, qu'Hauriou rétablit les mérites qu'il reconnaît à la justice administrative française pour « protéger les intérêts des administrés⁸⁸ ». C'est sans doute ce qui conduit le professeur de la Sapienza à voir dans l'exposé d'Hauriou une forme de contradiction à Dicey, car pour le reste, le propos corrobore résolument l'opposition des droits anglais et français décrite par ce dernier. Le maître toulousain affirme ainsi que « l'Angleterre et la France réalisent [...], chacune en son genre, leur *type spécifique*⁸⁹ ». Le vocable utilisé, proche du concept d'« idéal-type » inventé par Weber, est révélateur des rôles joués respectivement par Hauriou et Dicey dans la fabrication doctrinale des deux types-idéaux opposés de droit administratif que sont le modèle anglais et le modèle français⁹⁰. Le professeur de la Sapienza affirme ainsi qu'« Hauriou souligna surtout les différences [entre le droit administratif français et le droit anglais], contribuant ainsi à la création de deux types idéaux⁹¹ ».

Au fond, il semble que si le théoricien du droit administratif français qu'était Hauriou a « pris au sérieux » – ou feint de le faire – les conceptions de Dicey sur les systèmes anglais et français, et qu'il a les confortées, c'est parce qu'elles nourrissaient son œuvre de conceptualisation du droit administratif en tant que droit « autonome » relativement au droit « ordinaire » ou privé. L'expression de « régime administratif », et l'acception empreinte d'exorbitance que lui confère Hauriou, ressemble ainsi à s'y méprendre à celle d'« *administrative law scheme* » utilisée par Dicey dans la version anglaise de son *Introduction*⁹² pour désigner le droit administratif français. Le terme de « *scheme* », qui peut être traduit en français par « système », s'approche beaucoup, dans ce contexte, de celui de « régime » juridique⁹³. En outre, présentant, dans son *Précis*, la « valeur pratique du droit administratif français », Hauriou se réfère à une citation de Dicey (sans en indiquer la

⁸⁶ *Ibid.*, p. 59.

⁸⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 12^e éd., 1933 ; rééd. Paris, Dalloz, 2002, p. 1-2.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 3.

⁸⁹ *Ibid.* Nous soulignons.

⁹⁰ S. CASSESE, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 66 : « on en arrive [...] à formuler des modèles relativement vides de contenu empirique, en ce sens que ce sont des constructions étrangères à la réalité ou des "types idéaux", dans l'acception que donne à ce terme Max Weber ».

⁹¹ *Ibid.*, p. 65.

⁹² A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, Macmillan, 4^e éd., 1889, p. 303.

⁹³ « Scheme », in *Harrap's Unabridged*, t. 1, Chamber-Harrap, 2007, p. 1024 -1025.

référence), selon laquelle « le droit administratif français est fondé “sur la prérogative de l’administration” ». Le *Vinerian Professor* formulait-il ainsi une comparaison avec les *prerogative powers* britanniques ? Ou faisait-il simplement référence à l’exorbitance du droit administratif au regard du droit civil ? Nous l’ignorons. Il faudrait, pour le déterminer précisément, savoir de quel passage de l’ouvrage Hauriou a extrait la citation. Il demeure que l’emploi de cette formule prêtée à Dicey corrobore de façon très à propos la théorie d’un droit administratif « autonome » car fondé sur un pouvoir administratif constitué de prérogatives. Hauriou a donc instrumentalisé les théories de l’auteur oxonien, y compris dans ce qu’elles ont de plus contestable, pour réaffirmer l’autonomie et l’exorbitance du droit administratif français. Il a ainsi favorisé la propagation de ses thèses. Leur influence sur la pensée du droit administratif n’a finalement prospéré que parce qu’elles ont reçu, en France, l’écho puissant d’un savant de l’autorité scientifique d’Hauriou. Le « moment Dicey » apparaît ainsi comme une espèce – purement doctrinale – de « chœur à deux voix⁹⁴ ».

Le moment Dicey a donc été celui de la différentiation paroxystique et outrancière des modèles anglais et français relatifs au droit de l’Administration, par le biais d’une déformation presque revendiquée des droits positifs des deux systèmes juridiques. La conception du droit administratif français comme un droit de prérogatives a néanmoins été confortée par Hauriou, puisque, purgée de ses erreurs grossières, elle corroborait sa conception de la matière.

III. L’ACTUALITÉ DU « MOMENT DICEY »

Se demander si le « moment Dicey » a des répercussions sur la pensée actuelle du droit administratif ou si, au contraire, il ne conserve qu’un caractère purement anecdotique et symbolique, doit conduire à rechercher les traces des conceptions scientifiques de l’auteur dans les débats relatifs au droit administratif, ainsi que dans la comparaison des droits de *common law* et du droit français.

A. L’actualité des conceptions « dicéyiennes » dans les débats relatifs au droit administratif

Les idées de Dicey sur le droit administratif n’ont pas véritablement imprégné les conceptions et débats actuels, du moins en France. On peut néanmoins émettre l’hypothèse d’une filiation entre ses théories et certaines tendances doctrinales britanniques contemporaines.

1. Une influence absente des débats français

Le « moment Dicey » a résulté de l’exhumation de la critique libérale individualiste du modèle français de droit administratif, trouvant un écho dans l’entreprise d’autonomisation du droit administratif d’Hauriou. Ainsi considéré, on peut dire que le moment Dicey pèse peu sur les débats contemporains. Cette faible influence s’observe, d’abord, s’agissant de l’évolution de la matière, aussi bien sur le plan de sa conception doctrinale que sur celui du droit positif, depuis la fin du siècle der-

⁹⁴ J. RIVERO, « Jurisprudence et doctrine dans l’élaboration du droit administratif », *EDCE*, 1955, p. 29. Dans cet article, Rivero emploie la métaphore au sujet du Conseil d’État et de la doctrine.

nier. Elle se déduit, ensuite, de la ténuité du lien entre les arguments libéraux brandis par Dicey contre la justice administrative, et les débats persistants, en France, au sujet de la dualité de juridiction.

Le droit administratif est de plus en plus rarement considéré comme un corpus véritablement autonome par rapport au droit privé, et depuis les travaux d'Eisenmann sur cette question⁹⁵, les études conduisant à réfuter son autonomie se sont multipliées⁹⁶. Si le droit administratif demeure original au regard du droit privé, cette originalité n'est que partielle, en tant que le droit privé « est inapplicable de plein droit à l'Administration⁹⁷ ». Néanmoins, cette singularité du droit administratif est elle-même de plus en plus atténuée, et on assiste, depuis les années 1980, au phénomène, souvent décrit, de sa banalisation, au contact d'une idéologie d'inspiration néolibérale, qui infuse dans le droit administratif français, notamment à partir du droit européen⁹⁸. Ce phénomène a largement réduit l'image d'un droit d'exception, empreint d'arbitraire, que pouvaient en avoir les libéraux individualistes et Dicey lui-même. Aurait-on pu imaginer, au début du XX^e siècle, l'Administration soumise au droit de la concurrence, ou encore que les règles qui régissent les rapports qu'elle entretient avec ses agents soient en partie le fruit de directives européennes applicables indifféremment au secteur public et au secteur privé ? L'inspiration comparatrice de Dicey en eut sans doute été affectée...

La postérité du « moment Dicey » est également à rechercher, en France, dans les débats actuels autour du modèle français de justice administrative, et sur la protection qu'il offre aux droits et libertés. Néanmoins, là encore, les arguments du *Vinerian Professor* contre le modèle français de droit administratif ne semblent guère avoir influencé la doctrine contemporaine. Il y a à cela plusieurs raisons. La première, importante – au moins en apparence⁹⁹ – sur le plan du droit positif, mais

⁹⁵ Ch. EISENMANN, « Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques », *JCP G*, 1949, I, 742 et 751 ; « Droit public, droit privé en marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX^e au XX^e siècle », *RDJ* 1952, p. 903 ; « L'autonomie du droit administratif : un dogme faux », in *Perspectivas del derecho publico in la segunda mitad del siglo XX, Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, Madrid, 1969, t. IV, p. 417, in *Écrits de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2013, p. 452.

⁹⁶ À propos du degré d'autonomie du droit administratif général au regard du droit privé, voir notamment ; Ch. DEBBASCH, « Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ? », in *Mél. Chapus*, Paris, Monchrestien, 1992, p. 127 ; B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élabo-ration du droit administratif*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2001 ; J.-C. VÉNÉZIA, « Le droit administratif français est-il encore un droit dérogatoire au droit commun ? », in *État-loi-administration, Mélanges en l'honneur d'Epaminondas Spiliotopoulos*, Athènes et Bruxelles, Sakkoulas et Bruylant, 1998, p. 453. Pour des études plus sectorielles, voir notamment R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée, les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, LGDJ, 1953 ; N. FONT, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Paris Dalloz, 2009 ; F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (Contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, Paris, LGDJ, 1981 ; J. MARTIN, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, thèse Paris II, 2008.

⁹⁷ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 667.

⁹⁸ Voir notamment J.-B. AUBY, « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et les limites de celui-ci », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 5 ; *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010.

⁹⁹ Voir à ce propos D. TRUCHET, « Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel », *Justices* 1996, n° 3, p. 53. Le professeur Didier Truchet affirme ainsi que le principe du monopole de la juridiction administrative en matière d'annulation ou de réformation des

sans doute beaucoup moins sur le plan de la pensée juridique, est la constitutionnalisation du monopole de compétence de la juridiction administrative en matière d'annulation et de réformation des décisions administratives, en dehors « des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire » à la suite de la décision *Conseil de la concurrence*¹⁰⁰. Au-delà du symbole que peut constituer la consécration constitutionnelle de la juridiction administrative en tant que juge naturel de l'Administration, c'est plutôt l'évolution de la justice administrative et des règles qui l'encadrent, qui ont réduit à peu de choses les contestations. Dans le cadre de son office de conciliation entre l'intérêt général et les intérêts particuliers, le juge administratif a en effet joué, depuis le « moment Dicey », un rôle croissant dans la protection des droits et libertés. Sur ce point, la critique doctrinale, prenant parfois la forme de « réquisitoires »¹⁰¹ contre des insuffisances de la justice administrative¹⁰² a porté ses fruits : la loi du 8 février 1995 confère un pouvoir d'injonction au juge de l'excès de pouvoir¹⁰³, et celle du 30 juin 2000 confie au juge des référés administratifs le pouvoir de statuer en urgence, notamment pour faire cesser l'atteinte grave portée par l'Administration à une liberté fondamentale¹⁰⁴. Par ailleurs, la protection des droits et libertés individuels n'est plus l'apanage des juridictions administrative et judiciaire, et le débat portant sur le point de savoir laquelle des deux juridictions est la plus digne de confiance pour les défendre s'en trouve encore tempéré. Jean Rivero se demandait ainsi, en 1990, avant même que les réformes précédemment décrites et qu'il a appelé de ses vœux ne soient adoptées, si le débat sur la dualité de juridictions en matière de protection des libertés n'était pas déjà dépassé, du fait du degré supplémentaire de protection des droits et libertés que constitue le système de la Convention européenne des droits de l'Homme, ainsi qu'en raison de l'existence du contrôle de constitutionnalité des lois par une juridiction spécialisée¹⁰⁵. Sur ces deux points, l'évolution du droit lui a encore donné raison, puisque la constitutionnalisation et surtout l'internationalisation des régimes

décisions administratives exige uniquement la spécialité du juge de l'Administration, mais pas l'existence d'une juridiction administrative à proprement parler. Les juridictions administratives et judiciaires pourraient être fusionnées, ou à tout le moins la juridiction administrative telle qu'elle existe pourrait être supprimée, sans qu'une réforme constitutionnelle ne soit nécessaire. Cette position est également adoptée *in R. DRAGO et M.-A. FRISON-ROCHE*, « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative », *APDE*, t. 41, 1997, p. 135-48, en part. p. 138-139.

¹⁰⁰ CC, n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence, *GAJA*, 19^e éd., n° 88, 2013, p. 634 ; *AJ*, 1987, p. 345, note J. CHEVALLIER ; *JCP* 1987. II. 20854, note J.F. SESTIER ; *LPA* 12 février 1987, note V. SÉLINSKY ; *Gaz. Pal.* 1987. Doct. 1. 209, comm. C. LEPAGE-JESSUA ; *RFDA* 1987, p. 287, note B. GENEVOIS ; *RFDA* 1987, p. 301, note L. FAVOREU ; *RDP* 1987, p. 1341, note Y. GAUDEMET ; *D.* 1988, p. 117, note F. LUCHAIRE ; *Rev. adm.* 1988, p. 29, note G. SOREL.

¹⁰¹ F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, *op. cit.*, p. 482-484.

¹⁰² Voir notamment J. RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », art. cité.

¹⁰³ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

¹⁰⁴ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

¹⁰⁵ J. RIVERO, « Dualité de juridiction et protection des libertés », *RFDA*, 1990, p. 734-738, en part. p. 738 : « En matière de libertés [...] le dilemme dualisme ou unité de juridiction n'est-il [...] pas déjà dépassé, dans une certaine mesure [...] pour les États qui ont ratifié la Convention européenne des droits de l'Homme, et qui, au-dessus de leurs juridictions nationales, unique ou double, trouvent, dans les instances de Strasbourg, un nouvel ordre de juridiction ? Ne l'est-il

de droits et libertés, opérées depuis la seconde moitié du XX^e siècle ont, d'une part, multiplié les juridictions devant lesquelles les individus peuvent faire valoir leurs droits et défendre leurs libertés et, d'autre part, elles ont renforcé les contraintes pesant sur l'Administration et son juge. Sur le fondement du droit au procès équitable, la Cour européenne des droits de l'Homme a ainsi condamné la France pour le défaut – simplement apparent – d'impartialité de la procédure devant le juge administratif, en raison de la participation du commissaire du gouvernement au délibéré¹⁰⁶. Sa jurisprudence n'est d'ailleurs pas étrangère aux réformes de la justice administrative entreprises depuis une décennie. Si l'on ajoute au dispositif européen de protection des droits et libertés celui que la question prioritaire de constitutionnalité offre au justiciable pour les faire valoir, il n'est guère surprenant que les débats sur l'impropriété d'une justice administrative se soient presque taris.

Les critiques actuelles, lorsqu'elles existent, portent exclusivement sur l'intérêt du maintien de la dualité de juridiction¹⁰⁷, mais pas sur celui du modèle français de droit administratif. Or, Dicey et, avant lui, les libéraux individualistes ne remettaient en cause la justice administrative que dans la mesure où elle constituait un rouage de ce modèle. Ce qui leur paraissait inacceptable était que l'État s'octroie le pouvoir de déterminer ce que doit être l'intérêt général, et qu'un organe administratif ait pour office de trancher les litiges opposant les particuliers à l'État en prenant en compte cet intérêt, en le faisant prévaloir, si nécessaire, sur les intérêts particuliers. Le droit administratif est désormais davantage perçu comme ayant pour objet la conciliation entre l'intérêt général et les intérêts particuliers (ainsi que l'indiquait déjà l'arrêt *Blanco*)¹⁰⁸ que comme moyen d'assurer la primauté du premier sur les seconds. Les juridictions administratives ne sont, de surcroît, plus considérées comme des organes administratifs, mais bien comme des juridictions à part entière. Le modèle de droit administratif français n'est plus véritablement une source de crispation, et il n'y a guère que la concentration des fonctions de conseil

pas pour tous ceux qui, au-dessus des ordres traditionnels, ont confié la protection des libertés contre la loi au juge constitutionnel, dont les décisions ne restent pas sans effets sur celles du juge ; qu'il soit judiciaire ou administratif ? »

¹⁰⁶ Cour EDH, G^{de} Chambre, 7 juin 2001, *Kress c/ France*, *AjDA*, 2001, p. 675, note F. ROLIN ; *D.* 2001, chron. 261, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA ; *JCP* 2001, II, 10578, note F. SUDRE ; *RFDA* 2001, p. 991, obs. B. Genevois ; p. 1000, obs. J.-L. AUTIN et F. SUDRE ; *RTDE*, 2001, p. 727, obs. BENOIT-ROHMER ; *RDP*, 2001, p. 983, pbs. X. PRÉTOT ; *RTDH*, 2002, p. 223, note L. SERMET.

¹⁰⁷ À propos des critiques récentes du maintien de la dualité de juridiction, voir notamment E. CARTIER, « Repenser le dualisme juridictionnel de notre système », propos recueillis par J. Vayr, *LPA* 2017, n° 57, p. 3 ; P. CASSIA, « Autorité judiciaire – juge administratif : match nul pour les libertés individuelles », *Le blog de Paul Cassia* (Médiapart) ; R. DRAGO, M.-A. FRISON-ROCHE, « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative », art. cité ; D. TRUCHET, « Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel », art. cité ; « Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel », *AjDA*, 2005, p. 1769 ; A. VAN LANG, « Le dualisme juridictionnel pourrait-il disparaître ? », in B. BONNET et P. DEUMIER (dir.), *De l'intérêt de la Summa divisio droit public-droit-privé*, Paris, Dalloz, 2010, p. 275-283 ; « Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité », *AjDA*, 2005, p. 1760. Pour une synthèse récente sur la question, voir M. JORAT, « Supprimer la justice administrative... deux siècles de débats », *RFDA*, 2008, p. 456-467, en part. p. 461-467.

¹⁰⁸ On trouve l'idée de la conciliation des intérêts publics et privés dès l'arrêt *Blanco*, dans lequel le Conseil d'État évoque la détermination des règles du droit administratif en fonction « de la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ».

du gouvernement et de juge de l'Administration au sein d'un même organe qui prête encore le flanc à une critique, qui demeure toutefois modérée¹⁰⁹.

Il faut toutefois signaler que certaines évolutions récentes dans le partage de la compétence en matière de défense des libertés, entre le juge administratif et le juge judiciaire, au profit du premier, ont été à l'origine de nouveaux débats sur la légitimité du juge administratif en tant que juge des libertés¹¹⁰. D'abord, la jurisprudence constitutionnelle a limité, en 1999, la compétence judiciaire en matière de protection des libertés en restreignant le domaine de la liberté individuelle au droit de ne pas être détenu arbitrairement¹¹¹. En 2013, la limitation du champ de la voie de fait, à la suite de la décision *Bergoend*, puis l'abandon, l'année suivante, de la théorie de l'emprise irrégulière dans l'arrêt *Panizzon* ont ensuite contribué à amoindrir la compétence judiciaire dans le domaine de la protection des libertés¹¹². Enfin, en 2015, les lois sur le renseignement¹¹³ et sur l'état d'urgence¹¹⁴ ont laissé le juge judiciaire à l'écart du contrôle des mesures individuelles prises sur leur fondement.

¹⁰⁹ E. CARTIER, « Repenser le dualisme juridictionnel de notre système », art. cité ; P. CASSIA, « Autorité judiciaire – juge administratif : match nul pour les libertés individuelles », art. cité ; D. TRUCHET, « Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel », art. cité ; « Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel », art. cité La séparation des fonctions de conseil et de juge administratif a, au demeurant, été renforcée par le décret n° 2008-225 du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État. Ce texte introduit dans le code de justice administrative un article R. 122-21-1 aux termes duquel « les membres du Conseil d'État ne peuvent participer au jugement des recours dirigés contre les actes pris après avis du Conseil d'État, s'ils ont pris part à la délibération de cet avis ».

¹¹⁰ À propos du point de vue des magistrats, voir B. LOUVEL, discours prononcé à l'occasion de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de Cassation, le 14 janvier 2016 ; « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ? », Réflexion à l'occasion de la rencontre annuelle des premiers présidents de cour d'appel et de la Cour de cassation, prononcé le 2 février 2016, disponible sur le site de la Cour de cassation ; B. LOUVEL, « Pour l'unité de juridiction », Tribune publiée sur le site internet de la Cour de cassation le 25 juillet 2017 ; J.-C. MARIN, discours prononcé lors de l'Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le jeudi 14 janvier 2016. À propos du point de vue de la doctrine, voir notamment O. LE BOT, « État d'urgence et compétence juridictionnelle », *RFDA*, 2016, p. 436 ; D. MAUS, « *Habeas Corpus*, liberté individuelle et contrôle du juge : quel juge ? », *D.* 2016, p. 671 ; P. WACHSMANN, « De la marginalisation du juge judiciaire en matière de libertés et des moyens d'y remédier », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 473.

¹¹¹ CC, 16 juin 1999, n° 99-411 DC, *Rec. Cons. const.* 75 ; *AJDA*, 1999, p. 694, note J.-E. SCHOETTL. À propos de la limitation du champ de la liberté individuelle et plus généralement de celui des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, voir G. ÉVEILLARD, « Les matières réservées par nature à l'autorité judiciaire », *AJDA*, 2017, p. 101.

¹¹² TC, 17 juin 2013, *Bergoend c/ Société ERDF Annecy Léman*, *AJDA*, 2013, p. 1568, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *AJDI*, 2014, p. 124, étude S. GILBERT ; *RFDA*, 2013, p. 1041, note DELVOLVÉ ; *Dr. adm.* 2013, n° 12, comm. 86, note S. GILBERT ; *JCP G*, 2013, 1057, note S. BIAGINI-GIRARD ; doct. 1359, chron. G. Eveillard ; *JCP A* 2013, 2301, note C.-A. DUBREUIL ; *RJEP* 2013, n° 712, comm. 38, note B. SEILLER ; TC, 9 déc. 2013, *Époux Panizzon c/ Commune de Saint-Palais-sur-Mer*, *AJDA* 2014, p. 216, chron. A. BRETONNEAU et J. LESSI ; *RDI* 2014, p. 171, note N. FOULQUIER ; *RFDA* 2014, p. 61, note P. DELVOLVÉ ; *JCP G* 2014, act. 102, obs. L. ERSTEIN et doct. 1355, note M. MARTIN ; *Dr. adm.* 2014, comm. 25, note S. GILBERT ; *Dr. adm.* 2015, étude 4, note S. TRAORÉ ; *RJEP*, 2014, n° 719, comm. 19, note J. LEBON.

¹¹³ Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

¹¹⁴ Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions.

Fidèle à sa jurisprudence limitant le champ de la liberté individuelle à l'absence de détention arbitraire, et estimant que les mesures de perquisitions administratives ou d'assignations à résidence étaient des mesures de police administrative, le Conseil constitutionnel a jugé cette solution conforme à l'article 66 de la Constitution¹¹⁵. La controverse a été menée par le Premier président de la Cour de cassation et par son Procureur général, inquiets de la réduction de la compétence judiciaire en matière de protection des libertés au profit de la juridiction administrative¹¹⁶. Néanmoins, les arguments « dicéyiens » sur la justice administrative sont à nouveau restés extérieurs aux débats, les questions soulevées ne concernant en rien l'impartialité du juge administratif¹¹⁷. Il est en revanche essentiellement question de deux types d'inconvénients : le premier est celui souligné notamment par le professeur Patrick Wachsmann, de l'absence de pouvoir d'autorisation, par le juge administratif, de mesures attentatoires aux libertés telles que les perquisitions administratives, qui permettrait d'effectuer un contrôle préventif¹¹⁸. Cette lacune limite d'autant la protection que le juge administratif offre aux libertés, au regard de celle que peut garantir le juge judiciaire. Elle a été partiellement comblée – du moins en apparence – par l'article 4 de la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure. Ce texte, qui fait entrer les perquisitions administratives visant à lutter contre le terrorisme dans le droit commun, les soumet au contrôle préalable du juge des libertés du Tribunal de grande instance de Paris¹¹⁹. Le second inconvénient, relevé avec instance par le Premier président Bertrand Louvel, est celui de la concurrence des deux ordres juridictions dans le domaine de la protection des libertés¹²⁰. On imagine, une nouvelle fois, derrière elle, celle de leur regroupement, ou de leur fusion, sujet de réflexion qui semble inépuisable.

¹¹⁵ À propos des perquisitions administratives, Cons. const. 19 février 2016, n° 2016-536 QPC, *AJDA*, 2016, p. 340 ; *AJCT*, 2016, p. 202, étude J.-C. JOBART ; *JCP G*, 2016, n° 477, note C. RIBEYRE ; *JCP A*, 2016, n° 2139, note M. VERPEAUX ; à propos des assignations à résidence : Cons. const. 22 déc. 2015, n° 2015-527 QPC, *AJDA*, 2015, p. 2463 ; *D.* 2016, p. 79, et les obs. ; *RFDA*, 2016, p. 123, note A. ROBLOT-TROIZIER ; *Dr. adm.* 2016, comm. 25, note G. EVEILLARD ; *JCP A*, 2016, n° 2039, note M. VERPEAUX.

¹¹⁶ B. LOUVEL, J.-C. MARIN, discours précités.

¹¹⁷ P. WACHSMANN, « De la marginalisation du juge judiciaire en matière de libertés et des moyens d'y remédier », art. cité : « Le dessaisissement du juge judiciaire ne signifie nullement un crépuscule des libertés publiques. Les garanties offertes par les deux ordres de juridiction sont en effet équivalentes au regard des normes définissant l'équité du procès ».

¹¹⁸ P. WACHSMANN, « De la marginalisation du juge judiciaire en matière de libertés et des moyens d'y remédier », art. cité.

¹¹⁹ Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, *JORF* n° 0255 du 31 octobre 2017, texte n° 1. Parmi les nombreux commentaires de ce texte, qui dénoncent généralement l'introduction des pouvoirs de police administrative relevant jusqu'alors de l'état d'urgence dans le droit commun, ainsi que l'efficacité du contrôle *a priori* des perquisitions administratives – fût-il l'œuvre du juge judiciaire –, on mentionnera en particulier P. CASSIA, « Sortie de l'état d'urgence temporaire, entrée dans l'état d'urgence permanent », *Le blog de Paul Cassia* (Médiapart) ; et O. LEBOT, « Un état d'urgence permanent ? », *RFDA*, 2017, p. 1115 sq.

¹²⁰ B. LOUVEL, « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ? », discours précité, p. 8 ; B. LOUVEL, « Pour l'unité de juridiction », tribune précitée.

2. L'hypothèse d'une incidence persistante sur les débats anglais

En Angleterre, le moment Dicey a pu avoir une double incidence. En premier lieu, l'affirmation selon laquelle le système juridique anglais ne connaissait aucune forme de droit administratif a été identifiée, nonobstant son caractère erroné, comme une entrave durable au développement du droit administratif britannique¹²¹. En second lieu, on peut se demander dans quelle mesure la forme d'ethnocentrisme, voire de chauvinisme, dont faisait preuve l'auteur oxonien, n'a pas contribué, ne serait-ce que de façon marginale, à orienter la représentation qu'a une partie de la doctrine britannique de sa propre culture juridique. La perception de sa singularité face aux cultures juridiques de tradition civiliste a pu, de ce point de vue-là, être renforcée. Un certain nombre d'auteurs et de juges britanniques se sont en effet montrés, à la fin du siècle dernier et au début de celui-ci, inquiets de la « continentalisation » du droit anglais notamment sous l'influence des droits européens¹²², ou sceptiques face à une distinction croissante entre les aspects publics et privés de la *common law* anglaise¹²³. Sans en avoir aucune certitude, il est tentant de faire l'hypothèse que la conception du droit anglais véhiculée par Dicey a pu avoir une postérité sur ce point. Il faut néanmoins relativiser cette impression, en précisant que le courant doctrinal évoqué n'est représentatif que d'une partie, sans doute minoritaire, de la doctrine anglaise. Nombreux sont les auteurs dont les conceptions s'éloignent considérablement de celles du *Vinerian Professor*, et qui ont, depuis les années 1980-1990, contribué au développement de la pensée du droit administratif anglais, notamment en mêlant aux conceptions traditionnelles de la *common law* celles du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

¹²¹ S. CASSESE, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, op. cit., p. 53 : « L'œuvre de Dicey, par sa diffusion et son influence, bloquera pendant au moins un demi-siècle l'évolution de la réflexion scientifique anglaise sur le droit administratif et l'essor même du droit administratif ».

¹²² À propos de l'incidence de l'appartenance du Royaume-Uni à l'Union européenne sur la souveraineté du Parlement, voir notamment H.W.R. WADE, « Sovereignty. Evolution or Revolution? », *Law Quarterly Review*, n° 112, 1996, p. 568. Pour une recension des réserves publiquement émises par plusieurs juges sur l'eupéanisation du droit anglais, voir S. BOYRON, « The Judiciary's Self-Determination, the Common Law and Constitutional Change », *European Public Law*, 2016, p. 149.

¹²³ Les auteurs les plus emblématiques de ce courant sont C. Harlow, (C. HARLOW, « Public and Private Law : Definition without Distinction », *Modern Law Review*, n° 43, 1980, p. 241), D. Oliver (D. OLIVER, *Common Values and the Public-Private Divide*, Butterworths, 1999 ; « Public Law Procedures and Remedies. Do We Need Them ? », *Public Law*, 2002, p. 91 ; « What, If Any, Public-Private Divides Exist in English Law? », in M. RUFFERT (dir.), *The Public-Private Divide : Potential for Transformation ?*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2009, p. 1), M. Taggart (M. TAGGART, « The Peculiarities of the English Law: Resisting the Public/Private Law Distinction », in P. CRAIG, R. RAWLINGS (dir.), *Law and Administration in Europe, Essays in Honor of Carol Harlow*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 107). Il faut réserver une mention particulière à une partie de ce courant doctrinal, que l'on peut qualifier d'« École de Cambridge », pour la raison que les principaux auteurs qui s'y rattachent, disciples de Sir William Wade, sont professeurs au sein de la prestigieuse université. On citera en particulier, en sus de Sir William Wade, Christopher Forsyth et Mark Elliott. Leur réserve quant à la pertinence de la distinction entre droit public et droit privé au sein du système juridique anglais est notamment exprimée dans l'ouvrage collectif dirigé par Christopher Forsyth : Ch. FORSYTH (dir.), *Judicial Review and the Constitution*, Londres, Hart Publishing, 2000.

B. L'incidence du moment Dicey sur la comparaison *common law*-droit français

La postérité la plus importante du « moment Dicey » concerne le droit comparé, et en particulier la comparaison des droits de *common law* et des droits français. Dans ce domaine, l'influence actuelle de Dicey est double. Elle s'exerce, d'une part sur le rapport qu'entretient la doctrine française à la comparaison entre les droits administratifs de *common law* et le droit administratif français et, d'autre part, plus généralement, sur l'objet de la comparaison entre les droits de *common law* et les systèmes de tradition civilistes. La conception des droits anglais et français en tant que deux types idéaux que tout oppose semble avoir eu une incidence, en France, sur la recherche en droit administratif. On ne peut que constater une forme de désintérêt pour l'étude des droits administratifs des systèmes de *common law*. Les travaux doctrinaux de droit administratif comparant les régimes français et anglais ou américain sont d'une extrême rareté, surtout si l'on rapporte leur nombre à celui des travaux comparatistes de droit constitutionnel portant sur des systèmes de *common law*. Pourtant, tel n'a pas toujours été le cas. Il suffit pour s'en convaincre de repenser aux importants travaux consacrés à l'étude des droits administratifs anglo-saxons, ou à leur comparaison au droit administratif français par Lafférière, Larnaude, Duguit, Berthélémy, Bonnard et, à sa manière – c'est à dire en tant que traducteur –, par Jèze, au tournant du XX^e siècle¹²⁴. La disparition ou à tout le moins l'extrême raréfaction de l'intérêt de la doctrine française pour les droits administratifs anglo-saxons s'explique peut-être en partie par le « moment Dicey ». En faisant du droit administratif français le modèle absolu et du droit anglais son incomparable opposé, le dialogue entre Dicey et Hauriou a pu décourager les velléités de comparaison, d'une part, en raison de la difficulté que l'on a ainsi pu prêter à l'entreprise, d'autre part, parce que si le modèle français est perçu comme le parangon du régime de droit administratif abouti, à quoi bon s'intéresser à des systèmes juridiques dans lesquels le droit administratif passe pour moins développé ?

Par ailleurs, la démarche de Dicey, qui visait, au fond, à recourir au droit comparé moins pour parfaire son explication du *rule of law* que pour affirmer la supériorité du modèle juridique anglais sur le modèle français conserve une actualité. L'instrumentalisation du droit comparé à des fins idéologiques et ethnocentriques se retrouve notamment dans les rapports « *Doing business* » de la Banque mondiale, qui visent à démontrer, opiniâtement, la supériorité des systèmes juridiques de *common law* sur les systèmes de droit civil dans la création d'un environnement juridique favorable à l'activité économique. Une telle logique, qui dénature le sens profond de l'exercice de comparaison des droits, n'est pas fondamentalement différente de celle qui semblait habiter Dicey.

Le « moment Dicey », construit de concert par le *Vinerian Professor*, et (jusqu'à un certain point) par Hauriou, n'a pas eu pour effet de projeter jusqu'au XXI^e siècle la critique libérale individualiste du droit administratif, née deux siècles plus tôt. Pas plus que la conception, qui n'en est pas si lointaine, selon laquelle il ne serait

¹²⁴ À propos de l'intérêt des publicistes en général pour le comparé à la fin du XIX^e et au tournant du XX^e siècle, on se reportera avec grand intérêt à la riche communication prononcée par Jean-Jacques Bienvenu dans le cadre d'un colloque sur le droit public comparé, organisé en hommage à Roland Drago : J.-J. BIENVENU, « Une brève histoire du droit public comparé », 27 févr. 2014, conférence organisée par le Conseil d'État sur le thème *La comparaison en droit public. Hommage à Roland Drago*. La retransmission de la conférence est disponible sur le site internet du Conseil d'État.

qu'un droit de prérogatives et d'exorbitance. Les idées et la méthode de Dicey ont néanmoins eu des conséquences délétères sur le droit administratif comparé, et en particulier sur l'intérêt que la doctrine française porte au droit administratif anglo-saxon. Fleurissant au début du XX^e siècle, il a été presque réduit à néant après la Seconde Guerre mondiale. À ce titre, il ne serait pas mauvais que le *Brexit* renforce l'intérêt de la doctrine française pour le droit administratif anglais, plutôt qu'il ne l'amenuise. L'évolution de ce droit au cours des prochaines années, après plus de quarante ans de réception de l'influence juridique continentale, apparaît comme un champ de recherche aussi passionnant que foisonnant. Il n'en faudrait peut-être pas plus pour tourner définitivement la page du « moment Dicey ».

Nicolas Gabayet

Nicolas Gabayet est maître de conférences en droit public à l'Université Paris-Est Créteil (Paris XII), il est l'auteur de plusieurs travaux en droit anglais, notamment *L'aléa dans les contrats publics en droit anglais et droit français*, Paris, LGDJ, coll. Bibl. de droit public, 2015, 440 p., et « Les mutations du droit administratif anglais sous l'influence du droit de l'Union européenne », *RDP*, 2017, n° 2, p. 295.

Lionel Zevounou

Le concept de « constitution économique » Une analyse critique*

Depuis peu, l'expression « constitution économique » refait florès dans les champs académiques français et européen¹. Une thèse récente lui a

* Ce texte n'aurait pas vu le jour sans l'encouragement et les corrections patientes de plusieurs collègues et amis, qu'ils en soient remerciés. Je remercie également les relecteurs anonymes de cette revue. Les erreurs et maladroites éventuelles me sont totalement imputables.

¹ Par exemple, pour ce qui concerne la France, voir J. MARTINEZ, « Droit constitutionnel et normativité économique : de la "norme économique" au "pouvoir de l'économie" », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2017/4, n° 57, p. 129-141 ; J-B. AUBY, P. IDOUX (dir.), *Le gouvernement économique européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017 ; M. CARON, « Réflexion sur la constitutionnalisation des politiques économiques conjoncturelles », *RDP*, n° 2, 2016, p. 557-595 ; M-L. DUSSART, *Constitution et économie*, vol. 144, Paris, Dalloz, 2015 ; P. DELVOLVÉ et J. PEYRELEVADE, « Sur la Constitution et l'économie », *Commentaires*, 2014/2, n° 146, p. 343-348 ; F. MARTUCCI, « Constitution économique et concurrence : en quête d'une matrice constitutionnelle du droit de la concurrence », *RJC*, n° 6, 2014 ; C. MONGOUACHON, « L'ordolibéralisme : contexte historique et contenu dogmatique », *Concurrences*, n° 4-2011, p. 70-78 ; L. AZOULAI, « Constitution économique et citoyenneté de l'Union européenne », *RIDE*, n° 4/2011, p. 543-557 ; J. DREXL, « La Constitution économique européenne. L'actualité du modèle ordolibéral », *RIDE*, n° 4/2011, p. 419-454 ; J-J. SUEUR, « La Constitution économique comme constitution du droit », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Marie Rainaud*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 397-423 ; O. DEBARGE, T. GEORGOPOULOS, O. RABAEY (dir.), *La constitution économique de l'Union européenne (2^e Rencontre du GIEPI 12 et 13 mai 2006)*, Bruxelles, Bruylant, 2008 ; H. RABAULT, « La constitution économique de la France », *RFDC*, n° 44, 2000, p. 707-745 ; J-B. AUBY, « Quelques observations sur la "Constitution économique" », *LPA*, 22 janv. 2009, n° 16, p. 5-7 ; P. MBONGO, « "La neutralité économique de la Constitution" à l'ère de l'intégration économique européenne et de la globalisation », *LPA*, 22 janv. 2009, n° 16, p. 79-81. Pour ce qui concerne l'Union européenne voir, par exemple, S. WILKS, « The Impact of Recession Competition Policy : Amending Economic Constitution ? », *International Journal of the Economics of Business*, vol. 16, n° 3, p. 269-288 ; H. HOFMAN, K. PANTAZATOU, « The Transformation of European Economic Constitution », University of Luxembourg, *Law Working Papers Series*, 10 févr. 2015.

été consacrée², ainsi que plusieurs colloques, articles, études³ ou monographies⁴. Le terme de « gouvernance économique » s'entend usuellement d'une manière plus large que celui de constitution économique. La principale différence tient à la nature des modalités d'intervention. Le droit constitue le moyen par excellence de définir les rapports économiques déterminés par la constitution économique ; la gouvernance, elle, fait du droit l'un des modes possibles d'intervention économique⁵. Cet engouement prend racine, entre autres, dans la crise de 2008 et les multiples débats sur la nouvelle gouvernance économique qu'elle a charriés en Europe⁶. Parmi eux, la question de l'encadrement juridique des compétences de la Banque Centrale européenne (ci-après BCE) au miroir de la question du « déficit démocratique » européen. Plusieurs prises de position ont été exprimées à cet égard⁷. D'aucuns ont audacieusement tenté d'identifier, sur ce point, les fondements d'un « fédéralisme économique » en marche. Autant de points de vue qui alimentent le débat sur la « constitution ou le constitutionnalisme économique⁸ ».

² M-L. DUSSART, *Constitution et économie*, préf. J-Y. CHÉROT, vol. 144, Paris, Dalloz, 2015.

³ Par exemple, E. DUBOUT, S. DE LA ROSA et F. MARTUCCI (dir.), *L'Union européenne et le fédéralisme économique : discours et réalités*, Bruxelles, Bruylant, 2015 ou la livraison de la *Revue Internationale de droit économique* consacré à *La Constitution économique européenne revisitée*, n° 4, 2011 ; P. TERNEYRE, « La constitutionnalisation du droit économique », in B. MATTHIEU (dir.), *1958-2008, Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 427-436.

⁴ J. PEYRELEVADE, *Histoire d'une névrose, la France et son économie*, Paris, Albin Michel, 2014, spéc. le chapitre intitulé : « La Constitution contre l'entreprise », p. 35-38.

⁵ Sur cette distinction, voir C. JOERGES, « The European Economic Constitution and Its Transformation Through the Financial Crisis », *ZenTra Working Papers*, in *Transnational Studies*, n° 47, 2015.

⁶ Par exemple, S. NOVAK, « Le grand retour des États ? », *Pouvoirs*, n° 2, 2014, p. 19-27 ; C. DEGRYSE, « La nouvelle gouvernance économique européenne », *Courier Hebdomadaire du CRISP*, vol. 23, n° 2148 et 2149, 2012, p. 5-82 ; S. FLIZOT, « Les règles constitutionnelles de limitation de l'endettement public : l'exemple allemand », *Jus Politicum*, n° 8, 2012 [<http://juspoliticum.com/article/Les-regles-constitutionnelles-de-limitation-de-l-endettement-public-l-exemple-allemand-557.html>] (consulté le 23 avril 2018).

⁷ E. DUBOUT, S. DE LA ROSA et F. MARTUCCI (dir.), *L'Union européenne et le fédéralisme économique : discours et réalités*, Bruxelles, Bruylant, 2015 ; S. HENNETTE, T. PICKETTY, G. SACRISTE, A. VAUCHEZ, *Pour un traité de démocratisation de l'Europe*, Paris, Seuil, 2017.

⁸ L'importance économique du contentieux constitutionnel a été plus en retrait de ce débat. Par là, on désigne le phénomène qui, en France, depuis l'introduction de la Question prioritaire de constitutionnalité en 2008, aboutit à l'augmentation du contentieux lié, du moins devant le Conseil constitutionnel à la matière fiscale et au droit des affaires. Une sociologie de ce contentieux, de ses acteurs et de la manière dont les enjeux économiques pénètrent de plus en plus l'office du juge constitutionnel gagnerait à être entreprise. Ce point est d'ailleurs souligné par plusieurs auteurs : J-B. AUBY, « Quelques observations sur la "Constitution économique" », *LPA*, 22 janv. 2009, n° 16, p. 5-7 ; F. COLLY, « La question prioritaire de constitutionnalité, la liberté d'entreprendre et la concurrence », in *Mélanges en l'honneur du doyen Jean-Pierre Machelon. Institutions et libertés*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 218-219 ; voir également le numéro spécial de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques : Constitution et sciences économiques*, *RIEJ*, 2017/1, vol. 78 et *Le contentieux des droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'économie de marché*, *La Revue des droits de l'homme*, 2017/11.

Cet article tente de proposer une analyse critique du concept de constitution économique et de ses multiples usages⁹. Son évocation suscite en effet plusieurs approches qu'il importe de démêler afin de clarifier un débat généralement confus tant chez les économistes que chez les juristes. D'un point de vue analytique, il convient de ranger le terme de « constitution économique » dans la catégorie des concepts propres au métalangage juridique¹⁰. Il est tout à fait possible d'aller au-delà, en proposant une analyse des conséquences de l'utilisation du concept dans d'autres discours : celui de l'élaboration des politiques publiques européennes qui se sont transformées après la crise de 2008 par exemple¹¹. On pourrait encore interroger la performativité des différentes constructions doctrinales qui se réfèrent, de près ou de loin, aux concepts de constitution économique. Si tel n'est pas la perspective retenue ici, il convient de souligner l'importance du concept dans la manière d'appréhender, d'un point de vue systémique, le droit économique européen¹².

L'analyse de la « constitution économique » a été investie par au moins deux types d'approches. La première s'inspire de l'analyse économique du droit dans sa version néoclassique¹³. Il s'agit, dans cette optique, d'examiner l'efficacité de la constitution – entendue comme l'ensemble des énoncés et des normes qui touchent à l'organisation du pouvoir –, c'est-à-dire de rechercher la meilleure manière d'organiser la constitution en vue de rendre « efficace » le fonctionnement du marché. La seconde démarche s'enracine dans la tradition sociologique au sens large. Cette

⁹ Au sens où l'entend communément la science du droit dans sa version réaliste.

¹⁰ M. TROPER, « Les concepts juridiques dans l'histoire », in *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 255-268.

¹¹ Voir, par exemple, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et à la Banque Centrale européenne relative aux mesures à prendre pour compléter l'Union économique et monétaire », Bruxelles, 21 octobre 2015, COM (2015) 600 Final ; sur la manière dont la nouvelle gouvernance économique a transformé l'administration européenne, voir D. GEORGAKAKIS, *European Civil Service in (Times of) Crisis. A Political Sociology of the Changing Power of Eurocrats*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2017.

¹² F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015. S'agissant des libertés de circulation, voir T. KINGREEN, « Fundamental Freedoms », in A. VON BOGDANDY et J. BAST (dir.), *Principles of European constitutional law*, 2^e éd., Oxford, München, Hart, Beck, 2009, p. 515-549 ; A. TRYFONIDOU, *The Impact of Union Citizenship on the EU's Market Freedoms*, Oxford, Hart Publishing, 2016.

¹³ R. EPSTEIN (dir.), *Economics of Constitutional Law (vol. 1 & 2)*, Cheltenham, Edward Edgar Publishing, 2009 ; R. POSNER, « The Constitution as an Economic document », *George Washington Law Review*, vol. 56, 1987, p. 4-38 ; J.M. BUCHANAN, « The Constitution of Economic Policy », *The American Economic Review*, vol. 77, 1987, p. 243-250 ; J.M. BUCHANAN et G. TULLOCK, *The Calculus of Consent: Logical Foundation of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1962. Pour une analyse en langue française de ces courants, voir R. LANNEAU, « L'analyse économique du droit constitutionnel », *RIEJ*, vol. 78, 2017/1, p. 67-97 ; sur l'influence de ces différents courants économiques au sein de la politique monétaire, on renvoie en langue française au récent article de M. CARON, « Réflexions sur la constitutionnalisation des politiques économiques conjoncturelles », *RDP*, n° 2, 2016, p. 557-595.

dernière englobe autant le courant dit « institutionnaliste¹⁴ », la sociologie wébérienne que le marxisme¹⁵. Prenant le marché comme un fait social, chacun de ces trois courants de l'approche sociologique analyse la genèse institutionnelle, la rationalité située des acteurs du processus marchand, voire les rapports de forces qu'ils entretiennent. Qu'elles se réclament de la sociologie ou de l'économie du droit, ces approches parviennent à la démonstration selon laquelle le marché ne peut se développer sans un minimum d'institutions et de concepts juridiques¹⁶. Une telle observation ne signifie nullement que le concept soit étranger au discours des juristes comme on propose de le montrer dans cette étude.

L'expression de « constitution économique » apparaît fin XIX^e, début XX^e dans la doctrine allemande. L'apparition de son usage est concomitante de l'adoption de la constitution de Weimar, et de l'émergence de l'économie et la sociologie. Par la suite, le concept trouve à s'épanouir dans le discours de la doctrine de l'Union européenne. Deux éléments expliquent cet épanouissement : l'importance de l'intégration économique d'une part et la montée en puissance du constitutionnalisme supranational d'autre part.

Aussi certains juristes ont-ils développé une approche historicisée, évolutive et multidimensionnelle du constitutionnalisme économique et européen¹⁷. Kaarlo Tuori, par exemple, propose une définition de la « constitution économique » comme processus – parmi d'autres possibles – d'interaction entre la constitution (comprise en un sens matériel)¹⁸ et un certain nombre de concepts ou doctrines

¹⁴ G. HODGSON, *Conceptualizing Capitalism: Institutions, Evolution, Future*, Chicago, The University of Chicago Press, 2015 ; C. BESSY, « De l'institutionnalisme américain au conventionnalisme », in I. SAINSAULIEU (dir.), *Par-delà l'économisme. La querelle du primat en sciences sociales*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 161-176 ; L. BAZZOLI, *L'économie politique de J. R. Commons. Essai sur l'institutionnalisme en sciences sociales*, Paris, L'Harmattan, 1999.

¹⁵ Voir par exemple S. GILL, « New Constitutionalism, Democratisation and Global Political Economy », in R. WILKINSON (dir.), *The Global Governance Reader*, London, Routledge, 2005, p. 174-186.

¹⁶ Voir par exemple N. FLIGSTEIN, *The Architecture of Markets: An Economic Sociology of Capitalist Societies*, Princeton, Princeton University Press, 2002, p. 3-64 ; L. FONTAINE, *Le marché. Histoire et usages d'une conquête sociale*, Paris, Gallimard, 2014.

¹⁷ K. TUORI, « La Constitution économique parmi les constitutions européennes », *RIDE*, 4/2011, p. 559-599.

¹⁸ Le terme « matériel » peut prêter à confusion : dans le langage de la théorie constitutionnelle, elle renvoie en effet aux normes non contenues nécessairement dans un document écrit qui réfèrent à la forme de l'État. Lorsqu'il est employé par les spécialistes de droit de l'Union européenne, le terme de « constitution matérielle » renvoie davantage aux dispositions du traité ou droit primaire, assimilées à une charte constitutionnelle.

économiques¹⁹. D'autres, comme T. Dainith, remettent au goût du jour la distinction entre *imperium* et *dominium*²⁰ afin de rendre compte des différents dispositifs juridiques d'intervention – contraignants ou non – utilisés par l'État dans le domaine de la politique économique²¹. La notion de Constitution économique apparaît en France sous la plume de Léontin-Jean Constantinesco²². « La Constitution économique de la République Fédérale d'Allemagne », publié dans une livraison de la *Revue économique* en 1960, constitue l'un des premiers écrits traduits en langue française sur la question. Longtemps isolée dans le champ académique français²³, la thématique de ce travail a été supplantée par celle de la « neutralité économique » de la constitution²⁴.

L'emploi relativement récent de la locution « constitution économique » dans la doctrine française suscite un certain nombre d'interrogations critiques : à quoi la doctrine allemande et européenne renvoient-elles lorsqu'elles parlent de « constitution économique » ? Aux énoncés ou normes juridiques considérés comme ayant une portée « économique » au sens d'efficience des décisions publiques, assurément²⁵. Plus largement encore, aux normes ou énoncés qui touchent de près ou de loin des questions économiques ; mais, peut-être plus précisément encore, à la possibilité d'introduire un discours à la fois descriptif et prescriptif sur la signification de ces normes économiques. En ce sens, l'expression « constitution économique » ne se résume pas à l'identification formelle de normes « économiques » fondamentales : elle s'entend aussi comme la « constitution » – au sens

¹⁹ Le point de vue de Tuori s'inscrit dans la tradition de la doctrine allemande, en particulier celle de Savigny. Selon cette perspective, la constitution européenne en général et la constitution économique en particulier se pensent comme un ensemble à la fois d'énoncés et de normes évolutives : K. TUORI, *The Eurozone Crisis. A constitutional Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 3-12 ; *id.*, « The Many Constitutions of Europe », in K. TUORI, S. SANKARI (dir.), *The Many Constitutions of Europe*, Aldershot, Ashgate, 2010, p. 3-30 ; *id.*, « La Constitution économique parmi les Constitutions européennes. », *RIDE*, 2011/4, p. 559-599.

²⁰ T. DAINITH, « Legal Analysis of Economic Policy », *Journal of Law and Society*, 1982, vol. 9, p. 191-224.

²¹ T. PROSSER, *The Economic Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 1-7. Le terme « *imperim* » s'entend, pour Dainith comme un terme générique renvoyant aux dispositifs nécessitant un pouvoir de contrainte ; le terme « *dominium* » désigne des dispositifs fondés sur l'influence.

²² L-J. CONSTANTINESCO, « La Constitution économique de la RFA », *La Revue économique*, vol. 11, n° 2, 1960, p. 266-290 ; L-J. Constantinesco, « La Constitution économique de la CEE », *RTDE*, 1977, p. 244-281.

²³ Pour une exception, voir H. RABAULT, « La constitution économique de la France », *RFDC*, n° 44, 2000, p. 707-745.

²⁴ Sans entrer dans ce débat, on renverra à R. LANNEAU, « L'analyse économique du droit constitutionnel », art. cité, p. 67-97 ; J-Y. CHÉROT, « Constitution et économie », in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 3, Paris, Dalloz, 2012, p. 546-548 ; G. DRAGO et M. LOMBARD, *Les libertés économiques*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2013 ; B. GOLDMAN, « La liberté du commerce dans les pays développés », in G. FARJAT, B. REMICHE (dir.), *Libertés et droit économique*, Bruxelles, De Boeck, 1992, p. 87-110.

²⁵ Cette affirmation mérite d'être nuancée cependant. Au sein de la doctrine allemande, les ordolibéraux ne partagent pas l'idée que la norme doit nécessairement poursuivre un objectif d'efficience.

du verbe constituer – d'un système économique déterminé²⁶. La constitution économique ouvre, ce faisant, la voie à une lecture « économique » de dispositions juridiques, qu'elles émanent du droit national ou du droit primaire. Cette grille de lecture constitue bien souvent le prétexte pour proposer ou maintenir des adaptations normatives par référence à un ou plusieurs choix de politiques économiques²⁷. Dès lors, est-on encore sur un terrain « économique », si tant est que ce terrain-là se soit véritablement distancié du politique ? Le discours sur la « constitution économique » n'est-il pas alors une autre manière de parler d'économie politique dans ce qu'elle a de plus normatif, en ce qu'elle implique des jugements d'ordre axiologique ? Cette proposition générale mérite d'être affinée. S'en tenir à l'idée que les discours sur la « constitution économique » supposent l'énonciation de jugements de valeur doctrinaux ne peut suffire. Il faut encore pouvoir aller au-delà d'une simple déconstruction, souvent soupçonnée de ne pas prendre au sérieux les valeurs²⁸, en proposant une analyse compréhensive des discours qui prennent pour objet la « constitution économique ». Ce travail sur l'usage du concept de constitution économique complète à ce titre le programme de recherche développé depuis plusieurs années par la sociologie économique sur la *performativité de l'activité économique*²⁹. L'étude prend par ailleurs au sérieux les travaux menés depuis bientôt vingt ans sur l'exercice spécifique du pouvoir dans l'Union européenne (*polity*)³⁰. Elle part de l'idée que l'institutionnalisation de ce pouvoir s'est réalisée

²⁶ F. MARTUCCI, « Constitution économique, quelques fragments de doctrine française », in F. MARTUCCI, C. MONGOUACHON (dir.), *La Constitution économique. En hommage au professeur Guy Carcassonne*, Paris, La Mémoire du droit, 2015, p. 27-53.

²⁷ Pour un exemple, nous renvoyons à l'ouvrage de J-P. Fitoussi : J-P. FITOUSSI, *La règle et le choix. De la souveraineté économique en Europe*, Paris, Seuil, 2002, en particulier le chapitre 1 ; J. DREXL, « La Constitution économique européenne. L'actualité du modèle ordolibéral », *RIDE*, t. XXV/4, 2011, p. 419-454.

²⁸ Sur cette question, voir N. HEINICH, *Des valeurs. Une approche sociologique*, Paris, Gallimard/NRF, 2017, p. 349-390. Pour ce qui concerne l'Union européenne, un travail d'ampleur a été entrepris par Christian Joerges sur la continuité entre la manière d'appréhender un certain nombre de concepts, dont celui de constitution économique, et l'héritage de Weimar : C. JOERGES, N. SING GHALEIGH, *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Oxford, Hart Publishing, 2003. S'agissant du droit économique, voir en particulier C. JOERGES, « Europe a Großraum? Shifting Legal Conceptualisations of Integration Project », in C. JOERGES, N. SING GHALEIGH, *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, *op. cit.*, p. 167-191.

²⁹ Pour un exposé général de ce type d'approche, voir P. STEINER, *La sociologie économique*, Paris, La découverte, 2011, p. 105-108. On prendra toutefois soin de se distancier de l'approche de Callon dans sa volonté d'hyper-constructivisme, ou, pour le dire encore autrement, dans le manque de nuance qui aboutit à dire que l'économie façonne le monde social. Si l'économie et les économistes façonnent le monde social, il faut bien garder à l'esprit que la performativité du langage et des modèles économiques ne sont pas systématiques. C'est bien pour éviter ces critiques que Callon emploie le terme de « performativité ». Pour une discussion critique des thèses de Callon, voir N. BRISSET, « Comment (et pourquoi) repenser la performativité des énoncés théoriques ? », *L'Homme et la société*, n° 197, 2015/3, p. 31-63.

³⁰ Voir par exemple A. COHEN et A. VAUCHEZ (coord.), « Les juristes et l'ordre politique européen », *Critique Internationale*, n° 26, 2005/1 ; A. VAUCHEZ, « Droit et politique », in C. BELOT, P. MAGNETTE et S. SARUGGER (dir.), *Science Politique de l'Union européenne*, Paris, Economica, 2008, p. 53-80.

à rebours du modèle traditionnel des États-nations et s'opère de manière « hétéronome³¹ ». Le brouillage entre le public et le privé supplante celui de la séparation courante qui s'observe dans la sphère étatique contemporaine. Un phénomène majeur résulte de ce brouillage, celui du ré-encastrement « de l'État et de la puissance publique au sein des structures économiques³² ». La pertinence de l'étude du concept de constitution économique s'explique aussi de ce point de vue, en ce qu'elle remet en cause l'autonomie réciproque des sphères politique et économique. Sauvegarde des principes constitutionnels de l'Union et garantie des principes issus du marché unique sont ainsi réunies dans la représentation que véhicule l'emploi contemporain du concept de constitution économique.

Concept né au croisement des disciplines juridiques et économiques, son usage a connu diverses fortunes, qui ne sont pas toujours liées au néolibéralisme et à l'Union européenne³³. Tout porte à croire, si l'on en juge par l'actualité, que le concept de « gouvernance économique » supplante progressivement celui de constitution économique. L'usage contemporain de ces deux locutions dans la doctrine révèle un antagonisme grandissant entre ceux qui mobilisent le concept de « constitution économique » et ceux qui se réclament désormais de la « nouvelle gouvernance économique européenne ». Convoquer la « constitution économique » suppose d'encadrer le pouvoir discrétionnaire de l'État ou de l'Union en matière économique à l'aune des traités et des normes qui découlent de leur interprétation. Se réclamer de la « gouvernance économique » suppose au contraire l'abandon partiel de l'idée selon laquelle les traités devraient constituer la source exclusive de l'encadrement du pouvoir discrétionnaire des États ou de l'Union en matière économique ; d'autres dispositifs jugés plus « souples » nécessitent en parallèle d'être adoptés (droit souple, traités internationaux complémentaires). Bien que sommaire, cette distinction permet de prendre la mesure des enjeux démocratiques liés à ces débats : la mise en œuvre de politiques économiques nationales et européennes de plus en plus déphasées au regard des différents choix démocratiques exprimés par les peuples européens. Les discours juridiques contemporains sur la « constitution économique » apportent bien souvent une justification au dispositif technocratique plus large propre à l'Union européenne. Si l'affirmation n'a rien d'original, elle présente le mérite d'éclairer la part du discours des juristes dans la mise en œuvre de cette gouvernance technocratique alliant discours juridiques et économiques. Ce

³¹ G. SACRISTE, « L'Europe est-elle un État comme les autres ? Retour sur la distinction public/privé au sein de la Commission juridique du Parlement européen des années 1960 », *Cultures & Conflits*, n^{os} 85-86, 2012, p. 36-37.

³² *Ibid.*, p. 47.

³³ Le lien entre constitution économique et néolibéralisme a largement été sur-interprété dans le champ des sciences sociales : E. MOLLET, « Le projet de constitution européenne à la lumière de Foucault », *Labyrinthe*, n^o 22/3, p. 111-117 ; P. DARDOT et C. LAVAL, « La nature du néolibéralisme : un enjeu politique et théorique pour la gauche », *Mouvements*, vol. 50, n^o 2, 2007, p. 108-117.

dispositif combine, dans le contexte de l'Union européenne, une rationalité calculatoire³⁴ et une rationalité juridique³⁵. Pour le dire autrement, la « constitution économique » s'entend comme un « jeu de langage » conventionnel³⁶ propre à la légitimation d'une certaine idée du pouvoir juridico-économique dans l'Union. Monopolisée par une communauté d'experts³⁷ (juristes principalement), l'expression « constitution économique » ambitionne de définir les *valeurs fondamentales* d'un processus politique qui se construit depuis plusieurs années déjà autour du paradigme du marché³⁸. Le cœur de notre propos vise à interroger ce relatif consensus épistémique dans la doctrine de l'Union européenne, consensus qui semble aujourd'hui en voie de désintégration, comme l'illustrent les affaires *Pringle* et *Gauweiler* sur la légitimité de l'intervention de la BCE dans les économies de la zone euro. Ironiquement, alors que, sous Weimar, la référence à la constitution économique a principalement servi à politiser les débats sur l'orientation économique de la constitution, c'est l'exact contraire qui s'est produit avec le traité de Rome³⁹. La politisation a fait place à un contexte technocratique où certains juristes européens ont mis leur savoir au service d'une sanctuarisation des principes économiques fondamentaux garantis par le traité. L'aboutissement de ce travail dogmatique a posé les bases d'une limitation progressive de l'intervention discrétionnaire de l'Union ou des États dans l'économie européenne⁴⁰.

³⁴ Sur la rationalité calculatoire, voir F. VATIN, « L'esprit d'ingénieur : pensée calculatoire et éthique économique », *RFSE*, 1/2008, p. 131-152.

³⁵ Nous sommes conscients de la difficulté d'identifier la rationalité juridique. On admettra provisoirement qu'elle s'entend de la manière dont les acteurs orientent leurs actions selon les règles. Sur cette question et ses difficultés : E. SERVERIN, « Agir selon les règles dans la sociologie de Max Weber », in E. SERVERIN et A. BERTHOUD (dir.), *La production des normes entre État et société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 209-235 ; P. BRUNET, « Le raisonnement juridique dans tous ses états », *Droit et Société*, 1/2013, vol. 83, p. 193-202.

³⁶ Autrement dit, une croyance partagée au sens où l'explore Nicolas Brisset : « Comment (et pourquoi) repenser la performativité des énoncés théoriques ? », *L'Homme et la société*, 2015/3, n° 197, *op. cit.*, p. 47-63. Ce qui ne veut pas dire bien sûr que cette croyance soit nécessairement unanime.

³⁷ A. COHEN, Y. DEZALAY et D. MARCHETTI, « Esprit d'État, entrepreneurs d'Europe », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n° 166-167, 2007, p. 5-13.

³⁸ N. FLIGSTEIN, *The Architecture of Markets: An Economic Sociology of Twenty-First Century Capitalist Society*, Princeton, Princeton University Press, 2002, p. 27-59.

³⁹ G. MAJONE, « The Regulatory state and its Legitimacy Problems », *West European Politics*, vol. 22/1, 1999, p. 1-24.

⁴⁰ Un indice allant dans le sens de cette affirmation se trouve dans le processus ayant conduit à l'adoption du livre blanc de la Commission européenne sur la « gouvernance » durant les années 2000. Dans leur contribution, M. EVERSON et G. MAJONE affirment clairement : « La principale raison pour laquelle toutes les démocraties arrivées à maturité choisissent de déléguer des pouvoirs à des institutions non majoritaires, comme les banques centrales indépendantes et les agences de réglementation, réside dans la nécessité de préserver la continuité de l'action publique face aux préférences changeantes de majorités parlementaires variables. À son tour, cette continuité est considérée comme une condition nécessaire à la crédibilité de l'action publique. De même, le besoin de préserver la crédibilité du processus d'intégration, en dépit de la politisation croissante de la Commission, constitue l'argument le plus fort en faveur d'un recours accru à des institutions non majoritaires pour l'élaboration des politiques au niveau communautaire. Pour toutes ces raisons, la question n'est plus de savoir si l'on a besoin d'agences européennes, mais comment il faut les concevoir pour qu'elles soient responsabilisées et que leurs

Ce point de vue critique que nous proposons permet d'expliquer le regain d'intérêt doctrinal observé ces dernières années en Europe dans l'emploi de l'expression « constitution économique ». Les causes de ce regain s'inscrivent dans une tendance commune : celle de la montée en puissance, depuis plusieurs années, de l'intérêt « économique » apporté à la constitution dans le but de *lier l'État*. L'introduction de la notion de « constitution économique » en droit français ne relève en ce sens pas du hasard. Cette étude tente de nuancer l'idée qu'il existerait une signification univoque de la constitution économique, voire un courant particulier dont elle serait tributaire : l'ordolibéralisme en l'occurrence. Se déprendre d'une telle représentation suppose de se concentrer sur l'ébauche des multiples usages du concept, encore trop méconnus en France, dans la doctrine allemande (I). Ce faisant, on mettra en relief les débats – et donc les nouveaux usages du concept – qui ont aujourd'hui cours dans le champ européen, avant d'interroger l'hypothèse conclusive d'une fragmentation, au sein de certaines élites européennes, du consensus autour des valeurs de la notion de « constitution économique » (II).

I. L'APPARITION DE L'EXPRESSION « CONSTITUTION ÉCONOMIQUE » SOUS WEIMAR

Contrairement à une idée répandue, la locution de « constitution économique » est d'abord mobilisée par des juristes de gauche à l'époque de Weimar, ainsi que le montre la conception qu'en défend Sinzheimer lors des débats relatifs à l'adoption du titre V de la Constitution. Cet usage n'est pas isolé : il est contemporain d'une tradition méthodologique issue de la querelle des méthodes et qui trouve à s'épanouir grâce aux thèses de Stammler. Cette tradition considère l'économie comme un phénomène social, qui doit être appréhendé et maîtrisé par le droit (A). Héritiers de cette filiation, ceux que l'on nomme les ordolibéraux s'en emparent à partir de l'entre-deux-guerres (B). La fin de la Seconde Guerre mondiale popularise leurs idées doctrinales, notamment l'analogie entre, d'une part, l'impossibilité de déroger aux normes fondamentales de la constitution et, d'autre part, la nécessité de se conformer aux faits économiques censés guider la politique de la nation. En dépit d'une jurisprudence contraire de la Cour fédérale, cette idée qu'il existerait des normes économiques fondamentales reposant sur un choix politique identifiable trouve un terrain d'acculturation dans le champ doctrinal européen (C).

A. Racines socialistes de la constitution économique dans la doctrine des juristes contemporains de Weimar

Il est impossible dans le cadre de cette étude de retracer avec exhaustivité la généalogie du concept de constitution économique. On voudrait simplement présenter un aperçu des significations possibles attribuées au concept par la doctrine allemande. En effet, tout porte à croire lorsqu'on se place du point de vue de la

responsabilités sectorielles puissent être coordonnées avec des préoccupations horizontales plus vastes » (O. DE SCHUTTER, N. LEBESSIS et J. PATERSON (dir.), *La gouvernance dans l'Union européenne*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2001, p. 139-140).

doctrine française que le concept en France a été mécaniquement associée à la pensée ordolibérale⁴¹. Böhm en particulier et les ordolibéraux en général n'ont jamais revendiqué la paternité de l'expression, déjà utilisée sous Weimar par des auteurs socialistes, comme Hugo Sinzheimer⁴². En effet, le concept de « constitution économique » tel qu'employé par Sinzheimer, renvoie à un projet social-démocrate plus vaste, visant à limiter le pouvoir du capital par la contrainte du droit⁴³. Mieux : ce projet, dans le sillage de celui de Weimar, tente de répondre à la critique marxiste selon laquelle le droit ne serait, en définitive, que le reflet des rapports de domination en lesquels consistent l'économie et les rapports de production. L'idée de « constitution économique » prônée par Sinzheimer est liée à la manière de penser juridiquement la social-démocratie sous Weimar. Il s'agit, autrement dit, d'un régime constitutionnel qui, tout en garantissant la propriété, le contrat et la liberté d'entreprendre, consacre aussi l'effectivité des droits sociaux, en particulier ceux du travailleur⁴⁴. Durant l'année 1919, Sinzheimer est membre du comité des droits fondamentaux qui présente les articles relatifs à la « vie économique ». Devant l'Assemblée constituante, il est le rapporteur de la section V du titre II de la constitution qui porte sur la vie économique⁴⁵.

Selon Sinzheimer, les normes censées garantir la représentativité des travailleurs au sein des entreprises font partie d'une « constitution économique » plus large que la constitution juridique⁴⁶. Telle que la conçoit ce dernier, la « constitution économique » prend racine dans la tradition juridique coopérative et dans la

⁴¹ Les ordolibéraux proposent de refonder le libéralisme classique sur des bases morales. De nombreux travaux de juristes ont remis au goût du jour leurs travaux. En langue française, voir C. MONGOUACHON, « L'ordolibéralisme : contexte historique, contenu dogmatique », *Concurrentes*, n° 4, 2011, p. 70-78 ; F. MARTUCCI et C. MONGOUACHON, *La Constitution économique*, Paris, La Mémoire du droit, 2015 ; H. RABAULT (dir.), *L'ordolibéralisme : aux origines de l'École de Fribourg-En-Brisau*, Paris, L'Harmattan, 2016 ; P. COMMUN, *Les ordolibéraux : histoire d'un libéralisme à l'allemande*, Paris, Les Belles lettres, 2016.

⁴² Hugo Sinzheimer (1875-1945) est un juriste influent qui participe à la rédaction de la Constitution de Weimar entre 1919 et 1920. Il est l'un des pères fondateurs du droit du travail allemand. Dans la même période, et après avoir échoué à être ministre du Travail, il enseigne la sociologie du droit et le droit du travail à l'université de Francfort jusqu'en 1933, date à laquelle il est déchu de sa chaire en raison de ses origines juives. Il continue pourtant d'enseigner le droit du travail aux Pays-Bas dans les universités d'Amsterdam et de Leiden. La sociologie de Sinzheimer a été vulgarisée par Gurvitch : G. GURVITCH, *Sociology of Law*, London, Kegan Paul, Trench, Trubner, 1947. Elle est influencée par des auteurs comme Hans Walter Goldschmidt : H. GOLDSCHMIDT, *Das Neue zeitalter der Organisationswirtschaft*, Berlin, C. Heymann, 1931.

⁴³ K.W. NÖRR, « Economic Constitution: on the Roots of a Legal Concept », *Journal of Law and Religion*, vol. 11, 1994/1995, p. 343-354.

⁴⁴ C.M. HERRERA (dir.), *La Constitution de Weimar et la pensée juridique française. Réception, métamorphoses, actualité*, Paris, Kimé, 2011, p. 29-52.

⁴⁵ J.-L. HALPÉRIN, *Histoire de l'état des juristes. Allemagne, XIX^e-XX^e siècles*, Paris, Classiques Garnier, 2015, p. 274.

⁴⁶ Pour un éclairage sur cette manière d'appréhender la constitution, on renvoie à R. DUKES, *The Labour Constitution: the Enduring Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014 ; R. DUKES, « Hugo Sinzheimer and the Constitutional function of Labour Law », in G. DAVIDOV et B. LANGILLE (dir.), *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 57-67.

sociologie juridique⁴⁷. La « constitution économique » a pour but de « démocratiser l'économie » en instaurant dans tous les secteurs de la vie économique une représentation paritaire entre travailleurs et propriétaires des moyens de production⁴⁸. Sinzheimer partage avec le mouvement du droit libre⁴⁹ l'idée selon laquelle la création du droit passe à la fois par le juge et par des processus non étatiques, qui, s'agissant des normes économiques, sont collaboratifs⁵⁰. La coopération entre travailleurs et propriétaires des moyens de production ne se conçoit qu'à la lumière de cet arrière-plan ; elle se fonde, à ce titre, sur les travaux de la sociologie naissante menés dans le sillage de Max Weber⁵¹. Sinzheimer perçoit en ce sens le droit du travail comme un outil qui permettrait de « démocratiser l'économie » : le droit est conçu comme outil pour rééquilibrer les rapports de force entre les propriétaires des moyens de production et les travailleurs. Puisque, dans une démocratie, le pouvoir appartient aux représentants de la Nation, Sinzheimer estime qu'il devrait en être de même dans le domaine économique : chacun devrait être reconnu comme participant, par son activité, à la création d'un bien-être commun⁵². Dans l'esprit de Sinzheimer, la « constitution économique » prend pour référence le système d'économie organisée mis en place durant les débats de l'Assemblée constituante par la création officielle d'un cartel dans le domaine stratégique de l'industrie du charbon⁵³. Ce système de cartel imposé est pensé pour ne pas être juridiquement assimilé à une nationalisation. Organisé de manière pyramidale (Article 165 de la Constitution de Weimar), allant du local au national, il rassemble de manière paritaire les représentants des travailleurs et les propriétaires des moyens de production ; les deux parties doivent librement définir les principales orientations normatives et économiques du secteur. Ainsi, lorsqu'il défend l'introduction de la Sec-

⁴⁷ U. ZACHERT, « Hugo Sinzheimer : juriste praticien et pionnier du droit moderne. Autonomie collective, liberté individuelle et démocratie sociale », in C.M. HERRERA (dir.), *Les juristes de gauche sous la République de Weimar*, Paris, Kimé, 2002, p. 48-67 ; M. COUTU, « La naissance du contrat de travail comme concept juridique : Max Weber et Hugo Sinzheimer, critiques de Philipp Lotmar », *Canadian Journal of Law and Society / Revue canadienne de droit et société*, vol. 24, n° 2, 2009, p. 159-179 ; N. Le BOUËDEC, « Vers une pensée critique du droit ? Critique de l'individualisme libéral et théorie du droit social chez les juristes sociaux-démocrates weimariens », in H. BENTOUHAMI, N. GRANGÉ *e. a.*, *Le souci du droit. Où en est la théorie critique ?*, Paris, Sens & Tonka, 2010, p. 29-42.

⁴⁸ En parallèle du droit étatique, doit exister un droit autonome des organisations paritaires : U. ZACHERT, « Hugo Sinzheimer : juriste praticien et pionnier du droit moderne. Autonomie collective, liberté individuelle et démocratie sociale », art. cité, p. 60-61.

⁴⁹ Sur le mouvement du droit libre, voir J-L. HALPÉRIN, *Histoire de l'état des juristes*, *op. cit.*, p. 247-259.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 247-259. Pour une description détaillée de ce système incarné dans l'institution de « conseils », voir la thèse de René Brunet traduite en anglais : R. BRUNET, *The New German Constitution*, trad. J. Collomb, New York, Alfred A. Knopf, 1922, p. 235-245.

⁵¹ M. COUTU, « La naissance du contrat de travail comme concept juridique : Max Weber et Hugo Sinzheimer, critiques de Philipp Lotmar », *op. cit.*, p. 173-178.

⁵² R. DUKES, « Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law », in G. DAVIDOV et B. LANGILLE (dir.), *The Idea of Labour Law*, *op. cit.*, p. 57-67.

⁵³ K.W. NÖRR, « On the Concept of "Economic Constitution" and the Importance of Franz Böhm from the Viewpoint of Legal History », art. cité, p. 347-349.

tion V du Titre II sur l'organisation de la vie économique devant l'Assemblée constituante, Sinzheimer peut-il affirmer que les articles 156 §2 et 165 « constituent le cœur de la constitution économique » consacrée dans cette section.

Le projet de Sinzheimer s'inscrit donc, à l'évidence, dans la perspective de rendre effectifs les droits économiques et sociaux consacrés par la Constitution de Weimar⁵⁴. Les contemporains de Sinzheimer en France se garderont bien de reprendre les idées développées dans la Section V du Titre II de la Constitution allemande consacrée à la vie économique. Gidel⁵⁵, dans son cours de doctorat de droit constitutionnel comparé, oppose cette nouvelle tendance qui rattache l'étude de la Constitution à des préoccupations économiques et sociales aux Constitutions plus traditionnelles qui s'en tiennent à la garantie de droits individuels⁵⁶. De « constitution économique » ou des débats qui lui sont relatifs au sein de la doctrine allemande, il n'est point question dans le cours proposé par Gidel. Ce n'est donc à proprement parler pas sous l'angle de la « constitution économique » qu'est abordée dans la doctrine française l'analyse de la Section V de la Constitution de Weimar⁵⁷.

L'usage du concept est aussi familier des économistes. Achille Loria⁵⁸, économiste italien, emploie dès la fin du XIX^e siècle le terme de « constitution écono-

⁵⁴ S'il ne s'est pas posé dans les mêmes termes, un débat similaire anime la doctrine française à la fin de la Seconde Guerre mondiale s'agissant du Préambule de 1946 : J. RIVERO, G. VEDEL, *Les problèmes économiques et sociaux et la Constitution du 27 octobre 1946*, Paris, LGDJ, 1947.

⁵⁵ Gilbert Gidel (1880-1958), professeur aux facultés de Montpellier, Grenoble et Rennes, il revient à la faculté de droit de Paris pour remplacer E. Chavegrin à la chaire de droit constitutionnel, avant de prendre la place du professeur Albert de La Pradelle en droit international. Il est nommé recteur de l'université de Paris durant l'Occupation.

⁵⁶ G. GIDEL, *Droit constitutionnel comparé. Les déclarations de droits*, Paris, 1934-1935, « Les cours de droit. Répétitions écrites et orales sur le droit constitutionnel comparé », p. 288-303 ; G. GIDEL, *Droit constitutionnel comparé. Le régime représentatif (cours de doctorat)*, Paris, 1938-1939, « Les cours de droit. Répétitions écrites et orales. Préparation à l'examen écrit », p. 11-15.

⁵⁷ Tradition que l'on peut identifier en France à travers l'œuvre d'Emmanuel Levy : C.M. HERRERA, « Le socialisme juridique d'Emmanuel Levy », *Droit et Société*, 2004/1-2, n^{os} 56-57, p. 111-128. On retrouve aussi cette même préoccupation dans le mouvement critique du droit dans son versant droit économique : A. JEAMMAUD, M. JEANTIN, J. PAGES et A. PIROVANO, *Droit des faillites et restructuration du capital*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1982 ; A. JEAMMAUD, A. ROUDIL, G. LYON-CAEN *e. a.*, *Le droit capitaliste du travail*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1980 ; voir aussi A. LYON-CAEN et A. JEAMMAUD (dir.), *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique (Canada, Espagne, États-Unis d'Amérique, France, Grande-Bretagne, Italie, Mexique, Pérou, République Fédérale d'Allemagne) : essai comparatif*, Paris, Actes Sud, 1986.

⁵⁸ A. Loria (1857-1943) est un économiste et sociologue italien. Professeur ordinaire nommé aux universités de Sienne, Padoue puis Turin, il rédige une thèse en droit sur les fondements juridiques et historiques de la propriété. Une constante dans sa pensée issue de ce travail sera de rejeter l'idée de propriété en tant qu'essence au profit d'une approche qui analyse le concept de « propriété » comme le produit des contingences historiques et économiques. En 1877, Loria se spécialise dans l'étude de la science économique naissante. Il se rend à Berlin et, auprès de Wagner, s'initie à la méthode développée par l'école historique allemande. Il se rend ensuite à Londres avant de retourner en Italie influencé par la pensée marxiste dont il rejette pourtant le matérialisme historique. Il investit la scène politique lorsque l'Italie est confrontée comme d'autres pays en Europe au problème de la réforme sociale (*Riforma Sociale*). Sénateur en 1919, il se retire de la vie politique et universitaire en 1934. *Les bases économiques de la constitution*

mique » en un sens inspiré des théories marxistes. La domination du système capitaliste, explique-t-il, perdure par le biais *d'institutions connectives* : « la morale, le droit et la constitution politique⁵⁹ ». À côté des travaux de Loria, on trouve un certain nombre d'économistes proches de l'école historique allemande. Ernst Wagemann emploie par exemple l'expression « constitution économique » pour rendre compte du fonctionnement d'un système économique donné, celui du Chili en l'occurrence⁶⁰.

L'introduction de droits économiques et sociaux sous Weimar prêterait cependant le flanc à des interprétations contradictoires⁶¹. Elle favorise, à l'instar de ce qu'il en est pour Sinzheimer, le recours au concept de « constitution économique » par les juristes universitaires. En l'absence d'un interprète authentique prévu par la constitution, la doctrine propose des interprétations concurrentes de l'orientation économique de la constitution. Les uns dans un sens libéral⁶², les autres dans une direction socialiste⁶³. D'autres enfin, ont proposé la thèse d'une neutralisation des droits sociaux par les droits de nature libérale dans le cadre d'un gouvernement national-socialiste⁶⁴.

L'usage du terme « constitution économique » peut, par conséquent, se réclamer de deux filiations. La première coïncide avec l'affirmation, au début du XX^e siècle, de la sociologie et de l'économie comme disciplines ; la seconde filiation est le fait de juristes qui s'en emparent sous Weimar⁶⁵. Entre ces deux filiations, des porosités disciplinaires autant que des passerelles méthodologiques existent. Pour en saisir le nœud, il convient de dire quelques mots de la pensée de Rudolf Stammler.

Le phénomène d'industrialisation qui s'étend de 1850 à 1920⁶⁶ se traduit dans le champ académique par la naissance d'une discipline, le « droit économique », dont le droit du travail et le droit commercial constituent les branches principales.

sociale, traduit en français en 1893 et publié dans sa version originale italienne en 1896, constitue son ouvrage le plus populaire. De par sa formation de juriste, Loria a aussi écrit, en 1893, un article fondateur au *Giornale degli Economisti* sur les fondements économiques du droit (« Le basi economiche del diritto », série seconda, Anno 4, maggio 1893, p. 347-377), considéré comme pionnier du mouvement *Law & Economics*.

⁵⁹ A. LORIA, *Les bases économiques de la constitution sociale*, trad. A. Bouchard, Paris, Félix Alcan 1893, p. 9.

⁶⁰ E. WAGEMANN, *Die Wirtschaftsverfassung der Republik Chile*, München, Leipzig, Duncker & Humblot, 1913.

⁶¹ Sur cette présentation, on renvoie à H. RABAULT, « Une “république sociale” : le paradoxe des droits économiques et sociaux », in S. GAMBINO (dir.), *Diritti Sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Giappichelli, 2015, p. 136.

⁶² A. HENSEL, *Grundrechte und politische Weltanschauung*, Tübingen, Mohr, 1931.

⁶³ Par exemple en se référant aux travaux de Heller : F. NEUMANN, « Die Soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung », *Die Arbeit*, 1930, p. 569.

⁶⁴ E.R. HUBER, *Das Deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, Tübingen, Mohr, 1931.

⁶⁵ Voir par exemple S. TSCHIRSCHKY, *Wirtschaftsverfassung*, Breslau, Ferd. Hirt, 1924.

⁶⁶ M. STOLLEIS, « La naissance de l'État interventionniste et le droit public », *Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales*, n° 21/2016, p. 129-147.

Nombre d'auteurs adoptent alors l'expression popularisée par Stammler, « Économie et droit » (*Wirtschaft und Recht*)⁶⁷ afin de tenter de donner un contenu théorique à la nouvelle discipline⁶⁸. Mais, au-delà de l'expression « Économie et droit », Stammler propose une manière originale d'appréhender les phénomènes sociaux : le monisme social. Selon la formulation de Michel Coutu :

Le monisme social signifie [...] que le droit ne peut être opposé à la société : les rapports entre le droit et l'économie doivent être pensés comme unité, en tant que forme et matière. Le monisme social signifie en outre qu'il n'est aucun phénomène social, au premier chef économique, qui ne puisse être pensé sans présupposer l'existence d'un ordre juridique : le droit est donc l'élément qui conditionne la vie sociale. En quelque sorte, Stammler réalise ici le rêve ultime des juristes, celui d'ériger le droit en science dominant toute la sphère des sciences sociales⁶⁹.

Le droit constitue selon Stammler la *forme* autant que la condition de la vie sociale, pendant que l'économie – voire les sciences sociales – en serait la *matière*. En d'autres termes, le droit conditionne le vivre-ensemble parce qu'il repose sur des principes axiologiques censés guider et maintenir la cohésion sociale. Le monisme social de Stammler, rappelle encore Coutu, oscille régulièrement entre « être » et « devoir-être », « causalité » et « téléologie »⁷⁰. Dans cette perspective, le juriste a pour tâche d'adapter les principes essentiels de la vie économique à la variété des situations normatives qui se présentent à lui. S'il existe, au-delà des significations, une tradition commune aux ordolibéraux, aux socialistes, ou plus généralement aux auteurs qui mobilisent le concept de « constitution économique » sous Weimar, c'est bien celle d'un héritage pluridisciplinaire partagé – ce qui ne veut pas dire que les ramifications auxquelles a donné naissance cet héritage aient fait l'objet d'une interprétation politique homogène – qui amalgame le droit aux autres faits sociaux, l'être au devoir-être⁷¹. Cette façon de penser la « constitution écono-

⁶⁷ R. STAMMLER, *Wirtschaft und Rechtsmacht der Materialistischen Geschichtsauffassung. Eine Sozialphilosophische Untersuchung*, Leipzig, Verlag Veit & Co, 1896. Si Stammler emprunte à une méthodologie néo-kantienne faisant la part entre « être » et « devoir-être », il soutient qu'il est possible, malgré tout, de développer une approche empirique du droit au service de valeurs plus larges. L'identification de ces valeurs s'opère selon une approche dite « téléologique ». Pour le dire encore autrement, les travaux de Stammler élaborent une approche jusnaturaliste proche à plusieurs égards du pragmatisme contemporain : selon Stammler, les valeurs ont en effet un contenu variable selon les contextes, et il appartient au juriste d'adapter l'interprétation du droit à ces différentes évolutions. Voir encore R. STAMMLER, « Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence », *Michigan Law Review*, vol. 21, 1922-1923, p. 862-903.

⁶⁸ Voir par exemple E. HEYMANN, « Recht und Wirtschaft in ihrer Bedeutung für die Ausbildung der Juristen Nationalökonomien und Techniker », in *Festgabe für Rudolf Stammler*, 1926, p. 205, repris dans l'ouvrage de K.W. NÖRR, *Zwischen den Mühlstein, eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik*, Tübingen, Mohr, 1988, chap. 4.

⁶⁹ M. COUTU, « Weber, lecteur de Stammler : quels horizons pour la sociologie du droit ? », *Droit et Société*, n° 73, 3/2009, p. 671.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 672-678.

⁷¹ Ce qui en pratique aboutit si l'on se place du point de vue du matérialisme historique, à remplacer le droit par l'économie en ce que le droit serait le terrain par excellence illustrant les rapports de force au sein de la société. Pour un développement plus détaillé, voir Max Weber,

mique » aboutit à un déplacement de frontières entre État et marché. Leur fonctionnement n'est plus pensé de manière parallèle, mais bien complémentaire. Foucault a parfaitement démontré ce point lorsqu'il discerne dans la pensée ordolibérale une volonté d'appliquer le concept d'État de droit à l'ordre économique⁷². Parler de « constitution économique » au sens de principes reposant sur des « faits » économiques censés encadrer l'action législative, c'est encore admettre que le même législateur est contraint par des données, à la fois « factuelles » et normatives, auxquelles il peut difficilement déroger⁷³.

B. Une appropriation par les ordolibéraux ancrée dans l'héritage de Weimar

Plusieurs déclinaisons du terme « constitution économique » ont été influencées de près ou de loin par l'approche méthodologique de Stammler, qui considère que le droit est à la source de « l'émergence et de la cohésion de la société⁷⁴ ». Il est impossible ici d'en faire un état exhaustif. L'acception la plus connue reste sans doute celle portée par l'ordolibéralisme⁷⁵, dont les représentants, en particulier Eucken, proche de la philosophie de Husserl, emploient les termes « d'ordre » et

Rudolf Stammler et le matérialisme historique, trad. M. Coutu, D. Leydet, G. Rocher, E. Wink, Paris Sainte Foy, Québec, Éditions du Cerf, Presses de l'Université de Laval, 2001, p. 1-89, spéc. p. 7-20.

⁷² M. FOUCAULT, *Naissance de la Biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris, Gallimard, Seuil, 2004, p. 165-184.

⁷³ Pour une approche analogue, voir H. HELLER, « Freiheit und Form in der Reichsverfassung », *Die Justiz*, 1929-1930/5, p. 672-677.

⁷⁴ Le terme ordolibéraux désignera ici à la fois le premier et le second cercle de ce courant. Le premier cercle est composé des représentants historiques du courant : F. Böhm, W. Eucken, H. Grossmann-Doerth. Ce premier cercle est rejoint à la fin des années 1930 par W. Röpke et A. Rüstow. Le second cercle se constitue après la seconde Guerre mondiale : L. Erhard et A. Müller-Armarck en sont les principaux représentants politiques, même si plusieurs universitaires rejoindront ce second cercle plus tard (E.-J. Mestmäcker, W. Möschel, par exemple). Pour une présentation générale de la réception de ce mouvement en France, voir H. CANIHAC, « Walter Eucken à Paris ? L'introduction de l'ordolibéralisme allemand dans les débats français (1945-1965) », *Revue européenne de sciences sociales*, déc. 2017, n° 55/2, p. 237-263. On retrouve aussi cette approche chez Durkheim, notamment le concept de droit qu'il développe. Sur cette question, voir C. DIDRY, « Durkheim et le droit, ouvertures et limites d'une découverte », in C. H. CUIN et P. DURAN (dir.), *Le travail sociologique, du concept à l'analyse, mélanges en l'honneur de François Chazel*, Paris, Presses Universitaires de Paris-Sorbonne, 2011, p. 49-60. Sur le rayonnement de Stammler et la réception de sa pensée, voir M. WEBER, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, op. cit., p. 23. Notre hypothèse s'appuie par ailleurs sur l'analyse de Mestmäcker : E.-J. MESTMÄCKER, « Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung », *Wirtschaftsordnung und Staatverfassung Festschrift für Franz Böhm Zum 80 Geburtstag*, Tübingen, Mohr, Paul Siebeck, p. 383-419, en part. p. 392.

⁷⁵ Pour une présentation de ce courant, voir S. AUDIER, *Néo-libéralisme(s) : une archéologie intellectuelle*, Paris, Grasset, 2015 ; P. COMMUN (dir.), *L'ordolibéralisme allemand : aux sources de l'économie sociale de marché*, Paris, CIRAC/CICC, 2003 ; K. TRIBES, *Strategies of Economic order. German Economic discourse 1750-1950*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995 ; D.J. GERBER, « Constitutionalizing the Economy: the German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New Europe" », *Am. Jour. Comp. Law*, vol. 32, 1994, p. 25-84 ; R. PTAK, *Vom Ordoliberalismus zur Sozialen Marktwirtschaft: Stationen des Neoliberalismus in Deutschland*, Wiesbaden, Springer Fachmedien, 2004 ; P. MANOW, « Ordoliberalismus als ökonomische Ordnungstheologie », *Leviathan*, vol. 29, n° 2, 2011, p. 179-198.

de « constitution économique⁷⁶ ». Le marché constitue, dans l'esprit des ordolibéraux, le moyen de satisfaire pour tout individu un impératif de liberté. Cet impératif, posé comme catégorique, est déduit de la question suivante : quels sont les buts d'un marché libre ? La réponse qu'apportent les ordolibéraux à cette question se présente comme étant pétrie d'humanisme⁷⁷, puisque l'amélioration de la condition humaine doit, pour eux, être au centre de toute politique économique. L'égalité morale prime autant que la liberté naturelle des individus. Aussi, n'est-il plus possible de considérer que le fonctionnement du marché obéirait aux lois « naturelles ». Au contraire, les principes de fonctionnement du marché nécessitent d'être librement définis par les individus, pour les individus, ce que résume le concept de « constitution économique ». Les ordolibéraux, qui ont été témoins de l'avènement puis de la chute du régime de Weimar pensent, eux, que le « marché » et la « concurrence » ne peuvent fonctionner sans une institution qui lui soit extérieure : l'État ou le droit. C'est précisément lorsque le marché n'agit pas de concert avec les institutions qu'il s'autodétruit, et l'on assiste alors soit à la formation de cartels et de monopoles, soit à une nationalisation des moyens de production⁷⁸. L'ordolibéralisme propose alors d'instaurer un « ordre économique » dans le cadre d'un État de droit qui prévienne à la fois la concentration des pouvoirs privés et les nationalisations.

Franz Böhm, l'un des principaux juristes de ce courant de pensée, réinvestit dans une perspective libérale la notion de « constitution économique ». Pour Böhm, « l'ordre économique » garanti par la « constitution économique » est celui de l'économie de marché. Les termes « constitution économique », « ordre économique », « ordre concurrentiel », « libertés économiques », « économie sociale de marché » sont du reste étroitement associés dans sa pensée, comme dans celle des ordolibéraux en général. La thèse développée par Böhm en 1933 plaide pour une application effective de la libre concurrence par les juges. Elle ne sera popularisée qu'après la Guerre – précision d'importance pour comprendre pourquoi la thèse de Böhm s'est imposée après l'adoption de la Constitution de Bonn. Cette thèse n'est toutefois pas à l'abri de critiques. Elle fait dépendre, exactement comme la position de Stammler, le *Sein* du *Sollen* ou, pour le dire autrement, l'adaptation du contenu de la constitution économique à la forme du système économique⁷⁹. Ballerstedt, disciple de Böhm, critique dans le même sens le manque de clarification de la définition proposée par Böhm, celle qui entend la « constitution économique » comme

⁷⁶ « L'ordre » économique rend compte d'un système économique donné tandis que la « constitution économique » constitue la formalisation juridique de ce système. Hésitation double en ce que la notion de constitution économique a d'abord été formalisée par des juristes de gauche et que par la suite, elle a été assimilée à la pensée de Carl Schmitt. Cette hypothèse est avancée par K.W. NÖRR, « Economic Constitution: on the Roots of a Legal Concept », *op. cit.*, p. 350-351.

⁷⁷ C. MONGOUACHON, « L'ordolibéralisme : contexte historique et contenu dogmatique », *Concurrences*, n° 4, 2011, p. 70-78, en part. p. 74.

⁷⁸ Sur la question des cartels et la manière dont Böhm est grandement influencé par leurs effets nuisibles sur le marché, voir K.W. NÖRR, « On the Concept of "Economic Constitution" and the Importance of Franz Böhm from the Viewpoint of Legal History », art. cité, p. 349-351.

⁷⁹ L. RAISER, « Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem », in U. SCHEUNER (dir.), *Die Staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1971, p. 109, 114, 118.

une « décision globale ou d'ensemble sur la forme et la nature de la forme du système économique et social⁸⁰ ».

Contrairement à Sinzheimer, Böhm ne peut justifier un concept libéral de « constitution économique » par référence aux dispositions interventionnistes de la Section V de la Constitution de Weimar : ce dernier texte ne comporte en effet aucune disposition qui consacre expressément le principe de libre concurrence⁸¹. Ainsi, lorsque, dans son ouvrage de 1933⁸², consacré aux cartels, il parle de « constitution économique », il a en tête un certain nombre de sources de droit privé antérieures à Weimar : l'ordonnance sur le commerce de 1869 et celle sur la concurrence déloyale de 1909⁸³. En se référant à ce premier texte, Böhm renvoie tantôt à une approche substantielle de la constitution, tantôt, il n'hésite pas, d'un point de vue formel, à appréhender l'énoncé relatif à la concurrence déloyale de 1909 comme une « constitution » partielle de plusieurs autres « constitutions ». La démonstration de Böhm est en ce sens animée d'une volonté politique : rompre avec une certaine économie politique relativement tolérante à l'égard des cartels sous Weimar. « L'ordre » étant synonyme pour Böhm d'encadrement juridique, il est facile de comprendre pourquoi la signification du concept de « constitution économique » lui paraît pour ainsi dire « naturelle »⁸⁴. Böhm propose de surcroît une représentation de la politique de concurrence ancrée dans une approche décisionniste⁸⁵, d'où sa fameuse définition de la « constitution économique » comme « décision globale ou d'ensemble sur la forme et la nature de la forme du système économique et social⁸⁶ ». Cette affirmation mérite quelques développements. L'agonie du régime de Weimar et la critique qui lui est subséquente, celle d'un « État faible », conduisent des juristes comme Huber, élève de Schmitt, à proposer la mise en place d'un « État fort » dans le domaine économique⁸⁷. Au-dessus des intérêts économiques, « l'État fort » se doit d'impulser une ligne directrice au système économique. Si Huber n'emploie pas à proprement parler le terme de « constitution économique », des similitudes troublantes existent entre sa pensée et celle de Böhm, notamment dans la forme d'encadrement du système économique. Böhm conçoit cet encadrement par référence au concept de « constitution économique »

⁸⁰ K. BALLERSTEDT, « Wirtschaftsverfassungsrecht », in K.A. BETTERMANN, H.C. NIPPERDEY, U. SCHEUNER, *Die Grundrechte*, 3. Bd., 1. Halbbd., Berlin, Duncker & Humblot, 1958, p. 47.

⁸¹ Si la liberté du commerce et de l'industrie est consacrée dans la constitution, ce n'est que dans les limites fixées par le législateur (article 151, § 3).

⁸² F. BÖHM, *Wettbewerb und Monopolkampf: Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*, Heymann, Berlin, 1933 (réédité en 2010 aux éditions Nomos).

⁸³ K.W. NÖRR, « Economic Constitution: on the Roots of a Legal Concept », *op. cit.*, p. 353.

⁸⁴ La manière dont Böhm se représente la « constitution économique » est illustrée par K. NÖRR, « Law and Market Organization: the Historical Experience in Germany from 1900 to the Law Against Restraints of Competition (1957) », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 1, n° 151, 1995, p. 11-13.

⁸⁵ C'est sur ce point que s'opère, semble-t-il, le rapprochement avec la pensée de Schmitt.

⁸⁶ F. BÖHM, *Wettbewerb und Monopolkampf*, Cologne, Heymann, 1933, p. 107.

⁸⁷ E.R. HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht. Institutionen des öffentlichen Arbeits- und Unternehmensrechts*, Tübingen, 1932. Sur le parcours de Huber et sa conversion au nazisme, voir O. JOUANJAN, *Justifier l'injustifiable : l'ordre du discours juridique nazi*, Paris, PUF, 2017, p. 101-112.

là où Huber met l'accent sur le rôle corporatiste de l'État⁸⁸. La recherche d'une finalité du système économique et, d'une certaine manière, le concept « d'État fort »⁸⁹ demeure toutefois un point commun entre les deux auteurs⁹⁰.

Cet aperçu permet de saisir la variation des usages du concept de « constitution économique », mais aussi sa filiation méthodologique. Si l'on s'en tient à Böhm, l'évolution de sa pensée emprunte autant à l'héritage de Stammler (en particulier son usage du principe du *teleos* et le concept de monisme social⁹¹ pour attribuer un objectif au système économique) qu'au décisionnisme propre à la pensée de Schmitt. Un certain nombre d'ordolibéraux disciples de Böhm vont, après la Guerre, se distancier d'une approche décisionniste en tentant d'inscrire le concept de « constitution économique » dans celui d'État de droit⁹². La constitution de Bonn prévoit en effet un certain nombre d'énoncés relatifs à l'État de droit et l'État social (articles 1 à 20)⁹³. En cherchant à donner un contenu au concept « d'État social », ces auteurs perpétuent la tradition doctrinale initiée sous Weimar quant au concept de « constitution économique⁹⁴ ». Le standard de protection constitutionnelle des libertés politiques est en effet étendu aux libertés économiques. Liée à l'État social, la protection des libertés économiques est censée orienter le système économique global vers la réalisation d'une économie sociale de marché. Cette analogie permet

⁸⁸ Sur cette question, voir H. HELLER, « Autoritärer Liberalismus », *Die Neue Rundschau*, 1933, n° 44, p. 289-298.

⁸⁹ Que l'on retrouve en creux chez Böhm dans sa définition de la constitution économique de 1933.

⁹⁰ Nous convenons que cette affirmation reste discutable. La lecture des travaux de Böhm suggère qu'il aurait utilisé l'apport du décisionnisme de Schmitt dans un sens radicalement différent du modèle d'économie corporatisme défendu par ce dernier et son disciple Huber. Pour autant, aucun travail d'ampleur n'a encore été entrepris sur l'influence contextuelle qui a présidé à la rédaction du travail de Böhm. N'est pas non plus élucidée la raison pour laquelle Böhm a choisi de recourir au même concept que Schmitt, alors même qu'il aurait très bien pu s'en passer pour alimenter sa démonstration. Léontin Constantinesco suggère d'ailleurs, dans son article sur la Constitution économique en RFA, l'idée d'un emprunt de la définition du concept de constitution économique à Schmitt (voir L.-J. CONSTANTINESCO, « La Constitution économique de la RFA », art. cité). S'y ajoute enfin le fait que Böhm partage avec Schmitt le constat selon lequel l'efficacité de la politique économique de l'État serait en réalité « capturée » par les intérêts privés. Bien entendu, les deux auteurs ne parviennent pas aux mêmes conclusions. Böhm, pour ce qui le concerne, prend ses distances avec le concept d'État total de Schmitt en distinguant sphère économique et sphère politique.

⁹¹ Dans la pensée de Stammler, le principe de *Teleos* entend substituer, dans l'explication des phénomènes sociaux, la finalité à la causalité. Dit autrement, l'interprétation des phénomènes sociaux répond à la question : « pour quelle fin ? » en l'intégrant dans une perspective de *Sollen*. Pour un développement plus détaillé, voir M. COUTU *e. a.*, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, *op. cit.*, p. 17-20.

⁹² Pour un rappel de la construction de l'État de droit en Allemagne, voir M. STOLLEIS, « Image et réalité de l'État en Allemagne de l'ouest », *Droits*, n° 49, 1/2009, p. 135-158.

⁹³ Pour un exposé succinct en français du concept d'État de droit en Allemagne, voir A. BLECKMANN, « L'État de droit dans la Constitution fédérale d'Allemagne », *Pouvoirs*, n° 22, 1982, p. 5-28.

⁹⁴ Voir par exemple H.C. NIPPERDEY, « Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht », in *Kartellrundschau*, Heft 2, 1960 ; H.F. ZACHER, « Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung », in *Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm*, Karlsruhe, C.F. Muller, 1965.

alors de réintroduire des normes sur les finalités du système économique elles-mêmes inscrites dans la « constitution économique »⁹⁵.

C. L'influence de la signification ordolibérale après la Seconde Guerre mondiale

Si le texte de la Constitution de Bonn de 1949 ne comporte aucune référence explicite à un système économique en particulier, un débat s'engage dès les années 1950 sur la nature de la « constitution économique »⁹⁶. Ceux qui se réfèrent à la « neutralité » économique de la constitution pour en déduire qu'on ne peut assigner aucune direction économique précise à la Loi fondamentale de 1949 s'opposent à ceux qui soutiennent la thèse du caractère « mixte » de la constitution, celle d'une voie médiane selon laquelle la constitution comporterait à la fois des dispositions sociales et libérales qu'il appartient au juge de concilier. Enfin, les ordolibéraux estiment que la Loi fondamentale comporte une « constitution économique » dont ils déduisent l'existence d'une économie de marché ou, selon Nipperdey, une « économie sociale de marché », terme que l'on doit à Müller-Armack⁹⁷. On sait ce qu'il advint de ce débat : dans une décision de mars 1954, la Cour constitutionnelle s'est ralliée à la thèse de la « neutralité économique » de la constitution. Ainsi, « La Loi fondamentale ne garantit ni la neutralité des pouvoirs exécutif et législatif en matière de politique économique ni une économie sociale de marché réalisée exclusivement avec des moyens conformes au marché »⁹⁸. Cette position a été confirmée lors de la révision constitutionnelle de 1967 et, par la suite, lors d'une décision de la Cour constitutionnelle du 1^{er} mars 1979. La neutralité entendue par la Cour constitutionnelle signifie que la Loi fondamentale ne préjuge en rien du choix d'un système économique particulier.

Plusieurs hypothèses émergent de cette analyse des ramifications doctrinales qui ont donné naissance au concept de « constitution économique ». L'enseignement le plus significatif reste sans doute que le concept, eu égard à sa plasticité, n'est pas réductible à la compréhension qu'en proposent les ordolibéraux. Les usages de la « constitution économique » s'inscrivent dans une tradition doctrinale pluridisciplinaire qui remonte, on l'a vu, à la controverse méthodologique entre Stammler et Weber, elle-même inscrite dans la querelle des méthodes qui s'étend de 1925 à 1933⁹⁹. En d'autres termes, la réappropriation du concept de « constitution économique » par les juristes coïncide avec l'émergence des mouvements critiques

⁹⁵ K. BALLERSTEDT, « Unternehmen und Wirtschaftsverfassung », *Juristen Zeitung*, vol. 6, n^{os} 15/16, 1951, p. 486-493, en part. p. 490.

⁹⁶ C. MONGOUACHON, « Les débats sur la Constitution économique en Allemagne », *RFDC*, 2012/2, p. 303-337.

⁹⁷ A. MÜLLER-ARMACK, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft*, Hamburg, Verlag für Wirtschaft und Sozialpolitik, 1947.

⁹⁸ C. MONGOUACHON, « Les débats sur la Constitution économique en Allemagne », *RFDC*, art. cité, p. 321.

⁹⁹ La querelle des méthodes oppose, schématiquement, l'école marginaliste à l'école historique allemande. Les premiers (en particulier Menger) estiment qu'il est possible d'établir, sur le modèle des sciences de la nature, des lois universelles à l'ensemble des systèmes économiques pendant que les seconds prônent plutôt une approche contextuelle. Sur ce point, voir G. CAMPAGNOLO, *Critique de l'économie politique classique : Marx, Menger et l'école historique allemande*, Paris, éd. Matériologiques, 2017.

du « formalisme¹⁰⁰ » et l'introduction des droits économiques et sociaux dans la Constitution de Weimar. La « constitution économique » sert tantôt à proposer une hiérarchie normative entre énoncés contradictoires se rapportant aux droits économiques et sociaux sous Weimar, tantôt à rendre compte de normes « économiques », tantôt encore à prescrire une finalité constitutionnelle au système économique par analogie au modèle de l'État de droit élaboré après la Seconde Guerre mondiale. Il n'est pas étonnant, dans ce dernier sens, qu'elle ait cherché à s'inscrire dans une tentative globale de dépassement du positivisme, à l'instar des travaux de Radbruch¹⁰¹. Cet usage, s'il ne se réduit guère à la conception de Stammler, partage avec celle-ci un certain nombre de présupposés méthodologiques forts : la recherche d'une finalité globale au système économique à travers l'élaboration de principes fondamentaux d'une part et, d'autre part, le refus d'un critère de démarcation entre ce qui relève du monde des faits et de la norme. L'ouvrage *Droit et démocratie* de Habermas a redonné en ce sens une vigueur nouvelle à l'approche de Stammler dans le champ intellectuel de l'Union européenne¹⁰². Néanmoins, les débats autour de la constitution économique en Europe touchent davantage à des questions de légitimité – il s'agit plutôt de penser la justification du projet politique européen – que de validité. C'est ainsi que les acteurs de la doctrine européenne se sont saisis du concept de « constitution économique » en ouvrant un dialogue entre juristes et économistes au service de la légitimité du projet européen.

II. LA RÉCEPTION DU CONCEPT DE « CONSTITUTION ÉCONOMIQUE » DANS LE CHAMP EUROPÉEN

Le concept de « constitution économique » connaît un certain succès dans le champ de la doctrine de l'Union européenne. Le contexte de la guerre froide, l'influence d'une doctrine allemande souvent proche des idées ordolibérales, la volonté d'apporter une légitimité transnationale à l'orientation économique du traité de Rome, sont autant de facteurs d'explication de ce succès (A). Cette renaissance prend appui sur un courant de droit constitutionnel développé durant l'entre-deux-guerres, qui prône des principes démocratiques militants allant parfois à l'encontre de la « volonté » du peuple (B). Pour autant, il est inexact d'appréhender le concept

¹⁰⁰ Qu'il faudrait prendre garde de limiter au mouvement du droit libre. Comme le souligne encore Michel Coutu, la querelle des méthodes a modifié la dogmatique juridique dans au moins quatre directions (voir M. COUTU, « la jurisprudence des intérêts, le mouvement du droit libre, le droit juste (Stammler) et la théorie du droit (Kelsen) », in M. WEBER, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, trad. M. Coutu, D. Leydet *e. a.*, *op. cit.*, p. 38).

¹⁰¹ M. STOLLEIS, « Droit naturel et théorie générale de l'État dans l'Allemagne du XIX^e siècle », *Le débat*, 1993/2, n° 74, p. 63-73 ; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire de l'État des juristes. Allemagne, XIX^e-XX^e siècles*, *op. cit.*, p. 355-357. Pour une discussion critique sur l'appartenance de Radbruch au positivisme, voir S. PAULSON, « On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War papers », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006/1, vol. 26, p. 17-40.

¹⁰² Sur l'analyse des liens entre la réflexion de Habermas et celle de Stammler, voir Y. SINTOMER, « Weber, Habermas et la sociologie du droit », in J.-P. HEURTIN, N. MOLFESSIS (dir.), *La sociologie du droit de Max Weber*, Paris, Dalloz, 2006, p. 65-69. Voir aussi J.-M. FERRY, *La question de l'État européen*, Paris, Gallimard, 2000.

de constitution économique de manière univoque : nombre de divergences surgissent lorsqu'il s'agit de lui donner un contenu axiologique et ce y compris au sein de la doctrine de l'Union européenne (C).

A. La renaissance du concept de constitution économique dans la doctrine européenne

C'est de la complexité de la généalogie ci-dessus esquissée qu'émerge en France l'emploi du terme « constitution économique » dans l'article séminal de Constantinesco de 1960¹⁰³. Ce choix de se référer à la constitution économique n'a rien de fortuit. La rédaction de l'article sur « La constitution économique de la République fédérale d'Allemagne » reste tributaire d'un contexte qui voit émerger une réflexion sur la constitution européenne dès les années 1950-1960. Au colloque de Stresa de 1957¹⁰⁴, Léontin-Jean Constantinesco prend clairement position en faveur du caractère supranational du Traité de Rome, contre l'avis de ses collègues internationalistes¹⁰⁵. Constantinesco peut même affirmer à Stresa : « La seule interprétation conforme au caractère "supranational" de la communauté est celle qui fait de la finalité économique-politique du Traité, et non de la souveraineté des États membres, son grand principe directeur¹⁰⁶ ». Cette formulation s'inspire, dans une certaine mesure, de la pensée ordolibérale. Cela dit, une nuance doit être apportée quant à l'influence des ordolibéraux sur l'introduction de la « constitution économique » dans l'Union européenne. Le récit qui s'est imposé en France consiste à dire que les ordolibéraux auraient vu dans le marché commun un terrain propice à l'application de leur idéologie néolibérale¹⁰⁷. L'argument doit pourtant être manié avec précaution. Comme l'établissent de récents travaux, l'ordolibéralisme ne peut être pris, concernant l'Union européenne, comme une doctrine homogène¹⁰⁸. Contrairement aux partisans du plan en France, W. Röpke et L. Erhard considèrent que la construction européenne est une institution technocratique, contraire aux principes de l'État de droit¹⁰⁹. Pour ces derniers, les principes économiques fondamentaux du marché garantis dans la « constitution économique » doivent échapper aux contingences des politiques nationales.

¹⁰³ L.-J. CONSTANTINESCO, « La Constitution économique de la RFA », *La Revue économique*, vol. 11, n° 2, 1960, p. 266-290.

¹⁰⁴ H. CANIHAC, « La théorisation politique en action : Éléments d'histoire du "constitutionnalisme supranational" dans l'Union européenne », Congrès AFSP Aix 2015, ST 29, *Pour une théorie politique appliquée à l'intégration européenne. État des lieux d'un champ de recherche en construction*, p. 9.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 8.

¹⁰⁶ Sur l'importance du colloque de Stresa, le schisme qu'il a engendré entre, d'un côté, les communautaristes et, de l'autre, les internationalistes, voir J. BAILLEUX, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, Paris, Dalloz, 2014, chap. 3, en part. p. 167-220.

¹⁰⁷ Idée popularisée dans les sciences sociales. Voir par exemple P. DARDOT et C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, Paris, La découverte, 2009 ; R. SALAIS, *Le viol d'Europe. Enquête sur la disparition d'une idée*, Paris, PUF, 2013.

¹⁰⁸ H. CANIHAC, « (Néo-)libéralisme contre (néo)libéralisme ? Controverses économiques sur les débuts de la construction européenne en France et en Allemagne », *Trajectoires*, n° 10, 2016, p. 1-12.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 4-5.

Dans son discours au Parlement européen de 1965, Hans von der Groeben, premier Commissaire à la concurrence, fait clairement référence, s'agissant de la politique de concurrence, à des notions familières à la pensée ordolibérale : « ordre économique » ou « protection du marché¹¹⁰ ». Walter Hallstein, premier Président de la Commission, propose lui aussi une réflexion approfondie sur la supranationalité inscrite dans l'héritage de Radbruch¹¹¹ : la création d'une communauté supranationale doit nécessairement se construire sur les bases d'une « communauté de droit¹¹² ». Pour Hallstein comme pour la plupart des auteurs européens, le droit constitue à la fois le moyen et la limite de l'intégration. Le présupposé aboutit à une représentation d'un concept de constitution détachée de l'État-nation¹¹³. Des ordolibéraux proches de la démocratie chrétienne tels que Kurt Ballerstedt, professeur aux universités de Kiel puis Bonn, développent une réflexion similaire, mais à partir du droit économique institué par le traité de Paris. Dès la signature du traité CECA, Ballerstedt réfléchit sur cette nouvelle forme d'organisation internationale à partir des catégories ordolibérales traditionnelles. Il n'est d'ailleurs pas le seul puisque, à l'instar d'autres juristes allemands européens et pour la plupart de tradition privatiste¹¹⁴ (F. Böhm, H. Coing, V. Bruns, H. Kronstein, H. Mosler, C. F. Ophüls, Rabels, H.-J. Schlochauer)¹¹⁵, Ballerstedt se pose la question, comme ailleurs, de la nature du nouveau traité CECA. Faut-il y voir un traité ou une consti-

¹¹⁰ H. VON DER GROEBEN, « La politique de concurrence, partie intégrante de la politique économique dans le marché commun », *RTDE*, 1965, p. 400-408.

¹¹¹ Par là il faut entendre l'idée portée par la doctrine allemande d'après-guerre sur un certain nombre de normes supraconstitutionnelles considérées comme indérogeables. Sur Hallstein, sa vision politique de l'Europe en relation avec ses travaux, voir I. PIELLA, *Walter Hallstein. Jurist und gestaltender Europapolitiker der ersten Stunde*, Berlin, BWM, 2012 ; M. SCHÖNWALD, « Walter Hallstein et les institutions des communautés européennes », in M.-T. BITSCH (dir.), *Le couple France-Allemagne et les institutions européennes. Une postérité pour le plan Schuman*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 151-168.

¹¹² W. HALLSTEIN, « Wirtschaftliche Integration als Faktor politischer Einigung », in *Wirtschaft, Gesellschaft und Kultur. Festgabe Alfred Müller*, Berlin, Duncker & Humblot, 1961 ; W. HALLSTEIN, « Zu den Grundlagen und Verfassung Prinzipien der Europäischen Gemeinschaften », in W. HALLSTEIN (dir.), *Festschrift Carl Friedrich Ophüls*, Karlsruhe, 1965, p. 1-14 ; voir aussi H. MOSLER, « Völkerrecht als Rechtsordnung », *ZaöRV*, vol. 36, 1976, p. 6-49.

¹¹³ Hugo Canihac fait remarquer la filiation de pensée entre Hallstein et Smend, proche du néo-hégélianisme, notamment la théorie que défend ce dernier de la « constitution comme intégration » : H. CANIHAC, « La théorisation politique en action : Éléments d'histoire du "constitutionnalisme supranational" dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 13-14.

¹¹⁴ Cette remarque importe, car on a peu étudié finalement la manière dont la culture privatiste a dans les premiers temps conceptualisé, voire influencé, le droit de l'Union européenne, prenant pour acquis le caractère *sui generis* de cet objet. Sur cette question, voir C. JOERGES, « The Science of Private Law and the Nation State », in F. SNYDER (dir.), *The Europeanization of Law. The Legal effects of European Integration*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 47-82.

¹¹⁵ On rappellera que Hans-Jürgen Schlochauer, Hermann Mosler et Walter Hallstein furent tous trois experts pour le gouvernement allemand durant les négociations qui débouchèrent sur le traité de Paris. Sur cette question, voir B. LEUCHT, « Transatlantic Policy Networks in the Creation of the First European Anti-Trust Law. Mediating Between American Anti-Trust Law And German Ordo-Liberalism », in W. KAISER, B. LEUCHT et M. RASMUSSEN, *The History of European Union. Origins of a Trans And Supranational Polity 1950-1972*, New York, London, Routledge, 2009, p. 56-73.

tution fédérale ? C'est à partir de cette question, qui ne porte nullement sur la validité du traité, mais bien sur la légitimité politique de la construction européenne qu'est réintroduit le concept de constitution économique.

Pour Ballerstedt, le traité CECA aurait institué un « ordre de marché » et une « constitution de marché », sans équivalent dans les constitutions nationales¹¹⁶. Afin de consolider l'idée selon laquelle la nature du traité CECA serait différente de celle d'un traité international ordinaire, Ballerstedt mobilise, dans la mouvance qui cherche à ancrer le droit européen dans l'histoire juridique du continent¹¹⁷, un certain nombre de figures symboliques de l'histoire du droit allemand comme la Zollverein de 1867¹¹⁸. La conclusion qu'impose cette convocation de la Zollverein est bien que le traité serait susceptible, *in fine*, d'aboutir à une union politique en passant d'abord par une union économique, comme ce fut le cas pour les États allemands au XIX^e siècle¹¹⁹. Cette réflexion est dans la continuité des travaux développés à l'Institut du droit international et économique de l'université de Francfort, créée en 1951 avec le soutien de Hallstein, Schlochauer, Coing et Mosler¹²⁰. Hallstein et Kronstein en particulier, promeuvent une réflexion du droit de la CECA et du droit communautaire alimentée par la création d'un enseignement et de recherches sur le droit international économique¹²¹. Ces recherches s'orientent dans plusieurs directions. Certains auteurs, dans le sillage de Hallstein, considèrent que les traités CECA puis CEE instaurent une nouvelle « communauté de droit » (*Rechtsgemeinschaft*). Les arguments pour parvenir à cette conclusion diffèrent de ceux usuellement présentés au regard des jurisprudences *Costa* et *Van Gend en Loos* consacrant le caractère *sui generis* de l'Union européenne. Les juristes universitaires de Francfort considèrent en effet que le fondement de l'invocabilité du droit communautaire ne doit pas être recherché dans l'autonomie supposée de ce droit, mais bien, eu égard aux traités, dans les transferts de souveraineté accordés par les Parlements nationaux. De là découle l'existence d'une entité dotée de nouvelles compétences, dont certaines se rapprochent de celles exercées dans un État fédéral. Ce sont précisément ces nouvelles compétences qu'il convient d'encadrer juridiquement au moyen de contraintes « constitutionnelles », justifiant l'usage du terme « communauté de droit¹²² ». D'autres auteurs, plus nombreux, orientent plutôt la

¹¹⁶ K. BALLERSTEDT, *Übernationale und nationale Marktordnung eine montanrechtliche Studie*, Tübingen, Mohr, Paul Siebeck, 1955.

¹¹⁷ On renvoie sur cette question à J.-L. HALPÉRIN, *Histoire de l'état des juristes. Allemagne, XIX^e-XX^e siècle*, *op. cit.*, p. 368, lequel fait référence aux travaux menés par l'Institut Max Planck de Francfort en histoire européenne du droit par Helmut Coing.

¹¹⁸ L'expression signifie : « Union douanière allemande » et est consacrée dans un traité signé en 1833 qui institue une union économique entre plusieurs États allemands.

¹¹⁹ K. BALLERSTEDT, *Übernationale und nationale Marktordnung eine montanrechtliche Studie*, *op. cit.*, p. 1-5. Voir, dans le même sens, H.-J. SCHLOCHAUER, « Der übernationale Charakter Der Europäischen Gemeinschaft Für Kohle und Stahl », *Juristen Zeitung*, 1951, vol. 6, n^o 10, p. 289-290.

¹²⁰ M. BOTHE, « Public International Law in Frankfurt », in R. HOFMANN, S. KADELBACH (dir.), *Law beyond the State. Pasts and Futures*, Frankfurt, New York, Campus Verlag, 2016, p. 35-48.

¹²¹ S. KADELBACH, « Frankfurt's Contribution to European Law », in R. HOFMANN, S. KADELBACH (dir.), *Law Beyond the State. Pasts and Futures*, *op. cit.*, p. 49-70.

¹²² *Ibid.*, p. 56-57.

réflexion vers la démonstration de la construction d'un ordre de marché supranational¹²³.

Tout cela montre que l'influence supposée du courant ordolibéral sur le traité de Rome en général et sur le succès de l'expression de la constitution économique en particulier n'a rien d'évident. Certes, entre la Communauté européenne et l'Allemagne, on observe une similitude quant à l'idée selon laquelle l'économie de marché et les droits et libertés doivent le plus possible échapper aux contingences des décisions politiques. De cette idée dérive la conclusion du caractère indérogeable des normes économiques fondamentales ; cette conclusion découle des enseignements de la Seconde Guerre mondiale et, plus précisément, de la volonté affirmée de contenir les idéologies anti-libérales par le moyen de la constitution, tant sur le plan économique que sur celui des valeurs démocratiques¹²⁴. Cette proximité est d'autant plus forte que la doctrine allemande d'après 1945 et la doctrine de l'Union européenne attachent désormais une valeur symbolique¹²⁵ aux textes considérés comme fondateurs : la constitution pour les uns, le traité pour les autres¹²⁶. C'est bien cette valeur symbolique que traduit l'emploi du terme « constitution économique » au niveau de l'Union européenne compris, dans un contexte de guerre froide, comme un rempart contre les régimes totalitaires et la collectivisation des moyens de production¹²⁷. Une telle prise de position doit être lue à la lumière de la séparation de l'Allemagne, laquelle engage deux choix idéologiques antagonistes : l'économie planifiée d'une part (*Zentralverwaltungswirtschaft*) et l'économie sociale de marché d'autre part (*soziale Marktwirtschaft*)¹²⁸. La référence à la constitution économique européenne prolonge d'une certaine manière les choix normatifs des économies mixtes ouest-européennes dans un contexte de guerre froide¹²⁹.

¹²³ Parmi les universitaires de Francfort, on peut citer J. Scherer : J. SCHERER, *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, Nomos, 1970.

¹²⁴ Comprises ici dans les deux sens : libéralisme politique et économique.

¹²⁵ Ce que Paul Reuter n'hésite d'ailleurs pas à confirmer lors du colloque consacré aux dix ans de la jurisprudence de la Cour de justice, affirmant : « Mais l'exposé de Monsieur Rueff a fait naître dans mon esprit un doute, que j'exprimerai par une comparaison : le droit constitue un peu les livres sacrés de notre époque moderne, et les juristes sont un peu des théologiens [...] » (K. CARSTENS et B. BÖRNER (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Dix ans de jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, Congrès européen du 24 au 26 avril 1963 organisé par l'Institut du droit des Communautés européennes de l'Université de Cologne*, Cologne, C. Heymmans, 1965, p. 32).

¹²⁶ Pour une analyse de la construction de ce symbolisme dans l'Union européenne, voir A. VAUCHEZ, *L'Europe par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2013, p. 235-341.

¹²⁷ M. WILKINSON, « The Reconstitution of Postwar Europe: Lineages of Authoritarian Liberalism », *LSE Working Papers*, 5/2016 (consulté le 11 juillet 2017), p. 11-13. Voir aussi M. WILKINSON, « The Spectre of Authoritarian Liberalism in the European Union: Reflections on the Constitutional Crisis of European Union », *German Law Journal*, 2013, vol. 14/5, p. 527-560 ; M. WILKINSON, « Authoritarian Liberalism in the European Constitutional Imagination: Second Time as Farce? », *European Law Journal*, vol. 21/3, 2015, p. 313-340.

¹²⁸ Sur cette question, voir H. RABAULT, « Droit et économie en Allemagne », *Droit et Société*, vol. 41/1, 1991, p. 155.

¹²⁹ Pour une réflexion critique sur le marché commun dans l'Europe de l'Ouest à cette période, voir J. DURET, « Que signifie le marché commun dans une Europe capitaliste », *Cahiers internationaux*, n° 78, juil. 1956, p. 19-30.

L'apparente neutralité du discours des juristes sur la constitution économique poursuit l'objectif de « pacifier » les antagonismes idéologiques sur ces questions¹³⁰.

B. Les fondements constitutionnels de la renaissance des discours sur la constitution économique européenne

Le fédéralisme ou son avatar dans le contexte européen, la supranationalité, constituent le dénominateur commun autour de l'adhésion au concept de constitution économique. De surcroît, et pour reprendre les arguments développés par Mike Wilkinson¹³¹, la grande différence entre Weimar et l'après Seconde Guerre mondiale réside dans la recherche en Allemagne comme dans la communauté européenne, d'une atténuation des « dérives » possibles du pouvoir constituant originaire. L'argument classique qui impute à la volonté du peuple la source du pouvoir constituant originaire est complété – pour ne pas dire concurrencé – par une nouvelle forme de légitimité par le droit garante des valeurs de l'État libéral : les droits fondamentaux d'une part et les règles du marché d'autre part. Les dispositions du traité garantissent ces principes de telle façon qu'ils puissent être préservés de dérives extrémistes provenant de la droite comme de la gauche. Wilkinson rapproche cette nouvelle forme de constitutionnalisme du concept de « *démocratie militante* » développé à la fin des années 1930, par les travaux de Karl Loewenstein¹³². L'introduction du concept de constitution économique dans le champ de la doctrine communautariste doit, si l'on accepte cette explication, se comprendre à la lumière de ce nouveau constitutionnalisme apparu entre les deux guerres.

Au sein des *valeurs militantes*¹³³ que sont la « communauté de droit » et le marché prônées au niveau de l'Union européenne, surgissent parfois des disjonctions entre ceux qui s'attachent exclusivement à la défense de la première ceux qui, au contraire, ne se concentrent que sur la garantie des valeurs du marché et enfin, ceux qui tentent de concilier ces deux valeurs. Au fond, une fois admise l'idée que le droit constitue le moyen et la limite de l'ordre politique européen, la question est de savoir quelles doivent être les priorités de ce nouvel agenda juridico-politique. L'instauration d'une « communauté de droit » doit-elle précéder la préservation des règles du marché ou l'inverse ? Est-il envisageable de faire tenir dans la même proposition l'idée selon laquelle les règles du marché sont à la fois instituées et limitées par le droit ? Autant de questions qui sont laissées de côté au détriment de

¹³⁰ Sur la question de l'économie sociale de marché, en particulier de sa germination durant le national-socialisme, voir W. ABELSHAUSER, « Les nationalisations n'auront pas lieu », *Le Mouvement social*, n° 134, janvier-mars 1986, p. 88-96 ; W. ABELSHAUSER, « Aux origines de l'économie sociale de marché. État, économie et conjoncture dans l'Allemagne du 20^e siècle », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, n° 34, 1992, p. 175-191.

¹³¹ M. WILKINSON, « The Reconstitution of Postwar Europe: Lineages of Authoritarian Liberalism », art. cité.

¹³² *Ibid.*

¹³³ On s'inspire ici du concept de « démocratie militante » développé par Karl Loewenstein et repris dans une approche critique par Mike Wilkinson : K. LOEWENSTEIN, « Militant Democracy and Fundamental Rights (I) », *The American Political Science Review*, vol. 31, n° 3, 1937, p. 417-432 et K. LOEWENSTEIN, « Militant Democracy and Fundamental Rights (II) », *The American Political Science Review*, vol. 31, n° 4, 1937, p. 638-658.

préoccupations plus pressantes, que sont, dans un contexte de guerre froide, la préservation de l'économie de marché considérée comme l'objectif principal du traité du Rome.

La lecture dominante – celle qui propose une sanctuarisation des principes du marché et de la concurrence dans l'expression « constitution économique » – réunit des auteurs comme Ballerstedt, von der Groeben¹³⁴ ou Ophüls¹³⁵. Elle propose à la fois un cadre d'action politique par le marché et une sanctuarisation des principes qui lui sont inhérents (libre concurrence, libertés de circulation) et séduit, au-delà de la communauté universitaire, un certain nombre d'acteurs de la construction européenne, ainsi que l'illustrent les débats organisés à l'Université de Cologne en 1965 sur les dix ans de jurisprudence de la Cour de justice¹³⁶. Les réflexions que propose la même année Constantinesco sur la constitution économique permettent de saisir le raisonnement mobilisé ainsi que les valeurs qui lui sont sous-jacentes. Lors du congrès européen organisé par l'Institut du droit des Communautés européennes de l'Université de Cologne, Constantinesco propose une définition de la constitution économique déjà en germe lors du colloque de Stresa en 1957¹³⁷,

¹³⁴ H. VON DER GROEBEN, « Der gemeinsame Markt als Kern und Motor der Europäischen Gemeinschaft in Europa ringt um sein Wirtschaftsverfassung », in *Liber Amicorum für Karl-Heinz Narges*, Bonn, Europa Union, 1984, p. 19-45.

¹³⁵ C.F. OPHÜLS, « Grundzüge Europäischer Wirtschaftsverfassung », *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, n° 124, 1962, p. 136-166 et J. MESTMÄCKER, « Offene Märkte im System Unverfälschten Wettbewerbs in der Europäischen Gemeinschaft », in Kronstein et Mestmäcker (hrsg), *Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift zum 70 Geburtstag von Franz Böhm*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1965, p. 345-391, cité dans A. VAUCHEZ, *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, op. cit., p. 97 ; « Discours prononcé devant le Parlement européen à Strasbourg le 16 juin 1965, par H. von der Groeben président du groupe concurrence », *RTDE*, 1965, p. 400, où Hans von der Groeben assimile les articles sur la politique de concurrence à une véritable « constitution économique ».

¹³⁶ On pense à Otto Weinkamm économiste, proche des ordolibéraux, et chargé de rédiger un rapport sur le rapprochement de la législation des États membres au regard des règles du marché intérieur. La question est en partie traitée aussi dans deux rapports : *De l'Union douanière à l'Union économique*, Paris, Communauté européenne, coll. « Les documents communauté européenne » n° 49, 1968 ; *De l'Union douanière à l'Union économique : l'étape du 1^{er} juillet 1968*, Communauté européenne, Paris, Communauté européenne, coll. « Les documents communauté européenne » n° 47, 1968.

¹³⁷ À Stresa, en 1957, Constantinesco est l'un des plus fervents partisans de l'existence d'une catégorie supranationale autonome, et publie, par la suite de nombreux articles consacrés à l'étude du droit communautaire naissant. Organisée par G. Pella, professeur d'économie politique, ce colloque marque le schisme entre partisans d'une Europe supranationale et la doctrine de droit international classique (sur ce schisme, ses causes et ses conséquences, on renvoie à la thèse de Julie Bailleux : J. BAILLEUX, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, thèse de doctorat, Université Panthéon-Sorbonne, 2012, p. 200-281). L.-J. Constantinesco publie lors de ce colloque une étude majeure : « Contribution au problème des rapports entre l'ordre juridique de la Communauté et l'ordre juridique interne des États membres », in *Actes officiels du congrès international d'études sur la communauté européenne du Charbon et de l'Acier*, Milan, Stresa, 31 mai-9 juin 1957, vol. II ; *La Communauté européenne du Charbon et de l'Acier et les États membres*, Milan, Giuffrè, 1957, p. 211-223. L'article donnera naissance à l'essai consacré à l'applicabilité directe dans le droit de la CEE : L. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la CEE*, Paris, LGDJ, 1970, réimprimé en 2006 chez Bruylant ; L. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la CEE*, Bruxelles, Bruylant, 2006. Dans cet article, Constantinesco soutient que le marché commun constitue un « ensemble de règles de droit économique ». Sa contribution est déjà parsemée de références ordolibérales : K. BALLERSTEDT,

et fondée sur une interprétation téléologique des dispositions économiques du traité. Il affirme :

La grande règle qui commande l'interprétation des traités est le principe téléologique qui exige que l'interprétation se fasse par le prisme et à la lumière de la « Constitution économique » de chaque traité. Car les traités fondamentaux et les éléments structurels essentiels de chaque Communauté se trouvent fixés dans les premiers articles de chaque traité. Ceux-ci acquièrent de ce fait une valeur prépondérante par rapport aux autres¹³⁸.

Le propos fait suite à un texte présenté par Jacques Rueff sur « La Cour et l'économie politique¹³⁹ ». Dans sa présentation, Rueff évoque l'existence, dans la jurisprudence, d'une « doctrine économique » fondée sur le principe de l'économie de marché¹⁴⁰. Il distingue toutefois le régime du marché commun de celui de la fédération¹⁴¹. Cette lecture proposée par Rueff, juge à la Cour de justice, demeure minimaliste : en effet, la Cour de justice devrait se limiter à la stricte interprétation des *principaux* objectifs du Traité de Rome – la construction d'un marché commun. La Cour n'a pas à rechercher, voire à construire, une quelconque doctrine plus ambitieuse reposant sur l'instauration d'une « constitution économique¹⁴² ». Les présentations de Reuter, Pescatore, Catalano¹⁴³, Ophüls et Constantinesco s'opposent à cette interprétation minimaliste. Constantinesco, en particulier, affirme que le

W. HALLSTEIN (L.-J. CONSTANTINESCO, « Contribution au problème des rapports entre l'ordre juridique de la Communauté et l'ordre juridique interne des États membres », in *Actes officiels du congrès international d'études sur la communauté européenne du Charbon et de l'Acier*, *op. cit.*, p. 214).

¹³⁸ K. CARSTENS et B. BÖRNER (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der europäischen Gemeinschaften*, *op. cit.*, p. 33.

¹³⁹ J. RUEFF, « La Cour et l'économie politique », in K. CARSTENS et B. BÖRNER (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, *op. cit.*, p. 13-30.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 16-30.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 30.

¹⁴² Ce que confirme la réponse de Rueff à Pescatore : « Pour ma part je crois que l'esprit du Traité de Rome est en régression marquée relativement au Traité CECA. Il est beaucoup moins, je crois que je ne me trompe pas, il est beaucoup moins fédéral que le Traité CECA [...] » (in K. CARSTENS et B. BÖRNER (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, *op. cit.*, p. 33).

¹⁴³ Nicolas Catalano affirme clairement que le Traité de Rome est beaucoup plus supranational que le Traité CECA. Le traité de Rome est « [...] vraiment une constitution. Ses principes doivent être appliqués par des règlements qui, malgré le nom, sont de véritables lois communautaires. C'est répété en toutes lettres, par exemple, dans le fameux art. 87 (dans la matière la plus brûlante, celle des ententes). Les principes établis par les art. 85 et 86 ont une portée beaucoup plus large, beaucoup plus élastique que les articles correspondants du Traité CECA, et doivent être appliqués par un choix normatif, par le choix d'une politique économique et normative, qui caractérisera une action plutôt qu'une autre. Donc si les États membres se sont dépouillés de ce choix politique, en une matière aussi importante que celle des règles de concurrence, cela veut dire que, dans ce domaine, ils ont déjà établi un embryon d'État fédéral » (K. CARSTENS et B. BÖRNER (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, *op. cit.*, p. 42).

traité doit nécessairement être interprété à la lumière de la « constitution économique¹⁴⁴ ». Des échanges retracés, il semble que Rueff ait adhéré à l'idée de « constitution économique » telle que proposée par Constantinesco :

Sur le premier point, à savoir la liberté d'interprétation du Traité, au fond, je suis d'accord. Je pense, avec Monsieur Constantinesco, que dans tous ses arrêts, la Cour a adopté son point de vue, c'est-à-dire a considéré les articles 2, 3, 4, 5 comme des articles en quelque sorte constitutionnels¹⁴⁵.

L'alternative qui émerge au terme du colloque de Cologne entre « cour constitutionnelle » ou « cour économique » ne doit pas être comprise comme une opposition. Au contraire, comme il a déjà été souligné¹⁴⁶, l'office de la Cour de justice réunit à la fois une fonction constitutionnelle et économique qui participe au brouillage des frontières entre sphères politique et économique. C'est précisément cet amalgame progressif qui donne lieu aux divergences exprimées lors du colloque sur la constitution économique européenne.

C. Les divergences axiologiques sur l'emploi du concept de constitution économique

Cinq ans plus tard, un autre colloque sur le thème de la « Constitution économique européenne » est organisé par l'Institut d'études juridiques européennes Fernand Dehousse¹⁴⁷. Les points de vue exprimés lors de ce colloque permettent de saisir les nuances, voire les divergences entretenues autour du concept de constitution économique. La manifestation ne doit nullement au hasard, quand on sait que les travaux de l'Institut ont alimenté l'expertise du Parlement européen sur plusieurs dossiers d'ordre économique¹⁴⁸. Dans son allocution d'ouverture, Fernand Dehousse souligne trois éléments justifiant le thème suggéré : l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés, la publication du Plan Werner – posant les bases de la future Union économique et monétaire – et, enfin, le rapport Davignon « relatif à l'unification politique » de l'Europe¹⁴⁹. La plupart des participants adhèrent aux valeurs fédéralistes¹⁵⁰. Tous sont pourtant loin de s'entendre sur le sens de l'expression « constitution économique ». Et l'on voit ici se dessiner un clivage entre une culture juridique française accoutumée à ce que les politiques écono-

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 33.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 35.

¹⁴⁶ G. SACRISTE, « L'Europe est-elle un État comme les autres ? Retour sur la distinction public/privé au sein de la Commission juridique du Parlement européen des années 1960 », art. cité.

¹⁴⁷ Institut d'études juridiques européennes Fernand Dehousse, *La Constitution économique européenne. Actes du 5^e colloque sur la fusion des communautés européennes organisé à Liège les 16, 17 et 18 décembre 1970*, Liège, La Haye, Martinus Nijhoff, 1971.

¹⁴⁸ G. SACRISTE, « L'Europe est-elle un État comme les autres ? Retour sur la distinction public/privé au sein de la commission juridique du Parlement européen des années 1960 », *Cultures & Conflicts*, n^{os} 85-86, 2012, p. 35-60, et part. p. 40-47.

¹⁴⁹ Institut d'études juridiques européennes Fernand Dehousse, *La Constitution économique européenne, op. cit.*, p. 10-11.

¹⁵⁰ On y retrouve certains des principaux acteurs qui ont participé à l'institutionnalisation du droit communautaire : P.-H. Teitgen, A. Deringer, M. Lagrange, F. Dehousse, M. Waelbroeck, R. Joliet.

miques relèvent de la discrétion du pouvoir législatif et une culture juridique allemande soucieuse d'encadrer le caractère discrétionnaire des politiques économiques par le droit. Certains font remarquer à ce titre que « parler de constitution économique, c'est nécessairement prendre position sur un principe fondamental d'organisation des activités économiques »¹⁵¹ ; d'autres dénie toute possibilité ou toute forme de « constitution économique » susceptible d'être fixée par des principes juridiques¹⁵² ; d'autres, au contraire, dans la tradition juridique suisse, défendent l'idée d'une « constitution économique » au sens de principes structurant la vie économique d'un État¹⁵³. Ces différentes prises de positions traduisent à l'égard de la constitution économique des jugements de valeur qui opposent ceux qui rattachent la définition des choix économiques à un exercice politique – entendu au sens de choix assumé par ceux qui y sont juridiquement habilités – et ceux qui estiment que ces choix ne peuvent s'opérer qu'à la lumière de valeurs préalablement définies dans des textes¹⁵⁴. Le point de vue minoritaire assumé par Pierre-Henri Teitgen est sur ce point éclairant. La lecture des cours qu'il professe en 1971 et 1973 illustre le point de vue selon lequel la définition des choix économiques fondamentaux n'appartient nullement aux textes et à leurs interprètes :

[À] la question que nous nous sommes posée : le marché commun qui doit résulter tant de l'union douanière que de l'union économique générale sera-t-il libéral ou socialiste au sens vulgaire de ces expressions... à cette question il n'y a pas de réponse *a priori*. Le Marché commun sera, en définitive, ce que voudra la Communauté : libéral si elle s'en tient aux libéralisations que nous avons énoncées, d'économie contrôlée, orientée, voire dirigée en certains secteurs, si elle use des possibilités d'intervention que lui ouvrent les traités¹⁵⁵.

Il y a en somme de multiples usages du concept de constitution économique très différents quant aux valeurs qui les sous-tendent. Pour les uns, la constitution économique justifie autant le projet économique et politique européen ; pour d'autres, elle justifie le projet européen en tant qu'il s'oriente exclusivement vers la défense des règles du marché ; d'autres, enfin, plus minoritaires, comme Teitgen, rejettent clairement l'idée d'une finalité homogène qui serait inhérente au traité.

On ne peut nier pour autant que la référence au concept de constitution économique rassemble autour de valeurs communes certains acteurs dominants de la construction européenne (Rueff, Pescatore, Catalano)¹⁵⁶. Elle séduit aussi et semble s'imposer comme un consensus, à partir des années 1970 comme en témoigne la rédaction d'un rapport significatif rendu à l'initiative de la Commission en 1973.

¹⁵¹ Institut d'études juridiques européennes Fernand Dehousse, *La Constitution économique européenne*, op. cit., p. 179-182. Il s'agit de l'intervention du doyen Dabin.

¹⁵² *Ibid.*, p. 192-197. Interventions de P.-H. Teitgen et M. Lagrange.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 200-201. Intervention de M. Junod.

¹⁵⁴ On pense bien sûr au système juridique américain et à l'affaire *Lochner* : *Lochner v. New York*, 198, U.S. 45, (1905), p. 139-163, affaire dans laquelle le juge Holmes exprime une opinion dissidente consistant à défendre l'idée selon laquelle il n'appartient pas à la Cour Suprême de procéder aux choix économiques fondamentaux de la nation, mais bien à la volonté populaire.

¹⁵⁵ P.-H. TEITGEN, « Structure et fonctionnement des Communautés », in *Cours de droit institutionnel communautaire*, Licence 4^e année, Paris, Les cours du droit, 1972-1973, p. 88.

¹⁵⁶ On peut aussi citer dans ce groupe, Hans von der Groeben, membre actif de la Commission européenne jusqu'aux années 1970 : H. VON DER GROEBEN, « Zur Wirtschaftsordnung der Europäischen Gemeinschaft », *Integration*, vol. 4/1, 1981, p. 3-21.

Dirigé par l'universitaire P. VerLoren van Themaat, ancien directeur général de la division concurrence sous l'autorité de Hans van der Groeben jusqu'en 1967, ce rapport part de l'idée que le « droit économique » serait à même d'établir « [...] un marché commun et à la réalisation d'une Union économique et monétaire, et comment cette harmonisation peut être réalisée¹⁵⁷ ». En cherchant à établir qu'il existe des principes économiques constitutionnels communs aux pays de la CEE, il s'agit de savoir si ces principes sont susceptibles de s'opposer à la réalisation juridique d'un marché et d'une union monétaire communs. Les travaux menés par les universitaires parties prenantes de la rédaction de ce rapport vont, du reste, donner une visibilité doctrinale plus large au concept de droit ou de constitution économique au sein des pays de la CEE. On pense aux écrits ultérieurs de T. Dainith au Royaume-Uni ou de L. Constantinesco en France¹⁵⁸, qui vont jouer un rôle d'intermédiaire, pour reprendre les catégories de la sociologie des réseaux¹⁵⁹, dans la transmission d'une tradition doctrinale visant à penser le fonctionnement du système économique par le moyen du droit.

Cet aperçu de la réception du concept de constitution économique qui se décline en « ordre », « principes » ou « droit » illustre son intérêt pour la doctrine et pour certains acteurs de la communauté européenne. Historiquement, la référence à la constitution économique sert de repoussoir idéologique au communisme¹⁶⁰. Elle permet aussi, après le retentissant échec politique de la Communauté européenne de défense, de maintenir la flamme du projet fédéraliste européen en proposant une lecture plus ambitieuse du Traité de Rome. Il n'est pas interdit de penser que la notion de constitution économique a influencé, même implicitement, la méthode d'interprétation téléologique de la Cour. La recherche des *finalités économiques* de ce traité en singularise les principaux objectifs, que sont notamment la réalisation du marché commun et son corollaire, le développement du processus concurrentiel¹⁶¹. Aussi la référence à la constitution économique agrège-t-elle des consensus de nature différente, parfois contradictoires. Par la suite, elle ouvrira un espace transnational de circulation des idées économiques néolibérales dominantes vers

¹⁵⁷ P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Le droit économique des États membres des Communautés européennes dans le cadre d'une Union économique et monétaire*, Bruxelles, Commission des Communautés européennes, 1973, p. 3-13, en part. p. 9.

¹⁵⁸ D'une manière plus large, il faut observer qu'on retrouve au colloque de Cologne de 1963 la plupart des auteurs qui adhèrent à la notion ordolibérale de « constitution économique » au sens large ou se sont exprimés sur la question : N. Catalano, H.C. Nipperdey, H.-W. Daig, M. Gaudet, J. Mestmäcker, C.-F. Ophüls, P. VerLoren Van Themaat, M. Waelbroeck.

¹⁵⁹ Sur le concept d'intermédiaire, voir L.C. FREEMAN, « Centrality in Social Network: Conceptual Clarification », *Social Network*, vol. 1, 1978-1979, p. 215-239.

¹⁶⁰ Sur cette question, voir A. COHEN, « La constitution européenne. Ordre politique, utopie juridique et guerre froide », *Critique internationale*, n° 26, 2005/1, p. 128-131.

¹⁶¹ Cette interprétation est soutenue principalement par un certain nombre d'ordolibéraux : H. VON DER GROEBEN, « Der gemeinsame Markt als Kern und Motor der Europäischen Gemeinschaft in Europa ringt um sein Wirtschaftsverfassung », in *Liber Amicorum für Karl-Heinz Narges*, 1984, Bonn, Europa Union, p. 19-45 ; J. SCHERER, *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, Nomos, 1970 ; en langue française, voir L.-J. CONSTANTINESCO, « La Constitution économique de la CEE », *RTDE*, n° 2, avril-juin 1977, p. 244-281. Cet article est la réponse apportée par Constantinesco aux réserves exprimées à Liège en 1970 par Pierre-Henri Teitgen et M. Lagrange. Voir, dans l'article de Constantinesco, la note n° 5, p. 247.

la communauté des juristes¹⁶². Ces idéologies économiques sont d'autant mieux en phase avec le projet juridique européen qu'elles ont, depuis les années 1970 et l'avènement politique des courants néolibéraux ainsi que l'influence exercée par Hayek sur l'école de Fribourg lors de son retour en Europe, pris la mesure de l'importance des « institutions »¹⁶³. Pour toutes ces raisons, la constitution économique pose, à partir de la fin des années 1980, les bases d'un discours juridico-économique transnational qui trouve son plein épanouissement avec l'Acte unique¹⁶⁴.

D. Les antagonismes grandissants autour des valeurs inhérentes à la constitution économique

Les différentes fortunes du concept de constitution économique dans les cercles universitaires proches de la Cour, du Parlement ou de la Commission, n'ont pas été sans conséquence sur la manière de se représenter le fonctionnement politique de l'Union européenne. S'il reste difficile pour le juriste d'en mesurer les effets, il est en revanche possible de formuler quelques hypothèses sur les transformations sous-jacentes à l'emploi de la locution « gouvernance économique » par préférence à celle de « constitution économique ». Ainsi que l'a montré Nicolas Jabko, l'une des conséquences les plus significatives est l'excès de crédit qu'a donné le concept de constitution économique à une manière de penser la construction politique européenne par le marché¹⁶⁵. Il s'est imposé *de facto* une hiérarchie symbolique entre les politiques européennes au profit de celle qui en a été le moteur pendant près de trente ans : la politique de concurrence et les libertés de circulation¹⁶⁶. Une tentative de légitimation de cette orientation politique a été proposée par Hans Peter Ipsen pour qui la construction européenne institue, pour reprendre les termes de Joerges, « une rationalité fonctionnaliste et technocratique¹⁶⁷ ». À cet égard, on

¹⁶² A. COHEN, « Constitutionalism Without Constitution: Transnational Elites Between Mobilisation and Legal Expertise in Making a Constitution of Europe (1940-1960) », *Law and Social Enquiry*, vol. 32, 2007, p. 109-135. Pour un exemple de lecture ordolibérale faisant peu de place aux objectifs sociaux du traité, voir J. SCHERER, *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft*, *op. cit.*; E.J. MESTMÄCKER, « Macht-Die sichtbare Hand des Rechts », in H. BAIER (dir.), *Freiheit und Sachzwang*, Opladen, Verlag GmbH, 1977, p. 294-308; E.D.W. RAHMSDORF, *Ordnungspolitischer Dissens und europäische Integration*, Strasbourg, Kehl am Rhein 1982.

¹⁶³ M. WOHLGEMUTH, « L'influence de l'économie autrichienne sur le libéralisme allemand », in P. NEMO, J. PETITOT (dir.), *Histoire du libéralisme en Europe*, Paris, PUF, 2006, p. 985-1030.

¹⁶⁴ Sur cette question, voir N. JABKO, *L'Europe par le marché. Histoire d'une stratégie improbable*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009; G. TEUBNER, « Transnational Wirtschaftsverfassung: Franz Böhm und Hugo Sinzheimer jenseits des National-Staates », *ZaöR*, vol. 74, 2014, p. 733-761.

¹⁶⁵ Le marché est ici entendu comme forme politique de gouvernance de l'Union, voir sur ce point, le numéro spécial de la revue *Gouvernement et action publique*, 2017/4, n° 4 : *Le marché comme instrument d'action publique* et N. JABKO, *L'Europe par le marché. Histoire d'une stratégie improbable*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009.

¹⁶⁶ F. SCHARPF, « The Asymmetry of European Integration or Why Europe Can't Have a Social Market Economy », *Socio-Economic Review*, vol. 8, 2010, p. 211-250.

¹⁶⁷ C. JOERGES, « Sur la légitimité d'européaniser le droit privé. Plaidoyer pour une approche procédurale », *RIDE*, 2004/2, t. XVIII, p. 133-170, en part. p. 138-139; H.-P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, Mohr, 1972; C. JOERGES, « What is left of European Economic Constitution II? From Pyrrhic victory to Cannae Defeat », in P.F. KJAER et N. OLSEN (dir.), *Critical Theories of Crisis in Europe. From Weimar to the Euro*, London, New York, Rowman & Littlefield,

constate sans étonnement le faible nombre de critiques qui ont été adressées à l'encontre de la constitution économique – entendue comme garante des valeurs économiques fondamentales du traité – au sein de la doctrine européenne. L'explication pourrait être culturelle. Héritière des débats de Weimar, la doctrine allemande ou, plus largement, d'influence germanique, a su imposer un concept compatible avec les orientations politiques de l'Europe¹⁶⁸.

Ce relatif consensus a sensiblement évolué depuis la fin des années 1980. La première explication de cette évolution tient dans le fait que la tradition doctrinale qui mobilise le concept de « constitution économique » s'est en partie émancipée de l'influence ordolibérale traditionnelle, tout en amplifiant la référence aux modèles et théories économiques néoclassiques dominantes¹⁶⁹. Cette émancipation s'est traduite par la construction d'un discours doctrinal qui met les libertés économiques au service d'objectifs non économiques définis par le traité. À cette première explication, il convient d'en ajouter une seconde, celle de la montée en puissance, depuis les années 1990, du constitutionnalisme européen assimilant la jurisprudence de la Cour à une jurisprudence de type fédéral¹⁷⁰. Cette entreprise tente

2016, p. 143-160 ; C. JOERGES, « What is left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy », *European Law Review*, vol. 30, 2005, p. 461-489 ; E. CHRISTODOULIDIS, « The European Court of Justice and “Total Market Thinking” », *German Law Journal*, vol. 14/10, 2013, p. 2005-2020.

¹⁶⁸ Orientation d'intervention par le droit systématisée au sein du concept d'État régulateur par le travail de Majone : G. MAJONE et J.-F. BAILLON, *La Communauté européenne : un État régulateur*, Paris, Montchrestien, 1996. Pour une illustration de la perpétuation de cette tradition en Allemagne, voir R. SCHMIDT, *Wirtschaftspolitik und Verfassung*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1971.

¹⁶⁹ On veut dire par là que l'identification ou l'invocation de normes économiques déduites de la « constitution » a laissé place à un usage de la constitution économique compris comme un moyen au service de politiques économiques au sein de l'Union. Principalement située dans les politiques les plus intégrées, les libertés de circulation et la concurrence, cette nouvelle tradition élargie à l'Union économique et monétaire, prend son essor à la fin des années 1990 et ouvre la porte à des raisonnements de plus en plus sophistiqués fondés sur des arguments économiques. La thèse de doctorat de Poiars Maduro, qui tente à la fois de concilier dans le sillage de Majone, les objectifs économiques et sociaux du traité, illustre cette dernière affirmation (M. POIARES MADURO, *We the Court: The European Court of Justice and The European Economic Constitution. A critical Reading of Article 30 of EC Treaty*, Hart Publishing, 1998, p. 126-131 et 159-164). Sur la montée en puissance de la normativité économique, on renvoie par exemple aux débats qui ont eu lieu après la signature du traité de Maastricht sur les objectifs économiques du traité, notamment sur la question de savoir s'il faut attribuer à l'Union la compétence de légiférer dans plusieurs domaines ou plutôt instituer un système de concurrence normative entre les États afin de parvenir à davantage d'intégration. Streit et Mussler soulignent par ailleurs le danger de « capture » des institutions communautaires par un certain nombre de lobbys en cas d'attribution supplémentaire de compétences (M. STREIT et W. MUSSLER, « The Economic Constitution of the European Community: from “Rome” to “Maastricht” », *European Law Journal*, vol. 1, n° 1, 1995, p. 5-30 ; voir le commentaire de L. HANCHER, « Comment on The Economic Constitution of the European Community: from “Rome” to “Maastricht” », *European Law Journal*, vol. 1, n° 1, 1995, p. 86-88 ; C. DIETER EHLERMANN, « Comment on Manfred E. Streit and Werner Mussler: The Economic Constitution of the European Community: from “Rome” to “Maastricht” », *European Law Journal*, vol. 1, 1995, p. 84-85 ; M. STREIT et W. MUSSLER, « Reply to the comments by Leigh Hancher and Claus-Dieter Ehlermann », *European Law Journal*, vol. 1, n° 1, 1995, p. 89-91).

¹⁷⁰ Voir par exemple A. VON BOGDANDY, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999 ; I. PERNICE, « Europäisches und nationales Verfassungsrecht », *VVDStRL*, vol. 60, 2000, p. 148-193.

d'aller au-delà de l'interprétation dominante proposée par Hallstein et selon laquelle l'Union s'apparente à une « communauté de droit » au sens où certaines des compétences qu'elle exerce sont en partie de nature fédérale. Rudolf Bernhardt, Ingolf Pernice, Neil MacCormick, Joseph Weiler, Miguel Poiares Maduro, Matthias Kumm, proposent, différemment, une lecture du droit de l'Union européenne en termes de « processus de constitutionnalisation¹⁷¹ ». Pernice, en particulier, mobilise le concept de « constitutionnalisme composé » permettant l'intégration progressive des droits constitutionnels nationaux et du droit de l'Union. Il en résulte *de facto* ce qui s'apparente à l'instauration d'un « pacte constitutionnel¹⁷² » duquel l'Union tirerait désormais sa légitimité politique. Cette thèse, qui n'est pas à l'abri de critiques¹⁷³, a été approfondie par Armin von Bogdandy. Elle prend encore le nom d'« européanisation du droit constitutionnel¹⁷⁴ » et trouve à s'illustrer dans plusieurs domaines dont l'économie¹⁷⁵.

¹⁷¹ Parmi les multiples écrits, voir E. STEIN, « Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution », *American Journal of International Law*, vol. 75/1, 1981, p. 1-27 ; K. LENAERTS, « Constitutionalism and the Many Faces of Federalism », *American Journal of Comparative Law*, 1990, vol. 38/2, p. 205-263 ; N. MACCORMICK, « Sovereignty beyond the State », *Modern Law Review*, 1993, vol. 56/1, p. 1-18 ; T. SCHILLING, « Treaty and Constitution. A Comparative Analysis of an Uneasy Relationship », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 3/1, 1996, p. 47-68 ; A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET et J. WEILER, *The European Courts and National Courts. Doctrine & Jurisprudence: Legal Change in its social Context*, Oxford, Hart Publishing, 1998 ; N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999 ; I. PERNICE et F. MAYER, « De la constitution composée de l'Europe », *RTDE*, n° 4, 2000, p. 623-648 ; A. VON BOGDANDY, « The European Union as a Supranational Federation », *Columbia Journal of European Law*, vol. 6, 2000, p. 27-54 ; O. BEAUD, *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2009 ; G. MARTI, *Le pouvoir constituant européen*, Bruxelles, Bruylant, 2011 ; J. KOMAREK et M. AVBELJ (dir.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, 2012 ; F.-X. MILLET, *L'identité constitutionnelle des États membres*, Paris, LGDJ, 2013 ; K. JAKLIC, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford, Oxford University Press, 2013 ; A. BAILLEUX et H. DUMONT, *Le pacte constitutionnel européen*, t. 1 : *Fondements du droit institutionnel de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2016. Une bibliographie fournie des débats initiaux sur le constitutionnalisme européen est donnée par Weiler dans son ouvrage : J.H. WEILER, *The Constitution of Europe. "Does the New Clothes Have An Emperor?" And Other Essays on European Integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 221-237.

¹⁷² Telle est la thèse défendue par exemple par A. BAILLEUX et H. DUMONT, *Le pacte constitutionnel européen*, t. 1 : *Fondements du droit institutionnel de l'Union*, *op. cit.*

¹⁷³ Voir par exemple D. GRIMM, « Does Europe Need a Constitution? », *European Law Journal*, 1995, vol. 1/3, p. 282-303 ; O. CAYLA, « L'obscurité de l'identité du pouvoir constituant européen », in O. CAYLA et P. PASQUINO (dir.), *Le pouvoir constituant et l'Europe*, Paris, Dalloz, 2011, p. 107-122 ; D. GRIMM, *The Constitution of European Democracy*, trad. J. Collings, Oxford, Oxford University Press, 2017. Les arguments de D. Grimm ont aussi été exposés au Collège de France le 29 mars 2017 dans le cadre de la Chaire « État social et mondialisation ».

¹⁷⁴ A. VON BOGDANDY, « Founding Principles », in A. VON BOGDANDY et J. BAST (dir.), *Principles of European Constitutional Law*, 2^e éd., Oxford, Munich, Hart Publishing, Verlag C.H. Beck, 2011, p. 11-54.

¹⁷⁵ Sur le processus de constitutionnalisation de l'économie, voir L. AZOULAI, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'A. Pirovano*, Paris, éd. Frison-Roche, 2003, p. 277-309 ; A. HATJE, « The Economic Constitution Within the Internal Market », in A. VON BOGDANDY et J. BAST (dir.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford/Munich, Hart Publishing/C.H. Beck, 2009, p. 589-629 ; H. BRIBOSIA, « La politique économique et monétaire », in G. AMATO, H. BRIBOSIA et B. DE WITTE (dir.), *Genèse et destinée de*

De fait, les travaux autour de la constitution économique ont évolué dans deux directions complémentaires. La première a tenté d'inscrire la constitution économique dans un cadre politique plus large lié aux objectifs de la construction européenne ; la seconde a fait bénéficier la constitution économique de l'aura du constitutionnalisme supranational, ce qui a apporté au concept une source de légitimité indépendante des politiques économiques nationales. Ces deux mouvements ont eu pour conséquence de soustraire le concept de constitution économique à toute forme de critique d'ordre politique, tant du point de vue de sa légitimité que de ses orientations économiques. Du point de vue de la légitimité tout d'abord, la constitution économique justifie l'idée selon laquelle les normes qui habilite les choix économiques qui y sont consacrés sont légitimes parce qu'elles font partie intégrante du « pacte fédératif européen ». Il en découle que les choix économiques pris sur le fondement de traités et interprétés par la Cour reflètent dans une certaine mesure la « volonté » des peuples européens exprimés par leurs représentants¹⁷⁶. Du point de vue des choix politiques ensuite, il demeure ardu de critiquer les orientations politiques qui découlent de cette même constitution économique. La mise en œuvre de ces orientations est jugée conforme à une forme de rationalité économique, elle-même supposée déduite au regard des « objectifs » définis par le traité¹⁷⁷. Or, en pointant les insuffisances démocratiques des institutions européennes, la crise de 2008¹⁷⁸ et notamment la signature du TSCG (Traité sur la Stabilité, la Coordination et la Gouvernance)¹⁷⁹ ont remis sur la table la question de la légitimité de la « constitution économique européenne »¹⁸⁰. Introduites dans

la Constitution européenne, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 663-685 ; K. TUORI, « La Constitution économique parmi les constitutions européennes », *RIDE*, vol. 25, n° 4, 2011, p. 559-599.

¹⁷⁶ Avis de la Cour de justice du 4 déc. 1991 *sur le projet d'accord entre la Communauté et l'AELE*, 1/91, Rec. 1991, I-06079 § 50, cité par A. HATJE, « The Economic Constitution Within the Internal Market », in A. VON BOGDANDY et J. BAST (dir.), *Principles of European Constitutional Law*, op. cit., p. 589-622.

¹⁷⁷ La critique du manque de prise en considération des politiques sociales est généralement évitée par la convocation d'un modèle formel de constitution européenne à plusieurs couches, sans que l'on sache véritablement de quoi il en retourne concrètement lorsqu'il s'agit de concilier, devant les juges, les normes sociales avec les normes économiques. Sur le modèle d'une constitution multiple, voir K. TUORI, *European Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

¹⁷⁸ Les références sur ce point sont légion : J.-B. AUBY et P. IDOUX (dir.), *Le gouvernement économique européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017 ; C. DEGRYSE, « La nouvelle gouvernance économique européenne », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2012/23, n°s 2148-2149, p. 5-82 ; J.-V. LOUIS, « La nouvelle "gouvernance" économique de l'espace euro », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDJ, 2012, p. 405-427 ; F. ALLEMAND et F. MARTUCCI, « La nouvelle gouvernance économique européenne », *CDE*, n° 1/2012, p. 17-99 et *CDE*, n° 2/2012, p. 409-457 ; N. DE SADELEER, « The New Architecture of the European Economic Governance: A Leviathan or a Flat-Footed Colossus? », *Maastricht Journal of Comparative and EU Law*, 2012, p. 354-388.

¹⁷⁹ Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance du 2 mars 2012 entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013. Sur cette question, voir G. Orsoni, « Faut-il juridiciser l'équilibre budgétaire ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2012, p. 483-493. Pour un point de vue critique sur la règle d'or, voir M. LASCOMBE, « Les vicissitudes de la "règle d'or" budgétaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, op. cit., p. 373-386.

¹⁸⁰ S. DE LA ROSA, « La gouvernance économique de l'Union et le sens de l'intégration », *RTDE*, 2016, p. 513-536. Un point de vue critique de cette question a été développé par M. WILKINSON : M. WILKINSON, « Authoritarian Liberalism: The Conjunction Behind the Crisis », *LSE Legal Studies Working Paper*, n°5/2018, p. 1-21.

l'ordre juridique des États de la zone euro, ces dispositions, qu'il s'agisse du TSCG ou du pacte de stabilité et de croissance (PSC), contraignent juridiquement la mise en place de politiques économiques conjoncturelles. Les politiques économiques des États font désormais l'objet d'un « accompagnement » par le biais de l'instauration du semestre européen¹⁸¹. Ces différents dispositifs, pris dans le cadre des traités, parfois en dehors, ont accentué les critiques à l'encontre de l'émergence de la nouvelle gouvernance économique¹⁸². Par la même occasion, ils ont remis en cause l'idée selon laquelle les choix économiques opérés dans l'Union européenne seraient légitimes car conformes aux orientations des traités. Pour le dire encore autrement, la crise économique de 2008 a réactivé une des justifications principales de l'utilité du concept de constitution économique : la légitimité supposée de normes économiques censées être prises sur le fondement des traités. Sans la connotation du concept, la légitimité des politiques économiques mises en œuvre dans l'Union européenne s'en trouve mise à mal. Les divergences politiques autour de l'interprétation de la clause de « non-renflouement » entre les partisans du respect scrupuleux des traités et ceux qui ont souhaité aller au-delà illustrent à plus d'un titre cette affirmation¹⁸³.

¹⁸¹ Le semestre européen s'entend du processus de coordination informelle des politiques économiques des États de la zone euro. Institué par le « Two-Pack », il contribue à harmoniser les politiques économiques des États. Les réformes structurelles appliquées en France depuis plusieurs années se conforment largement aux recommandations adressées par la Commission.

¹⁸² Par exemple Tony Prosser, qui soutient avec d'autres que le respect du cadre formel a été peu respecté durant la crise des dettes souveraines : T. PROSSER, *Economic Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

¹⁸³ Elles débutent avec l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 125 TFUE qui instaure la clause de « non-renflouement ». La Banque centrale décide alors, pour résoudre la crise des dettes souveraines, de sortir de la lettre de l'article 125 TFUE par le moyen d'un programme de rachat de dettes publiques. Il s'ensuit au courant de l'année 2011, fait assez rarissime, la démission de Jürgen Stark, alors chef économiste de la BCE dont le point de vue est soutenu par Axel Weber ancien président de la Bundesbank. La Cour de Karlsruhe a quant à elle été saisie par 37 000 plaignants allant de la gauche radicale aux élus conservateurs, de la légalité de la décision du 29 juin 2012 du Bundestag approuvant la ratification du MES et du TSCG. Si le *Bundesverfassungsgericht* rejette les moyens, il prescrit une limite d'action aux autorités allemandes : elles ne peuvent aller au-delà de la contribution de la République fédérale au MES – ce qui constitue un verrou permettant de maintenir la compétence budgétaire des États – et sont tenues d'informer le Bundestag et le Bundesrat des activités tant du MES que de la BCE (D. SIMON, « Cour constitutionnelle allemande, mécanisme européen de stabilité et pacte budgétaire : feu vert ou feu orange ? », *Europe*, n° 10, oct. 2012). Pour un commentaire détaillé de l'arrêt *Pringle*, voir F. MARTUCCI, « La Cour de justice face à la politique économique et monétaire : du droit avant toute chose, du droit pour seule chose », *RTDE*, 2013, p. 239-266. Sur l'affaire Gauweiler, voir D. ADAMSKI, « Economic Constitution of the Euro Area after the Gauweiler Preliminary Ruling », *Common Market Law Review*, vol. 52/6, 2015, p. 1490-2015 ; A. HINAREJOS, « The Gauweiler and the Outright Monetary Transactions Programme: The Mandate of the European Central Bank and the Changing Nature of Economic and Monetary Union », *European Constitutional Law Review*, vol. 11/3, 2015, p. 563-576 ; R. KOVAR, « L'affaire OMT. L'extension des moyens d'intervention de la Banque centrale européenne », *RTDE*, 2015, p. 579-592. Sur la décision de la Cour fédérale allemande validant le mécanisme des OMT, voir M. PAYANDEH, « The OMT Judgement of the German Federal Constitutional Court: Repositioning the Court Within the European Constitutional Architecture », *European Constitutional Law Review*, vol. 13/2, 2017, p. 400-416.

Nombreux ont été les commentaires critiques¹⁸⁴ adressés par la doctrine à l'encontre des décisions *Pringle* et *Gauweiler* rendues par la Cour de justice. Ils se sont principalement concentrés sur la violation de la clause de non-renflouement et les instruments de droit international ou de droit souple issus de la nouvelle gouvernance économique. Alors que la constitution économique a longtemps symbolisé une certaine limitation juridique de l'intervention des autorités européennes ou des États membres sur le marché¹⁸⁵, de nombreux auteurs prennent acte de la remise en cause de cette idée. En effet, dans sa décision rendue sous l'empire du traité de Maastricht après l'adoption de l'Union économique et monétaire, la Cour de Karlsruhe a soutenu l'argument selon lequel le cadre juridique de l'union économique et monétaire constitue la base de la légitimité de son action¹⁸⁶. Christian Joerges ne s'y est d'ailleurs pas trompé : le passage de la « constitution économique » à la « gouvernance économique » marque clairement la crise du modèle de constitution économique qui s'est imposé dans l'Union européenne sous l'empire du traité de Rome¹⁸⁷.

Dans ce contexte, il est possible de systématiser deux registres de valeurs, l'un de type légal-rationnel et l'autre de type rationnel-économique¹⁸⁸. Le premier correspond au discours des acteurs qui défendent l'idée que les choix économiques « fondamentaux » de l'Union doivent s'opérer dans le cadre du traité¹⁸⁹. Le second registre de valeur qui émerge depuis la crise propose de s'écarter, dans certaines circonstances, de l'orthodoxie des traités afin d'approfondir le rapprochement des politiques économiques et monétaires des États membres¹⁹⁰.

Ainsi, la crise des dettes souveraines a remis en question un élément de consensus sur lequel s'est appuyée la référence à la constitution économique européenne, à savoir la nécessité d'un encadrement juridique du pouvoir discrétionnaire des États et de l'Union dans le domaine des politiques économiques menées dans le cadre du traité. C'est au nom de cette valeur légale-rationnelle que s'érigent en défenseurs du traité les partisans d'une Union économique et monétaire ancrée

¹⁸⁴ J. HABERMAS, « Bringing the Integration of Citizens into Line With the Integration of States », *European Law Journal*, vol. 38/4, 2012, p. 485-488. D'une manière plus générale, voir J. HABERMAS, « The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law », *European Journal of International Law*, vol. 23/2, 2012, p. 335-348 ; M. RUFFERT, « The European Debt Crisis and European Union Law », *Common Market Law Review*, vol. 48/6, 2011, p. 1777-1805 ; J.-V. LOUIS, « The No-Bailout Clause and Rescue Packages », *Common Market Law Review*, vol. 47/4, 2010, p. 971-986.

¹⁸⁵ En matière de libertés de circulation, voir C. ERIKSEN, *The European Constitution, Welfare States and Democracy: the Four Freedoms vs National Administrative Discretion*, Abingdon, Routledge, 2011.

¹⁸⁶ *Brunner v. European Union Treaty*, 12 oct. 1993, 89 BVerfGE, 155.

¹⁸⁷ M. DAWSON, E. ENDERLEIN et C. JOERGES, *Beyond the Crisis. The Governance of Europe's Economic, Political and Legal Transformation*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

¹⁸⁸ Sur le sens que l'on attribue ici au concept de registre de valeur et la théorie à laquelle nous nous référons, voir N. HEINICH, *Des valeurs. Une approche sociologique*, op. cit., p. 225-275.

¹⁸⁹ F. JACOBS, *Sovereignty of Law: The European Way*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

¹⁹⁰ Tel est par exemple, le point de vue assumé par le président de la BCE. Voir en ce sens son discours prononcé à l'Institut Universitaire de Florence, le 11 mai 2018 : « Risk-Reducing and Risk-Sharing in our Monetary Union » [<https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2018/html/ecb.sp180511.en.html>] (consulté le 26 mai 2018).

dans le respect du droit primaire. Ce premier registre légal-rationnel, généralement critique à l'égard de la nouvelle gouvernance économique, attache une forte valeur symbolique au respect du droit. Le spectre de ceux qui partagent une telle idée est large : il va de la critique juridico-économique de l'action hors mandat de la BCE à la légitimité des instruments de la nouvelle gouvernance économique, adoptés en dehors du cadre du droit de l'Union. Face à eux apparaît une autre forme de registre de valeur, que l'on pourrait qualifier de rationnel-économique. Au nom du « pragmatisme » initié par les dispositifs mis en œuvre par la BCE depuis la crise (FSF, MES, OMT, politiques d'assouplissement quantitatif, etc.), il s'agit de réunir progressivement entre les mains de l'Union européenne les compétences « monétaires » et « économiques ». Une solution possible serait de passer par un fédéralisme sans autre légitimité que celle des raisonnements économiques qui la fondent¹⁹¹. Ce deuxième registre de valeur semble guider l'action d'un certain nombre de dirigeants de la BCE et de juristes qui distinguent désormais entre une micro et une macro « constitution économique¹⁹² ». Dans ces thèses, souvent discutées à la fois par les acteurs de l'Union et par les universitaires, la recherche d'autres moyens de réunir efficacité et légitimité des politiques économiques mises en œuvre reste généralement négligée dans la pratique des acteurs politiques européens. Entre ces deux types de registres, il y a bien sûr la place pour une infinité d'approches plus complexes et sophistiquées qu'il n'est pas possible de détailler ici. Il est toujours possible d'éluder cette question lancinante de l'adhésion des peuples au projet européen en la considérant comme une réflexion d'arrière-garde. La montée des « populismes » et la sortie négociée du Royaume-Uni¹⁹³ manifestent toutefois avec force un phénomène qu'il devient difficile d'expliquer sans prendre au

¹⁹¹ Idée défendue, par exemple, par M. Caron : M. CARON, « Réflexion sur la constitutionnalisation des politiques économiques conjoncturelles », *RDP*, n° 2, 2016, p. 557-595. Ce qu'ont bien perçu des économistes comme M. Aglietta : M. AGLIETTA et N. LERON, *La double démocratie. Une Europe politique pour la croissance*, Paris, Seuil, 2017. Pour un exemple de raisonnement économique alimentant l'intervention de la BCE, voir « Increasing Resilience and Long-Term Growth: The Importance of Sound Institutions and Economic Structures for Euro Area Countries and EMU », *ECB Economic Bulletin*, 2016/5, p. 1-21 ; P. KRUGMAN, « Revenge of the Optimum Currency Area », in D. ACEMOGLU, J. PARKER et M. WOODFORD (dir.), *NBER Macroeconomic Annual*, vol. 27, 2012, p. 439-448 ; B. THÉRET, « Sortir d'en bas par le haut de la crise de l'Euro-zone. Une réponse en termes de fédéralisme monétaire » et « Annexe. Un antécédent historique : le blocade de la province argentine du Tucuman (1985-2003) », *Revue du MAUSS permanente*, 20 mai 2014.

¹⁹² L'un des représentants de cette thèse, Karloo Tuori, s'appuie sur sa théorie d'une constitution européenne à plusieurs étages (économique, sociale, politique, etc.) pour aboutir à la conclusion selon laquelle la constitution macro-économique de l'Europe, trop longtemps négligée, mériterait d'être « complétée » (K. TUORI, *The Eurozone Crisis. A constitutional Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014). Ce dernier argument est approfondi par H. HOFMAN et K. PANTAZATOU, « The Transformation of European Economic Constitution », *University of Luxembourg Law Working Paper*, n° 2015-01 [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2564156>]. En réalité, il est difficile de savoir si, en partant de ce constat, les auteurs ne tentent pas simplement d'apporter *a posteriori* une justification à la jurisprudence de la Cour et aux interventions de la BCE. On renvoie au résumé du débat entre Joerges, Ruffert, Georgosouli et Jaros : [<http://verfassungsblog.de/author/klaus-tuori>] (consulté le 19 juillet 2017). Un exposé des points de vue sur le sujet peut aussi être trouvé : M. FICHERA, S. HANNINEN et K. TUORI (dir.), *Polity and Crisis: Reflections on the European Odyssey*, London, New York, Routledge, 2016.

¹⁹³ Sur ce point, voir G. DE BÚRCA, « Is EU Supranational Governance a Challenge to Liberal Constitutionalism? », *New York University School of Law, Public Legal Theory Research Paper series*, n° 18-09, February, 2018.

sérieux le sentiment qu'il n'est plus possible, quel que soit le choix politique effectué au niveau national, d'avoir prise sur une orientation économique définie dans les institutions européennes.

Lionel Zevounou

Maître de conférences en droit public à l'Université Paris Nanterre, chercheur au CRDP (EA 381) et membre associé de l'IDHES (UMR 8533) [<https://cv.archives-ouvertes.fr/lionel-zevounou>]

Paper

Les *executive orders* du président des États-Unis comme outil alternatif de législation

Les premiers mois d'exercice du pouvoir par le président Donald Trump ont été marqués par la personnalité et le style atypiques du 45^e président des États-Unis, ainsi que par sa pratique inhabituelle de la communication par le truchement des réseaux sociaux qui apparaît en rupture avec les usages des précédents titulaires de la fonction. Toutefois, au-delà de ces singularités, le nouveau président américain a su immédiatement s'approprier, dans une grande continuité avec les pratiques antérieures, les outils du pouvoir du chef de l'exécutif américain. En effet, comme Ronald Reagan¹, George H. Bush², Bill Clinton³, George W. Bush⁴ ou Barack Obama⁵ avant lui, le Président Trump a pris dans les jours suivants son investiture des *executive orders*⁶. Parmi ceux-ci se trouvent les très contestés *executive orders* visant à interdire aux ressortissants de certains États étrangers, à majorité musulmane, l'entrée sur le territoire des États-Unis⁷. Plus récemment, les décisions du 8 mars 2018 visant à augmenter les droits de douane perçus sur les importations d'acier et d'aluminium⁸ aux États-Unis ont créé de vives

¹ Voir par ex. E.O. n° 12287 du 28 janvier 1981 relatif à la dérèglementation des produits du pétrole brut et raffiné.

² Voir par ex. E.O. n° 12668 du 25 janvier 1989 instituant une commission présidentielle sur la réforme des règles fédérales en matière d'éthique.

³ Voir par ex. E.O. n° 12834 du 20 janvier 1993 relatif aux engagements au respect des règles d'éthique par les personnes nommées par le pouvoir exécutif.

⁴ Voir par ex. E.O. n° 13198 du 29 janvier 2001 relatif aux responsabilités des agences au regard des initiatives religieuses et communautaires.

⁵ Voir par ex. E.O. n° 13489 du 21 janvier 2009 relatif aux archives présidentielles ; Voir aussi E.O. n° 13490 du 21 janvier 2009 relatif aux engagements au respect des règles d'éthique par les agents du pouvoir exécutif.

⁶ Voir par ex. E.O. n° 13765 du 20 janvier 2017 visant à réduire l'impact économique de la loi relative à la protection des patients et à l'accessibilité des soins en attendant son abrogation. Voir aussi E.O. n° 13768 du 25 janvier 2017 visant à améliorer la sécurité publique au sein des États-Unis.

⁷ E.O. n° 13769 du 27 janvier 2017 visant à protéger la nation de l'entrée de terroristes étrangers aux États-Unis ; E.O. n° 13780 du 6 mars 2017 visant à protéger la nation de l'entrée de terroristes étrangers aux États-Unis ; D. TRUMP, *Presidential Proclamation* n° 9645 maintenant des capacités accrues de contrôle pour détecter les tentatives d'entrée sur le territoire des États-Unis par des terroristes et autres personnes troublant la sécurité publique.

⁸ Voir D. TRUMP, *Presidential Proclamation* visant à ajuster les importations d'aluminium aux États-Unis ; *Presidential Proclamation* visant à ajuster les importations d'acier aux États-Unis.

tensions entre la première puissance mondiale et ses partenaires économiques. Les débats entourant ces actes ont conduit à mettre au centre de l'actualité un aspect des pouvoirs du président des États-Unis qui a longtemps peu intéressé la doctrine américaine⁹ : son pouvoir d'énoncer unilatéralement des prescriptions générales et impersonnelles qui se rapprochent matériellement de la loi et qui s'appliqueront sur l'ensemble du territoire des États-Unis en dehors de tout processus législatif.

En effet, la doctrine américaine a pendant longtemps été influencée par la pensée de Richard Neustadt, exposée dans son ouvrage de référence de 1960 : *Presidential Power*¹⁰. Selon cet auteur, le pouvoir du président des États-Unis ne résiderait pas tant dans les pouvoirs formels qui lui sont conférés par la Constitution que dans ses qualités personnelles en matière de *leadership* et de stratégie politique face aux autres pouvoirs. Richard Neustadt résume cela dans une formule célèbre selon laquelle le pouvoir du président « est le pouvoir de persuader¹¹ ». Selon cette conception, l'utilisation par le président des États-Unis de ses prérogatives, comme le pouvoir de veto ou celui d'émettre des *executive orders*, n'est pas une marque de puissance, mais au contraire un signe de faiblesse dans la mesure où cela signifie qu'il a été incapable d'emporter la conviction des autres pouvoirs¹². Cela a conduit une partie de la doctrine à se désintéresser de l'approche juridique dès lors qu'il s'agissait d'étudier les pouvoirs du président¹³.

Cependant, malgré l'influence considérable de la pensée de Neustadt¹⁴, la doctrine contemporaine tend depuis quelques années à renouer avec les études juridiques des pouvoirs du président des États-Unis qui avaient cours dans la première

⁹ Voir notamment Ph.J. COOPER, *By order of the President. The Use and Abuse of Executive Direct Action*, Lawrence, University Press of Kansas, 2002, p. 2. L'auteur remarque que « Curieusement, la littérature relative à la présidence ignore largement les outils de l'action présidentielle directe, comme si la façon dont le président utilise ses pouvoirs n'avait que peu d'importance. L'accent est mis presque exclusivement sur ce que la nouvelle administration souhaite achever et comment elle peut organiser son équipe pour se positionner à l'égard d'alliés politiques potentiels afin de réaliser son programme » (notre traduction).

¹⁰ R.E. NEUSTADT, *Presidential Power*, New York, John Wiley & Sons, 1960, 224 p.

¹¹ « *Presidential power is the power to persuade* » (R.E. NEUSTADT, *Presidential Power and the Modern Presidents: The Politics of Leadership from Roosevelt to Reagan*, New York, The Free Press, 1991, p. 11, notre traduction).

¹² *Ibid.*, p. 24. L'auteur observe que l'utilisation de ces pouvoirs constitutionnels est un « dernier recours douloureux, une réponse forcée à l'épuisement des autres solutions, suggestif moins d'une maîtrise que d'un échec – l'échec d'une tentative de réaliser un but par des moyens moins contraignants » (notre traduction).

¹³ Certains auteurs ont toutefois continué à retenir une approche juridique de la question, Voir par ex. en ce sens R.B. CASH, « Presidential Power: Use and Enforcement of Executive Orders », *Notre Dame Law Review*, 1963, vol. 39, p. 44-55 ; W. NEIGHBORS, « Presidential Legislation by Executive Order », *University of Colorado Law Review*, vol. 37, 1964, p. 105-118 ; J.L. FLEISHMAN et A.H. AUFSES, « Law and Orders: The Problem of Presidential Legislation », *Law and Contemporary Problems*, vol. 40, 1976, p. 1-45 ; J.E. NOYES, « Executive Orders, Presidential Intent, and Private Rights of Action », *Texas Law Review*, vol. 59, 1981, p. 837-878.

¹⁴ Voir K.R. MAYER, *With the Stroke of a Pen, Executive Orders and Presidential Power*, Princeton, Princeton University Press, 2001, p. 12. Comme l'observe l'auteur, « la perspective "Neustadtian" des pouvoirs présidentiels [...] a dominé le champ des études sur la présidence américaine comme peu d'ouvrages ont dominé d'autres champs doctrinaux » (notre traduction).

partie du XX^e siècle¹⁵. Cette tendance s'explique par les limites de l'approche purement politique de Neustadt. Si cet auteur peut « éclairer les fluctuations à court terme des frontières de l'influence présidentielle [...] il ne peut pas expliquer l'expansion généralisée du pouvoir présidentiel¹⁶ ». Effectivement, depuis des décennies les pouvoirs du président américain se sont structurellement renforcés¹⁷, et ce, indépendamment du titulaire de la fonction présidentielle. Ainsi, ce n'est pas tant la personnalité des différents présidents qui semble favoriser cette tendance, mais plutôt la structure constitutionnelle. Or, s'intéresser à l'influence de la structure constitutionnelle sur les pouvoirs du président suppose nécessairement de porter son attention sur les *executive orders*.

Les *executive orders* ont en effet toujours été le support traditionnel de l'expression de la volonté présidentielle¹⁸, cela explique que leur histoire soit intimement liée à celle du président des États-Unis¹⁹. Georges Washington fut ainsi, en 1789, l'auteur du premier acte qui s'apparente à un *executive orders*²⁰, même si celui-ci ne porte pas le numéro 1²¹. Comme le note une étude, les premiers *executive orders*

prenaient parfois la forme d'approbation présidentielle gribouillée hâtivement sur des documents légaux ou sur les marges de cartes. Les présidents écrivaient « Approuvée », « Qu'il en advienne », ou d'autres courts commentaires et ces notes suffisaient à donner à ces propositions l'autorité de l'*imprimatur* présidentielle²².

¹⁵ Voir l'un des auteurs majeurs de la période : E.S. CORWIN, *The President: Office and Powers 1787-1957*, 4^e éd., New York, New York University Press, 1957.

¹⁶ W.G. HOWELL, *Power Without Persuasion. The Politics of Direct Presidential Action*, Princeton, Princeton University Press, 2003, p. 10.

¹⁷ A.S. MILLER, *Presidential Power in a Nutshell*, St. Paul, West Publishing Co., 1977, p. 23. L'auteur observait déjà en ce sens en 1977 que « Le pouvoir dans l'ordre constitutionnel américain a toujours coulé, et continuera de couler, vers l'exécutif. La façade de la séparation des pouvoirs demeurera mais ne devrait jamais être confondue avec la réalité » (notre traduction).

¹⁸ Report of the Special Committee on National Emergencies and Delegated Powers, *Executive Orders in Times of War and National Emergency*, 93rd Cong., 2^d sess., U.S. Senate, 1974, p. 2. Les auteurs du rapport soulignent que « Depuis la naissance de la Nation, la direction quotidienne des affaires gouvernementales exige, par nécessité, l'édition d'ordres présidentiels et de décisions orientant les politiques publiques afin d'exécuter les dispositions de la Constitution qui disposent que le Président "veillera à ce que les lois soient fidèlement exécutées" » (notre traduction).

¹⁹ J.C. DUNCAN, « A Critical Consideration of Executive Orders: Glimmerings of Autopoiesis in the Executive Role », *Vermont Law Review*, vol. 35, 2010, p. 333-411, en part. p. 339.

²⁰ W. HEBE, « Executive Orders and the Development of Presidential Power », *Villanova Law Review*, vol. 17, 1972, p. 688-712, en part. p. 689 *sqq.*

²¹ L'*executive order* n° 1 fut en effet pris par le président Abraham Lincoln en 1862. Cela s'explique par le fait que les agents du Département d'État n'ont commencé la numérotation de ces actes qu'à partir de 1907 en commençant par ceux qu'ils avaient dans leurs registres, excluant ainsi les 15 premiers Présidents des États-Unis dont les archives en la matière ne leur avaient jamais été transmises. Du reste, en l'absence d'exigence de publication des *executive orders* et *proclamations* avant 1935, il pourrait exister plusieurs milliers d'actes n'ayant jamais été retrouvés, et donc qui n'ont pu voir de numéro leur être assigné.

²² Report of the Special Committee..., précité.

Il fallut attendre un *executive order* du président Ulysses Grant en 1873 pour que soient imposées certaines règles visant à uniformiser le style et la structure de ces actes, sans d'ailleurs que ces règles soient toujours respectées²³.

L'importance des *executive orders* dans l'histoire des États-Unis est considérable. Certaines des plus grandes controverses politiques et constitutionnelles ont pour origine de tels actes. Ainsi, la *Neutrality Proclamation* de 1793 de Georges Washington²⁴, qui déclare que les États-Unis demeureront neutres dans le conflit entre les puissances européennes et qui interdit aux ressortissants américains de prendre part à cette guerre, a mené à une controverse constitutionnelle importante entre James Madison et Thomas Jefferson sur les pouvoirs constitutionnels respectifs du président et du Congrès en matière de déclaration de guerre et de neutralité. De même, c'est par un *executive order* que, le 1^{er} janvier 1863, Abraham Lincoln déclara l'émancipation des Noirs dans les États du sud de l'Amérique. C'est encore par un *executive order*, daté du 19 février 1942²⁵, que Franklin Roosevelt ordonna l'internement dans des camps de plus de 117 000 Américains d'origine japonaise durant la Seconde Guerre mondiale. Sur le plan juridique, l'une des décisions les plus célèbres de la Cour suprême, *Marbury v. Madison*²⁶, avait pour origine la contestation de la validité d'un *executive order* du président Jefferson adressé à son secrétaire d'État, James Madison, lui ordonnant de ne pas notifier sa nomination aux fonctions de juge fédéral à William Marbury. De même, les affaires les plus importantes de la Cour suprême relatives à la séparation des pouvoirs ont souvent eu pour origine la contestation d'un *executive order*²⁷.

L'importance juridique et politique des *executive orders* s'est nettement accrue au cours du XX^e siècle, au point de devenir l'un des facteurs principaux de la puissance présidentielle. Cette tendance peut s'expliquer par un double phénomène. Cette importance est tout d'abord la conséquence de la place centrale qu'occupent les normes issues des *executive orders* dans l'ordre juridique fédéral américain. D'un point de vue quantitatif, le nombre d'*executive orders* édictés par le président des États-Unis a fortement augmenté. Ainsi, les vingt-cinq premiers présidents des États-Unis ont pris de manière cumulée 1166 *executive orders*²⁸. Mais le président Théodore Roosevelt (1901-1909) en a pris à lui seul près de 1081²⁹. C'est toutefois Franklin Roosevelt (1933-1945) qui à ce jour détient le record avec 3721 *executive orders* durant ses mandats³⁰. Les présidents prennent aujourd'hui en moyenne entre 300 et 400 *executive orders* pour deux mandats. Ne sont pris en compte ici que les

²³ Ph.J. COOPER, *By Order of the President*, op. cit., p. 17.

²⁴ L. FISHER, *The Law of the Executive Branch. Presidential Power*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 103.

²⁵ E.O. n° 9066 du 19 février 1942 autorisant le secrétaire à la guerre à prescrire des zones militaires.

²⁶ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (24 février 1803). Voir E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 1 sqq.

²⁷ Voir par ex. *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (21 décembre 1936) ; *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (2 juin 1952) ; *Cole v. Young*, 351 U.S. 536 (11 juin 1956) ; *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (2 juillet 1981).

²⁸ Voir les données sur ce site : http://www.presidency.ucsb.edu/executive_orders.php

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

executive orders stricto sensu auxquels il faudrait théoriquement ajouter, notamment, les *proclamations* et les *memoranda*³¹, ce qui gonflerait encore considérablement les chiffres. Mais c'est surtout du point de vue qualitatif que les *executive orders* ont pris une ampleur considérable³². Assurément, cet outil s'est imposé aux yeux des présidents américains comme un véritable instrument de législation autonome permettant de contourner le Congrès³³. Franklin Roosevelt, dans un message au Congrès, déclara par exemple :

Je demande que le Congrès prenne les mesures nécessaires avant le 1^{er} octobre. Votre inaction à cette date me laissera avec la responsabilité incontournable devant le peuple de ce pays de m'assurer que l'effort de guerre n'est mis en péril par la menace d'un chaos économique³⁴.

Dans le même sens, Bill Clinton assumait clairement de passer par des *executive orders* dans l'hypothèse où des propositions de loi qu'il soutenait seraient bloquées par le Congrès³⁵. C'est pourquoi de nombreux auteurs affirment que les *executive orders* s'apparentent souvent à de la législation³⁶. Un auteur juge en ce sens que, parmi les milliers d'*executive orders* pris par le président, beaucoup « créent clairement des "lois" dans tous les sens du terme³⁷ ».

Cette tendance à l'usage des *executive orders* comme instrument alternatif de législation est par ailleurs favorisée par les attentes des citoyens américains qui ont, spécialement depuis le *New Deal*, intériorisé le rôle du gouvernement fédéral en général, et du président en particulier, en matière économique, sociale ou de sécurité. Dès lors, il n'est pas surprenant que « le public attende désormais des présidents qu'ils accomplissent bien plus que ce que leur permettent leurs seuls pouvoirs formels³⁸ » et pousse ainsi les titulaires de la fonction exécutive à faire un usage de plus en plus large de leurs prérogatives. Ces éléments expliquent la position d'une partie de la doctrine américaine qui estime que les *executive orders* sont l'un des

³¹ Sur ces deux notions, voir *infra*.

³² Voir Ph.J. COOPER, *By Order of the President*, *op. cit.*, p. 13. L'auteur remarque que « Le cœur de beaucoup de commentaires est fondé sur le présupposé que les présidents utilisent davantage [les *executive orders*] qu'auparavant ». Toutefois, l'auteur souligne que « la question est davantage celle du contenu que de la quantité » des *executive orders*. (Nos traductions)

³³ *Ibid.*, p. 55 *sqq.*

³⁴ F.D. ROOSEVELT, *Message to Congress on Stabilizing the Economy*, 7 septembre 1942 (notre traduction).

³⁵ T.D. GAZIANO, « The Use and Abuse of Executive Orders and Other Presidential Directives », *Texas Review of Law and Politics*, n° 2, 2001, p. 267-316, en part. p. 272.

³⁶ Voir par ex. K.R. MAYER, *With the Stroke of a Pen*, *op. cit.*, p. 5. L'auteur souligne que « Même dans le confinement de leur pouvoir exécutif, les présidents ont été capables de "légiférer" dans le sens de mettre en place des politiques qui vont bien au-delà de la simple activité administrative » (notre traduction) ; L. FISHER, « Laws Congress Never Made », *Constitution*, 1993, p. 59-66, en part. p. 59, l'auteur remarque que « Bien que la Constitution place le pouvoir législatif dans les mains du Congrès, le rôle de législateur du Président est considérable, persistant et dans de nombreux cas troublants » (notre traduction). Voir aussi J.L. HIRSEN, « Government by Decree. Presidential Legislation Through Executive Orders », *Trinity Law Review*, 1999, n° 9, p. 32-56.

³⁷ E.D. ELIOTT, « Why Our Separation of Powers Jurisprudence Is So Abysmal », *George Washington Law Review*, n° 3, 1989, p. 506-532, en part. p. 525, (notre traduction).

³⁸ K. MAYER, *With the Stroke of a Pen*, *op. cit.*, p. 8, (notre traduction).

facteurs principaux à l'origine de ce phénomène d'expansion des pouvoirs présidentiels³⁹.

L'étude des *executive orders* est donc indispensable à une meilleure compréhension des pouvoirs du président des États-Unis et à l'appréhension des dynamiques entre les trois branches du pouvoir fédéral américain. Toutefois, un écueil apparaît immédiatement lorsqu'est entreprise une telle recherche : la difficulté d'identifier l'objet « *executive order* ». Cette difficulté est tout d'abord liée au fait que la catégorie des *executive orders stricto sensu*, c'est-à-dire les mesures qualifiées comme telles par le président, n'est pas la seule catégorie d'actes normatifs permettant au président des États-Unis d'agir unilatéralement. Pour reprendre une typologie traditionnelle, notamment élaborée par Philipp J. Cooper⁴⁰, à côté de la catégorie des *executive orders* se trouvent celles des *presidential proclamations*, des *presidential memoranda* et des *national security directives*. Certains auteurs y ajoutent même la catégorie des *signing statements*⁴¹. Or, comme le rappelle un auteur, « il n'existe pas de définition constitutionnelle ou légale des notions de “*proclamation*”, “*executive order*,” ou des autres formes de directives présidentielles⁴² ». Autrement dit, « l'absence de définition consensuelle signifie que, par essence, un *executive order* est ce que le président choisit de qualifier ainsi⁴³ ».

Dans une étude de 1957⁴⁴, une commission de la Chambre des Représentants du Congrès avait tenté d'identifier et de distinguer les *executive orders* et les *proclamations*. Cette étude, après avoir défini les *executive orders* et *proclamations* comme « des directives ou actions par le président », énonçait que

les *executive orders* sont généralement dirigés vers, et gouvernent l'action des agents du Gouvernement et des agences. Ils n'affectent habituellement qu'indirectement les personnes privées. Les proclamations affectent dans la plupart des cas principalement les activités des personnes privées⁴⁵.

Toutefois cette distinction fondée sur les destinataires de l'acte est en pratique assez peu opérante dans la mesure où, comme l'ont montré les mesures prises par Donald Trump, le président des États-Unis peut prendre des *executive orders* qui affectent principalement les activités des personnes privées⁴⁶. En outre, pour les

³⁹ Voir par ex., en ce sens, T.D. GAZIANO, « The Use and Abuse of Executive Orders and Other Presidential Directives », *Texas Review of Law and Politics*, n° 2, 2001, p. 267-316 ; T.L. BRANUM, « President or King? The Use and Abuse of Executive Orders in Modern-Day America », *Journal of Legislation*, vol. 28, 2002, p. 1-86.

⁴⁰ Ph.J. COOPER, *By Order of the President. The Use and Abuse of Executive Direct Action*, *op. cit.*

⁴¹ Voir C.A. BRADLEY et E.A. POSNER, « Presidential Signing Statements and Executive Power », *Constitutional Commentary*, vol. 23, 2006, p. 307-364.

⁴² W.J. OLSON et A. WOLL, « Executive Orders and National Emergencies. How Presidents Have Come to “Run the Country” by Usurping Legislative Power », *Policy Analysis*, n° 358, 1999, p. 1-29, en part. p. 8, (notre traduction).

⁴³ K.R. MAYER, *With the Stroke of a Pen*, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁴ Committee on Government operations, *Executive Orders and Proclamations: A Study of a Use of Presidential Powers*, 85th Cong., 1st sess., U.S. House of Representatives, 1957, 214 p.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 1 (notre traduction).

⁴⁶ Voir sur ce sujet M. BELCO et B. ROTTINGHAUS, *The Dual Executive. Unilateral Orders in a Separated and Shared Power System*, Palo Alto, Stanford University Press, 2017, 239 p., en part. p. 34 sqq.

juridictions américaines, il n'existe pas de différence entre ces deux types d'actes. Ainsi, la Cour suprême des États-Unis a pu juger que le fait pour le président de prendre un *executive order* en exécution d'une loi alors même que celle-ci prévoyait spécifiquement une proclamation n'est pas de nature à remettre en cause la validité d'un tel acte⁴⁷.

La distinction entre *executive order* et *presidential memorandum* n'est pas plus aisée. En l'absence de définition légale ou constitutionnelle, la doctrine s'accorde sur la définition selon laquelle un *presidential memorandum* est « une déclaration par le chef de l'exécutif directement adressée aux agents du pouvoir exécutif qu'elle désigne nommément et qualifiée de *memorandum* par la Maison-Blanche⁴⁸ ». Compte tenu de la proximité de définitions entre *executive order* et *memorandum*, il n'est pas surprenant que « le *memorandum* soit utilisé comme l'équivalent d'un *executive order*⁴⁹ », mais sans qu'il soit nécessaire de respecter l'obligation légale de publication propre à la catégorie des *executive orders*⁵⁰. Il arrive d'ailleurs que les deux instruments soient utilisés concomitamment par le président des États-Unis pour mettre en place une politique déterminée⁵¹. La proximité entre ces outils est telle, qu'elle peut conduire à des confusions au sein même de la Maison-Blanche. Ainsi, dans un discours tenu dans un lycée de Californie en 1994, Bill Clinton, pourtant juriste de formation, avait annoncé qu'il signerait un *executive order* visant à retenir les fonds des États américains qui n'appliqueraient pas une politique de « tolérance zéro » à l'égard de la présence d'armes dans les écoles⁵². Pourtant, c'est bien un *memorandum* qui sera pris par le président des États-Unis pour mettre en œuvre cette politique⁵³. Du reste, ici aussi les juridictions fédérales américaines ne semblent pas accorder de véritable importance à la dénomination de l'acte. Par exemple, le fait pour le président de déléguer certains pouvoirs à un service de la Maison-Blanche par *memorandum* et non par *executive order* est sans incidence sur la validité d'une telle délégation⁵⁴.

Enfin, la *national security directive* s'apparente, pour reprendre la définition énoncée par le Président Lyndon Johnson, à

une notification formelle adressée au chef d'une administration fédérale ou d'une autre agence gouvernementale l'informant d'une décision présidentielle dans le

⁴⁷ *Wolsey v. Chapman*, 101 U.S. 755 (1879).

⁴⁸ Ph.J. COOPER, *By Order of the President*, *op. cit.*, *op. cit.*, p. 83 (notre traduction).

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Voir M. WOODWARD, « Executive Orders: A Journey », *Legal Reference Services Quarterly*, 1990, p. 125-134. Voir aussi *infra*.

⁵¹ Voir par ex., E.O. n° 13492 du 22 janvier 2009 relatif à l'examen et la disposition des individus détenus à la base navale de Guantanamo Bay et la fermeture des installations de détention et *Presidential Memorandum* du 15 décembre 2009 relatif à la fermeture des installations de détention de la base navale de Guantanamo Bay.

⁵² W.J. CLINTON, *Remarks to Students at Carlmont High School in Belmont, Californie*, 22 octobre 1994.

⁵³ Voir W.J. CLINTON, *Memorandum on Implementation of Safe Schools Legislation*, 22 octobre 1994.

⁵⁴ Voir par ex. *Meyer v. Bush*, 981 F.2d 1288 (D.C. Cir. 1993). La cour souligne que « Nous ne pensons pas qu'est pertinente la question de savoir si le président délègue son autorité à un service de la Maison-Blanche par *memorandum* ou par *executive order* » (notre traduction).

champ des affaires de sécurité nationale et exigeant généralement des mesures d'exécution de l'administration ou de l'agence concernée⁵⁵.

Ici encore, d'un point de vue matériel, la différence entre les *national security directives* et les *executive orders* est souvent malaisée dans la mesure où ces deux types d'actes peuvent avoir le même objet et les mêmes effets⁵⁶. La seule différence fondamentale réside dans le fait que les *national security directives* sont généralement classifiées secret-défense et qu'elles ne sont donc pas publiées ou même consultables⁵⁷. Le public n'a de ce fait que rarement connaissance de l'existence même de telles *national security directives*.

Ainsi, en dehors des hypothèses où l'un de ces outils évoqués est rendu spécifiquement nécessaire par la loi, avec les limites évoquées ci-dessus, ou par l'usage, comme la fameuse *Thanksgiving proclamation*⁵⁸, le président dispose d'une entière discrétion dans le choix du support de sa politique. Les raisons pour lesquelles il choisit tel ou tel instrument au détriment d'un autre sont généralement liées à des considérations politiques et d'opportunité⁵⁹. Si ces différents types d'actes sont clairement interchangeables pour atteindre l'objectif fixé par le président, leur régime juridique n'est pas exactement identique. Il existe par exemple une obligation légale qui impose au président des États-Unis de publier l'ensemble des *executive orders* et des *proclamations* au *Federal Register*⁶⁰. Cette obligation a été instituée à la suite d'une affaire qui avait conduit deux compagnies pétrolières à demander la suspension de certaines dispositions d'un *executive order* jusque devant la Cour suprême sans que cette dernière, ni les avocats de l'administration, ni les juridictions fédérales du fond saisies ne s'aperçoivent que les dispositions litigieuses de l'*executive order* avaient été en réalité abrogées par un autre *executive order*⁶¹. Le président peut donc être tenté de passer par la voie d'un *memorandum* de manière à éviter une telle publication et ainsi de réduire les risques contentieux. De même, les règles

⁵⁵ B.K. SMITH, *Organizational History of the National Security Council During the Kennedy and Johnson Administration*, Washington D.C., National security council, 1988, p. 23, cité par Ph.J. COOPER, *By order of the President*, op. cit., p. 144.

⁵⁶ Ph.J. COOPER, *By order of the President*, op. cit., p. 145. L'auteur observe notamment en ce sens que « Les *national security directives* ont clairement de nombreux effets identiques aux *executive orders* [...] ». Il observe ensuite que « Bien que la plupart des *national security directives* aient clairement pour objet la politique étrangère et les affaires militaires, les études limitées sur le sujet à ce jour indiquent que certains de ces actes ont eu un impact significatif sur le plan national » (notre traduction).

⁵⁷ On remarquera qu'il arrive cependant fréquemment que des *executive orders* interviennent dans le domaine de la sécurité nationale. Cf. R. ALFORD, *Permanent State of Emergency. Unchecked Executive Power and the Demise of the Rule of Law*, Kingston, McGill-Queen's University Press, 2017, p. 140 sqq.

⁵⁸ Il s'agit d'une tradition qui remonte au premier président des États-Unis, Georges Washington, qui prit une telle proclamation le 3 octobre 1789. Pour un exemple récent, voir D. TRUMP, *Presidential Proclamation - Thanksgiving Day*, 23 novembre 2017.

⁵⁹ Voir, sur ce point, Ph.J. COOPER, *By Order of the President*, op. cit., op. cit., p. 39 sqq.

⁶⁰ *Federal Register Act*, 26 juillet 1935, 49 Stat. 500, 44 U.S.C.

⁶¹ Voir *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388, 412 (7 janvier 1935). La Cour observe notamment que « Quelle que soit la cause de l'absence d'information publique quant à la modification [de l'*executive order*], avec comme résultat que les personnes affectées, les autorités de poursuite, les juridictions, étaient toutes ignorantes de cette altération, le fait est que le recours était dans cette perspective formé à l'encontre de dispositions qui n'existaient pas » (notre traduction).

en matière d'élaboration ne sont pas les mêmes : l'édition des *executive orders* est plus encadrée que les autres actes depuis un *executive order*, pris par le président John Kennedy en 1962⁶² et modifié par ses successeurs, qui prévoit une procédure spécifique⁶³. Il arrive enfin fréquemment que le président utilise une combinaison de plusieurs de ces instruments pour mettre en place une politique publique déterminée⁶⁴.

L'absence de véritable critère de distinction entre ces actes et leur identité matérielle justifie que la notion d'« *executive order* » soit entendue au sens large dans le cadre de cette étude, sans considération de la qualification donnée par le président à ses actes⁶⁵. Ainsi, *lato sensu*, les *executive orders* sont toutes les directives du président des États-Unis adressées aux agents et administrations du pouvoir exécutif, qu'elles aient ou non *in fine* pour objet d'affecter les personnes privées, et qui leur imposent de prendre (ou de s'abstenir de prendre) certaines mesures, de modifier leur pratique, d'appliquer une politique publique déterminée par lui ou d'exécuter la loi selon l'interprétation qu'il en retient. Ces éléments expliquent également le choix qui a été fait dans cet article de conserver la locution originale « *executive order* » plutôt que de la traduire par « décret présidentiel » comme le fait une partie de la doctrine francophone ou de la presse généraliste française. En effet, il nous semble que la locution « décret présidentiel » crée une perception faussée impliquant que l'*executive order* serait l'équivalent américain d'un décret pris par le président de la République française. Or, les *executive orders* se distinguent des décrets présidentiels français aussi bien sur la forme – en ce qu'ils ne renvoient pas à une catégorie formelle d'actes du président mais à un ensemble de mesures aux dénominations variées⁶⁶ – que sur le fond, dans la mesure où ils ont une portée qui dépasse largement celle des décrets du président de la République française⁶⁷.

L'ensemble de ces éléments conduit à constater que si les *executive orders* sont formellement des actes du pouvoir exécutif et se distinguent clairement de la loi du Congrès, une approche matérielle de ces actes mène à grandement relativiser cette distinction. En effet, par leur objet, qui ne se limite en général pas au seul ordre intérieur de la branche exécutive, et leurs effets importants sur les personnes privées, les *executive orders* se rapprochent très significativement de la loi au point d'intervenir souvent dans le champ de compétence du Congrès. Les *executive orders*

⁶² E.O. n° 11030 du 15 juin 1962 relatif à la préparation, présentation, classement, et publication des *executive orders* et *proclamations*.

⁶³ Ainsi, un *executive order* avant de pouvoir être signé par le président doit avoir été examiné par le directeur de l'*Office of Management and Budget* (OMB). Si le directeur de ce service l'approuve, alors l'acte est transmis au secrétaire à la Justice qui en apprécie la légalité puis aux services du *Federal Register* qui devra en examiner la forme avant de l'envoyer aux services du président pour signature. Toutefois, cette procédure découlant elle-même d'un *executive order*, elle n'est pas opposable au président, ce qui signifie qu'il peut s'en écarter sans remettre en cause la légalité de sa mesure. Voir K.R. MAYER, *With the Stroke of a Pen*, *op. cit.*, p. 60 *sqq.*

⁶⁴ Voir Ph.J. COOPER, *By Order of the president*, *op. cit.*, p. 137.

⁶⁵ K.R. MAYER, *With the Stroke of a Pen*, *op. cit.*, p. 34. Comme le note dans le même sens l'auteur, « Ces distinctions, bien que justes en moyenne, sont fausses suffisamment souvent pour les rendre inutiles dans l'établissement d'une classification systématique » (notre traduction).

⁶⁶ On notera d'ailleurs que La locution « *executive order* » est également employée pour qualifier les actes des gouverneurs des États fédérés et des maires américains.

⁶⁷ Voir *infra*, p. 24-25.

semblent ainsi permettre au président des États-Unis d'accaparer une partie du pouvoir législatif. Or, l'article 1^{er} de la Constitution des États-Unis dispose notamment que « tous les pouvoirs législatifs accordés par la présente Constitution seront attribués à un Congrès des États-Unis ». Dès lors, comment les *executive orders* peuvent-ils être utilisés par le président des États-Unis comme un outil de législation dans un certain nombre de domaines, alors même que la Constitution n'habilite que le Congrès à prendre des normes législatives et que la séparation des pouvoirs est supposée être stricte aux États-Unis ? On peut identifier deux grands facteurs expliquant ce phénomène : d'une part, les fondements juridiques des *executive orders* sont relativement incertains ; or cette incertitude profite largement au président des États-Unis (I) ; d'autre part, les *executive orders* ne font l'objet d'aucun véritable contrôle, ce qui leur donne une portée considérable (II).

I. DES *EXECUTIVE ORDERS* AUX FONDEMENTS JURIDIQUES INCERTAINS

Il faut souligner que les *executive orders* ne sont pas expressément prévus par la Constitution des États-Unis. La section 1 de l'article 2 de la Constitution se limite à énoncer que « le pouvoir exécutif sera confié à un président des États-Unis d'Amérique » et la section 3 du même article dispose notamment qu'« il veillera à ce que les lois soient fidèlement exécutées, et commissionnera tous les fonctionnaires des États-Unis ». Ainsi, en l'absence de définition de la nature et de la portée du pouvoir exécutif du président américain, la seule lecture de la Constitution ne permet pas de déterminer sur quel fondement et dans quel contexte un président peut prendre des *executive orders*. Ce flou autour de la signification de l'article 2 de la Constitution n'est aujourd'hui que partiellement résolu. En effet, plus de deux siècles après l'entrée en vigueur de la Constitution des États-Unis, les fondements des pouvoirs du président américain font toujours l'objet de « désaccords très considérables⁶⁸ ». Cela est parfaitement résumé par le *Justice* Robert Jackson dans son opinion concordante sur l'arrêt *Youngstown* de 1952⁶⁹. Après avoir remarqué qu'aucune des conceptions discutées de l'autorité du président des États-Unis ne s'avère utile et claire pour trancher des questions concrètes soulevées par les pouvoirs de l'exécutif, il ajoute qu'

[u]n siècle et demi de débats partisans et de spéculations doctrinales n'ont débouché sur aucun résultat mais ont seulement produit des citations plus ou moins pertinentes de sources respectées [...]. Elles se contredisent largement les unes les autres⁷⁰.

L'absence de théorie générale unanimement acceptée ne laisse d'autre choix que de définir ces pouvoirs « implicitement, à travers une série de décisions *ad hoc* concernant des pratiques déterminées⁷¹ ».

⁶⁸ H.P. MONAGHAN, « The Protective Power of the Presidency », *Columbia Law Review*, vol. 93, 1993, p. 1-74, en part. p. 6.

⁶⁹ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (2 juin 1952).

⁷⁰ *Justice* Jackson, opinion concordante, *op. cit.*, 343 U. S. 634.

⁷¹ B. LEDEWITZ, « The Uncertain Power of the President to Execute the Laws », *Tennessee Law Review*, vol. 46, 1979, p. 757-806, en part. p. 762 (notre traduction).

Appréhender ces pouvoirs présidentiels suppose, tout d'abord, de rappeler que le constitutionnalisme est fondé sur l'idée de limitation du pouvoir des gouvernants par la Constitution⁷². Cela implique que les titulaires du pouvoir ne peuvent en principe agir sans avoir été préalablement habilités par celle-ci à le faire. Les dispositions habilitant les gouvernants permettent donc de limiter l'action de ceux-ci dans un cadre prédéterminé. Toutefois, paradoxalement, le fait que la Constitution n'habilite pas spécifiquement le président à prendre des *executive orders* n'a pas joué au détriment de la capacité d'action du président, mais l'a au contraire largement favorisée. Deux auteurs notent en ce sens que

les pouvoirs d'action unilatérale du président des États-Unis sont une force dans la politique américaine précisément parce qu'ils ne sont pas prévus dans la Constitution. Par fort contraste au veto, au pouvoir de nomination, et aux autres pouvoirs énumérés, ils tirent leur force et résilience de leur ambiguïté⁷³.

Historiquement, certains auteurs ont pu tenter d'identifier une filiation directe entre le pouvoir exécutif du président des États-Unis et les prérogatives royales du monarque britannique⁷⁴. Comme le souverain britannique, le président des États-Unis pourrait prendre des mesures fondées sur son pouvoir exécutif sans que celles-ci soient directement conditionnées par une habilitation expresse de la Constitution ou de la loi⁷⁵. Toutefois, une telle approche a été largement déconstruite⁷⁶ dans la mesure où les constituants américains ont manifestement refusé de façonner la fonction présidentielle à l'image de celle du roi britannique⁷⁷ et que « l'article II confie "le pouvoir exécutif" au président, mais seulement après que l'article I a donné la plupart des "prérogatives royales traditionnelles" au Congrès⁷⁸ ».

Des présidents américains ont également pu tenter de justifier certains *executive orders* en se référant à l'idée de pouvoirs inhérents à l'office du président, en particulier en situation d'urgence, qui supposeraient que le président puisse agir afin de résoudre des crises même lorsqu'il n'est pas expressément habilité en ce sens⁷⁹. Toutefois, cette thèse est largement contestée par une partie de la doctrine qui l'estime notamment « incompatible avec l'objet même d'une constitution limitée et écrite⁸⁰ ». Surtout, dans l'arrêt *Youngstown* précité, la Cour suprême des États-Unis

⁷² Voir Ph. LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, 4^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 140.

⁷³ Th.M. MOE et W.G. HOWELL, « The Presidential Power of Unilateral Action », *The Journal of Law, Economics & Organization*, vol. 15, 1999, p. 132-179, en part. p. 134 (notre traduction).

⁷⁴ Voir sur ce sujet Ph.J. COOPER, *By Order of the President*, *op. cit.*, p. 4 *sqq.*

⁷⁵ Pour une conception actualisée de cette thèse, voir J. GOLDSMITH et J.F. MANNING, « The President Completion Power », *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, p. 2280-2312.

⁷⁶ Voir sur point E. ZOLLER, « Le Président des États-Unis dans la jurisprudence de la Cour suprême », *NCCC*, 2016, n° 50, p. 51-61, en part. p. 55. L'auteur souligne que « le Président n'exerce en aucune manière la "Prérogative" du monarque britannique qui était le pouvoir inhérent par excellence et qui lui permettait de faire face à l'urgence ». Voir aussi R.J. REINSTEIN, « The Limits of Executive Power », *American University Law Review*, vol. 59, 2009, p. 259-336, en part. p. 271 *sqq.*

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ T.L. BRANUM, « President or King? The Use and Abuse of Executive Orders in Modern-Day America », art. cité, p. 18 (notre traduction).

⁷⁹ K.R. MAYER, *With the Stroke of a Pen*, *op. cit.*, p. 50 *sqq.*

⁸⁰ B. LEDEWITZ, « The Uncertain Power of the President to Execute the Laws », art. cité, p. 770.

s'est clairement opposée à une telle conception des pouvoirs du président des États-Unis. En l'espèce, en avril 1952, le président Harry Truman avait édicté un *executive order*⁸¹ ordonnant au secrétaire au Commerce de saisir et de faire fonctionner la plupart des aciéries du pays afin d'empêcher une grève générale des ouvriers qui aurait pu, selon le président, mettre en péril la défense nationale. Pour prendre cet *executive order*, le président ne s'était pas fondé sur un texte législatif déterminé, mais avait fait référence à l'ensemble des pouvoirs confiés au président par la Constitution et les lois des États-Unis ainsi qu'à sa fonction de commandant en chef des forces armées. Les entreprises propriétaires des aciéries saisies ont introduit un recours devant une juridiction fédérale de premier degré afin, notamment, que l'*executive order* soit suspendu, ce qu'elles ont obtenu en première instance puis en appel. L'affaire a donc été portée devant la Cour suprême. Pour déterminer si l'*executive order* en cause était ou non constitutionnel, la juridiction fédérale suprême s'attache à déterminer si le président des États-Unis était habilité par la Constitution ou une loi fédérale à saisir les aciéries. Sous la plume du *Justice* Hugo Black, la Cour établit en définitive que « l'*executive order* n'était pas autorisé par la Constitution et les lois des États-Unis, et [qu']il n'est donc pas constitutionnel⁸² ». D'autant plus que, « lors de l'élaboration du *Taft-Hartley Act* de 1947, le Congrès avait refusé au Président le pouvoir de procéder à une saisie en cas de conflit du travail⁸³ ». Ainsi, pour la première fois, la Cour suprême des États-Unis affirme clairement que le président des États-Unis ne peut prendre un *executive order* sans avoir été habilité en ce sens soit par la Constitution, soit par une loi fédérale⁸⁴.

C'est cependant surtout l'opinion concordante du *Justice* Jackson dans cette décision qui est aujourd'hui considérée comme la grille d'analyse de référence pour l'appréciation de la validité d'un *executive order*. Celui-ci distingue trois grandes hypothèses :

1° lorsque le président agit en conformité avec une autorisation expresse ou implicite du Congrès, son pouvoir est à son maximum dans la mesure où il dispose non seulement de son autorité constitutionnelle, mais également de tout ce qui lui a été délégué par le Congrès. Si un tel *executive order* est jugé inconstitutionnel, c'est qu'en réalité l'État fédéral n'était pas compétent pour agir ;

2° lorsque le président agit sans qu'un tel acte ait été autorisé ou rejeté par le Congrès, il ne peut compter que sur ses pouvoirs propres. Toutefois, le *Justice* Jackson ajoute qu'

⁸¹ E.O. n° 10378 du 8 avril 1952 ordonnant au secrétaire au commerce de prendre possession et de faire fonctionner les usines et instances de certaines aciéries.

⁸² *Justice* Hugo Black, opinion majoritaire, *Youngstown* art. cité, 343 U. S. 585-589 (notre traduction).

⁸³ A. TUNC, « Les pouvoirs du Président des États-Unis et l'arrêt de la Cour suprême relatif à la saisie des aciéries », *RIDC*, n° 4, 1952, p. 735-751, en part. p. 737. Pour une analyse approfondie plus récente de l'arrêt, voir notamment P.L. BELLIA, « Executive Power in *Youngstown's* Shadows », *Constitutionnal Commentary*, vol. 19, 2002, p. 87-154 ; H.J. POWELL, *The President as Commander in Chief. An Essay in Constitutionnal Vision*, Durham, Carolina Academic Press, 2014, p. 53 sqq.

⁸⁴ A. TUNC, « Les pouvoirs du Président des États-Unis et l'arrêt de la Cour suprême relatif à la saisie des aciéries », art. cité.

il y a une zone de flou dans laquelle le président et le Congrès peuvent avoir une autorité concurrente, ou dans laquelle la répartition est incertaine. Par conséquent, l'inertie du Congrès, son indifférence, ou sa passivité peuvent parfois, au moins en pratique, permettre, si ce n'est impliquer, des mesures prises sous la responsabilité exclusive du président⁸⁵.

3° lorsque le président prend des mesures incompatibles avec la volonté expresse ou implicite du Congrès, son pouvoir est à son point le plus faible dans la mesure où il ne peut compter que sur ses pouvoirs constitutionnels, à l'exclusion des pouvoirs dont le Congrès dispose en la matière.

De cette systématisation du *Justice Jackson*, il est possible de tirer deux grandes sources qui fondent le président des États-Unis à prendre des *executive orders*. D'une part, l'article II de la Constitution autorise le président à prendre de tels actes lorsqu'il agit dans le cadre de ses pouvoirs propres visés à cet article. L'article II habilite également le président à prendre des *executive orders* dans les domaines concurrents avec le Congrès à condition que de tels actes ne contreviennent pas à la volonté implicite ou explicite de ce dernier (A). D'autre part, le président peut être habilité à prendre des *executive orders* par la loi fédérale, il ne s'agit donc ni plus ni moins que d'une délégation de pouvoirs (B). Toutefois, cette systématisation est en pratique assez peu opérante dans la mesure où le président agrège souvent plusieurs fondements sans qu'il soit possible de véritablement les distinguer (C).

A. Les *executive orders* fondés sur l'article II de la Constitution

Contrairement à l'article I de la Constitution qui dispose que « tous les pouvoirs législatifs accordés par la présente Constitution seront attribués à un Congrès des États-Unis » et qui énumère expressément l'ensemble des pouvoirs du Congrès, l'article II est beaucoup plus ambigu. En effet, les dispositions de l'article II ne font pas référence à « tous les pouvoirs », mais seulement « au pouvoir exécutif ». La question a donc pu se poser de savoir si le président était ou non le seul titulaire du pouvoir exécutif fédéral⁸⁶, ce à quoi la Cour suprême a répondu par l'affirmative, notamment dans une décision de 1926⁸⁷. Surtout, le problème central est de déterminer à quoi fait référence ce pouvoir exécutif : faut-il se limiter seulement aux pouvoirs expressément évoqués par l'article II ? La théorie des pouvoirs implicites est-elle applicable au pouvoir exécutif ? Autrement dit, le pouvoir exécutif du président s'étend-il à des hypothèses non directement prévues par la Constitution ?

L'article II vise certains pouvoirs qui sont à la disposition du président des États-Unis et pour lesquels il pourra prendre des *executive orders* sur ce seul fondement. Le président américain est tout d'abord le commandant en chef des armées⁸⁸ et, à

⁸⁵ *Justice Robert Jackson*, 343 U. S. 637 (notre traduction).

⁸⁶ R.J. REINSTEIN, « The Limits of Executive Power », art. cité, p. 307.

⁸⁷ *Myers v. United States*, 272 U.S. 52, (25 octobre 1926). La Cour juge notamment que « l'article 2 de la Constitution a manifestement entendu confier le pouvoir exécutif général au seul président » (notre traduction). Voir aussi A. SCALIA, *Opinion dissidente in Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (29 juin 1988) dans laquelle il rappelle que l'article II ne confère pas au président « certains pouvoirs exécutifs, mais tout le pouvoir exécutif » (notre traduction).

⁸⁸ Sur ce point, voir notamment H.J. POWELL, *The President as Commander in Chief. An Essay in Constitutional Vision*, Durham, Carolina Academic Press, 2014.

ce titre, il peut prendre l'ensemble des mesures nécessaires à l'accomplissement de cette mission⁸⁹. Par exemple, George W. Bush ne s'est fondé que sur sa qualité de commandant en chef pour édicter, le 28 mars 2003⁹⁰, un *executive order* qui vise à modifier les règles d'attribution de la médaille du service de la défense nationale. Dans le même sens, le juge fédéral américain estime qu'un *executive order* fondé exclusivement sur la qualité de commandant en chef est valide. Par exemple, dans une décision *Dooley v. United States*⁹¹, la Cour suprême a jugé que le président des États-Unis peut se fonder sur cette seule qualité pour prendre des *executive orders*, en période de guerre, imposant des taxes sur les produits importés à Porto Rico depuis les États-Unis. Toutefois, « l'autorité du président en tant que commandant en chef d'imposer des taxes douanières cesse avec la ratification du traité de paix⁹² ». De même, c'est en qualité de commandant en chef que Franklin D. Roosevelt a créé un certain nombre d'agences exécutives fédérales⁹³. Ce pouvoir est d'autant plus considérable que le président dispose des forces armées. C'est par exemple sur ce fondement que Donald Trump a pu, par exemple, ordonner des frappes en Syrie sans autorisation du Congrès⁹⁴.

Sur le fondement de l'article II⁹⁵, le président est aussi le chef de l'État. Il a en cette qualité l'exclusivité des pouvoirs de direction de la politique étrangère des États-Unis et de négociation des traités⁹⁶ et peut donc dans ce cadre prendre des *executive orders*⁹⁷. Si, en la matière, des *executive orders* sont fréquemment édictés par le président, ils sont généralement combinés avec des *executive agreements* et des lois⁹⁸. De plus, les fondements de commandant en chef des armées et de chef de l'État se confondent souvent sans qu'il soit toujours possible, en pratique, de les distinguer. L'article II de la Constitution donne également au président des États-

⁸⁹ Voir L. FISHER, *The Law of the Executive Branch. Presidential Power*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 308 *sqq.*

⁹⁰ E.O. n° 13293 du 28 mars 2003 amendant l'*executive order* n° 10448 établissant la médaille du service de la défense nationale.

⁹¹ *Dooley v. United States*, 183 U.S. 151 (27 mai 1901).

⁹² *Ibid.*, (notre traduction).

⁹³ Voir E.S. CORWIN, *The President: Office and Powers 1787-1957*, *op. cit.*, p. 242. Voir aussi W. HEBE, « Executive Orders and the Development of Presidential Power », art. cité, p. 696.

⁹⁴ Pour une critique sévère d'un tel pouvoir, voir B. ACKERMAN, « Trump Must Get Congress's O.K. on Syria », *The New York Times*, 7 avril 2017. Voir plus généralement sur ce sujet B. ACKERMAN, *Before The Next Attack. Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven, Yale University Press, 2007, 240 p.

⁹⁵ L'article II dispose notamment que le président « aura le pouvoir, sur l'avis et avec le consentement du Sénat, de conclure des traités, sous réserve de l'approbation des deux tiers des sénateurs présents »

⁹⁶ On notera qu'à ce titre le président des États-Unis est également garant de l'exécution du droit international non seulement par l'État fédéral, mais également par les États fédérés. Voir en ce sens C. SANTULLI, *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 227.

⁹⁷ *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, (21 décembre 1936). La Cour juge qu'en l'espèce est en cause « le très délicat pouvoir exclusif et plénier du président comme seul organe du gouvernement fédéral dans le domaine des relations internationales – un pouvoir qui ne nécessite pas comme fondement une loi du Congrès, mais qui doit être exercé en conformité avec les dispositions applicables de la Constitution » (notre traduction).

⁹⁸ Voir Ph.J. COOPER, *By Order of the President*, *op. cit.*, p. 33 *sqq.*

Unis un pouvoir discrétionnaire de grâce. Ce pouvoir est habituellement exercé par le truchement des *proclamations*⁹⁹. Ainsi, la Cour suprême estime l'article II section 2 de la Constitution autorise, sur ce seul fondement, le président à prendre de tels actes¹⁰⁰.

C'est cependant au titre de l'article II section 3 – qui dispose que le président « veillera à ce que les lois soient fidèlement exécutées, et commissionnera tous les fonctionnaires des États-Unis » – que les pouvoirs du président sont les plus étendus. C'est en effet sur ce fondement que le président américain peut prendre des *executive orders* afin de donner des directives et instructions aux administrations fédérales et à leurs agents, qui sont soumis à son autorité, afin de garantir l'exécution fidèle de la loi. Surtout, c'est dans le cadre de cette habilitation qu'a été développée la théorie des pouvoirs implicites du président. En effet, la Cour suprême a admis dès la fin du XIX^e siècle que la Constitution des États-Unis donnait au président l'ensemble des pouvoirs implicites nécessaires à la réalisation de son obligation d'exécuter fidèlement les lois¹⁰¹. Dès lors, le président américain peut prendre des *executive orders* afin de faire exécuter les lois même si aucune loi ne l'a expressément autorisé à prendre de telles mesures. Par exemple, bien qu'aucune loi n'habilite expressément le président des États-Unis à nommer un *marshal* afin de protéger un juge de la Cour suprême lorsqu'il voyage, l'obligation constitutionnelle qui pèse sur le président d'exécuter la loi fidèlement l'autorise à prendre une telle mesure¹⁰². Le président américain dispose donc du « pouvoir d'édicter des règles qui peuvent constituer des formes de législation aussi longtemps que ces règles ne violent aucun des pouvoirs législatifs accordés spécifiquement au Congrès¹⁰³ ».

Cette possibilité pour le chef de l'exécutif de prendre des *executive orders* dans tous domaines dès lors qu'il vise à permettre la pleine exécution de la loi fédérale peut le conduire à intervenir dans la « zone de flou » évoquée par le *Justice* Jackson dans l'affaire *Youngstown*, c'est-à-dire les domaines dans lesquels la frontière de partage entre les compétences du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif est poreuse ou indéterminée. Ainsi, par la théorie des pouvoirs implicites le président des États-Unis n'est pas confiné à un champ déterminé. Les *executive orders* peuvent donc réglementer l'ensemble des domaines relevant de la compétence de l'État fédéral dès lors que de telles mesures ne violent aucune disposition législative et sont prises afin de remplir l'obligation générale d'exécuter fidèlement les lois des États-Unis¹⁰⁴. Du reste, c'est au président qu'il revient de déterminer en premier lieu en quoi consiste cette exécution fidèle de la loi et par quel moyen il peut l'atteindre¹⁰⁵.

Si l'article II, y compris la théorie des pouvoirs implicites, est un fondement important des *executive orders*, il n'est pas, statistiquement, le plus invoqué par le chef

⁹⁹ Voir *ibid.*, p. 133.

¹⁰⁰ Voir *Armstrong v. United States*, 80 U.S. 154 (1871).

¹⁰¹ Voir en ce sens : *In re Neagle* 135 U.S. 1 (14 avril 1890) ; *In re Debs* 158 U.S. 564 (27 mai 1895).

¹⁰² *In re Neagle* 135 U.S. 1 (14 avril 1890).

¹⁰³ J.C. DUNCAN, « A Critical Consideration of Executive Orders: Glimmerings of Autopoiesis in the Executive Role », art. cité, en part. p. 372 (notre traduction).

¹⁰⁴ Voir en ce sens R.J. REINSTEIN, « The Limits of Executive Power », art. cité, p. 312 *sqq.*

¹⁰⁵ S.G. CALABRESI, « The President's Power to Execute the Laws », *Yale Law Journal*, vol. 104, 1994, p. 541-665, en part. p. 593 *sqq.*

de l'exécutif¹⁰⁶. Le président des États-Unis se prévaut effectivement le plus souvent d'une habilitation législative du Congrès l'autorisant à prendre des *executive orders*.

B. Les *executive orders* fondés sur une habilitation du Congrès

Il existe dans la jurisprudence de la Cour suprême une doctrine judiciaire ancienne¹⁰⁷ de non-délégation du pouvoir législatif¹⁰⁸, fondée sur la séparation des pouvoirs, selon laquelle « le Congrès ne peut pas déléguer le pouvoir législatif au Président afin qu'il puisse édicter en toute discrétion toute loi qu'il estime nécessaire¹⁰⁹ ». Il serait dès lors surprenant d'admettre que le Congrès puisse déléguer son pouvoir au président des États-Unis afin que celui-ci prenne, par la voie d'*executive orders*, des mesures qui devraient relever de la seule législation. En réalité, une telle délégation de pouvoirs au président américain est possible du fait de la conjonction de deux phénomènes. D'une part, la doctrine de non-délégation n'interdit pas au Congrès d'habiliter le président à prendre des mesures qui relèvent exclusivement de la loi fédérale dès lors que le pouvoir législatif encadre une telle habilitation par des « principes intelligibles¹¹⁰ » qui doivent permettre de guider le pouvoir exécutif et que ce dernier respecte son titre d'habilitation. D'autre part, cette doctrine n'est plus vraiment utilisée par les juges fédéraux depuis le *New Deal* pour censurer des lois fédérales ; les juges ont progressivement autorisé des délégations de pouvoir de plus en plus importantes au président au point de retirer toute substance à cette doctrine¹¹¹. Il ne fait donc aucun doute que le Congrès peut déléguer certains de ses pouvoirs au chef de l'exécutif afin de l'habiliter à prendre des *executive orders* qui interviendront dans le domaine exclusif du pouvoir législatif. Ainsi, dans un tel contexte, c'est la loi qui habilite le président à agir et non l'article II de la Constitution. Ce fondement juridique est d'autant plus fondamental que, comme le notent deux auteurs,

parmi les traits les plus saillants de la politique américaine moderne est l'inclination du Congrès à déléguer largement son autorité sur de larges domaines des politiques publiques à l'exécutif, permettant au président et ses administrations d'édicter de manière hautement discrétionnaire des législations¹¹².

Cette habilitation du président par délégation du pouvoir législatif par le Congrès peut prendre trois formes.

¹⁰⁶ Voir E. NEWLAND, « Executive Orders in Court », *Yale Law Journal*, vol. 124, 2015, p. 2026-2099, en part. p. 2040.

¹⁰⁷ Voir *Wayman v. Southard* 23 U.S. 1 (1825).

¹⁰⁸ Voir L. FISHER, *The Law of the Executive Branch*, *op. cit.*, p. 156.

¹⁰⁹ *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (27 mai 1935) (notre traduction). Voir aussi *Panama Refining v. Ryan*, 293 U.S. 388 (7 janvier 1935).

¹¹⁰ *J.W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, 276 U.S. 394 (9 avril 1928).

¹¹¹ Voir notamment sur ce sujet : P.H. ARANSON, E. GELLHORN et G.O. ROBINSON, « A Theory of Legislative Delegation », *Cornell Law Review*, vol. 68, 1982-1983, p. 2-67 ; D. SCHOENBORD, *Power Without Responsibility: How Congress Abuses the People Through Delegation*, New Haven, Yale University Press, 1995, 276 p. ; G.I. LOVELL, « That Sick Chicken Won't Hunt: The Limits of a Judicially Enforced Non-Delegation Doctrine », *Constitutional comment*, vol. 17, 2000, p. 79-118.

¹¹² Voir Th.M. MOE et W.G. HOWELL, « The Presidential Power of Unilateral Action », *The Journal of Law, Economics & Organization*, vol. 15, 1999, p. 132-179, en part. p. 158 (notre traduction).

La première hypothèse est l'habilitation *ex ante* du président à la prise d'un *executive order*. Il s'agit de l'hypothèse la plus simple : le Congrès a adopté une disposition législative qui habilite le président des États-Unis à prendre certaines mesures qui, sans cela, seraient illégales. Par exemple, une loi peut explicitement habiliter le président à prendre un *executive order* afin de déclencher l'application de dispositions législatives déterminées s'il estime discrétionnairement que telles ou telles circonstances sont réunies¹¹³. La loi peut également prévoir que le président puisse prendre des mesures afin de stabiliser les prix, les loyers et les salaires¹¹⁴. La loi peut être plus vague et autoriser plus généralement le chef de l'exécutif à prendre toutes les mesures « que le président considère nécessaire à l'exécution¹¹⁵ » de la loi. Une habilitation explicite n'est cependant pas obligatoire pour permettre au président d'agir sur le fondement d'une délégation du pouvoir législatif. En effet, les juridictions fédérales admettent également que le Congrès puisse autoriser implicitement le président à prendre des mesures relevant du pouvoir législatif. En général, la question se pose lorsque les textes habiliter le président à prendre certaines mesures, mais demeurent équivoques sur les limites de cette habilitation. Le président aura donc tendance à invoquer de manière stratégique de telles dispositions législatives pour prendre des *executive orders* alors même que ceux-ci ne sont pas explicitement prévus. Le juge fédéral devra donc déterminer si la mesure prise par le président peut être raisonnablement inférée du texte législatif sur lequel elle est fondée¹¹⁶.

La seconde hypothèse est celle de l'habilitation *ex post* à la prise d'un *executive order*. Autrement dit, le président des États-Unis a édicté un *executive order* qui intervient dans le domaine de compétence exclusif du pouvoir législatif, toutefois l'illégalité d'un tel acte est purgée par le Congrès qui prend une disposition législative qui habilite rétroactivement le président à prendre une telle mesure. Le juge fédéral américain s'attache donc à vérifier que l'*executive order* « a été autorisé, ou, s'il n'avait pas été originellement autorisé, qu'il a été confirmé par le Congrès¹¹⁷ ». Ainsi, la Cour suprême admet sans difficulté de telles ratifications d'*executive orders* par le Congrès¹¹⁸. Un exemple topique est celui de l'*executive order* n° 9066 du 19 février 1942 par lequel le président F. Roosevelt avait autorisé l'internement des Américains d'origine japonaise dans des « zones militaires ». La question de la constitutionnalité de cet *executive order* s'est posée lorsqu'un commandant militaire avait imposé un couvre-feu pour les Américains d'origine japonaise. Le requérant avait été condamné pénalement par une juridiction fédérale pour avoir violé ce couvre-feu. La Cour suprême devait donc déterminer si le président des États-Unis pouvait édicter un tel *executive order* qui avait permis *in fine* la condam-

¹¹³ Voir par ex. *Consolidated Appropriations Act*, 2012, (26 U.S Code § 168).

¹¹⁴ Voir par ex. *Economic Stabilization Act*, 1970 (12 U.S. Code § 1904).

¹¹⁵ Voir par ex. *Procurement Act*, 2012 (40 U.S. Code § 121).

¹¹⁶ Voir en ce sens Ph.J. COOPER, *By Order of the President*, *op. cit.*, p. 22.

¹¹⁷ *Hamilton v. Dillin*, 88 U.S. 73, 88 (1874) (notre traduction).

¹¹⁸ Voir par ex., *United States v. Alaska*, 521 U.S. 1, 44 (19 juin 1997). La Cour juge que « Nous concluons que le Congrès a ratifié les termes de l'*executive order* de 1923 dans le § 11 (b) de la loi sur le statut des États ». Pour un autre exemple, voir notamment *Propper v. Clark*, 337 U.S. 472 (20 juin 1949).

nation du requérant. La juridiction suprême jugea qu'un tel acte est bien constitutionnel dès lors que « par une loi du 21 mars 1942, le Congrès a ratifié et confirmé l'*executive order* n° 9066¹¹⁹ ».

La dernière hypothèse est beaucoup plus singulière : il s'agit de la théorie de l'acquiescement du Congrès. Cette théorie recouvre les cas où le Congrès n'a jamais expressément ou implicitement habilité par une loi le président à prendre un *executive order* dans un domaine relevant du pouvoir législatif. Dans de telles hypothèses, l'*executive order* en cause n'est pas nécessairement inconstitutionnel si le juge peut établir que le Congrès a entendu autoriser une telle intrusion dans son pouvoir. Il s'agit pour le juge d'identifier l'intention du Congrès dans des éléments autres que la loi. Cette doctrine a été pour la première fois formulée dans un arrêt *U.S. v. Midwest Oil Co.* de 1915 de la Cour suprême¹²⁰. En l'espèce, le Congrès avait déclaré en 1897 que toutes les parcelles publiques contenant du pétrole pourraient faire l'objet d'occupation libre et gratuite, d'exploration voire être achetées par les citoyens américains. Toutefois, à la suite d'une diminution drastique des réserves de pétrole dans l'État de Californie, le président William Taft prit une *proclamation* visant à retirer temporairement un grand nombre de parcelles de toute exploitation pétrolière. La société Midwest Oil qui avait acheté certains de ces terrains introduisit un recours devant les juridictions fédérales américaines. La Cour suprême dut donc déterminer si le président pouvait retirer des parcelles de l'exploitation pétrolière alors même que le Congrès avait semblé autoriser de manière générale, et sans exception, une telle exploitation. Pour établir la constitutionnalité de l'acte, la Cour suprême se fonda sur le constat que le Congrès ne s'était jamais opposé à ce que le président des États-Unis retire certaines parcelles de l'exploitation pétrolière alors même que le pouvoir législatif en avait autorisé l'exploitation. Elle en déduisit qu'une

longue pratique consistant à retirer des terrains de toute occupation bien qu'une telle occupation ait été autorisée par le Congrès, connue et acquiescée par le Congrès, crée une présomption qu'un tel pouvoir est exercé sur le fondement d'un consentement du Congrès¹²¹.

En d'autres termes, partant du présupposé que le Congrès peut toujours invalider un *executive order* qui interviendrait dans son domaine de compétence, la Cour suprême estime que le fait que le Congrès ne se soit pas opposé à un empiètement du président sur son pouvoir, dont il avait connaissance, est constitutif d'une forme habilitation. Les éléments centraux de l'acquiescement semblent donc être à la fois la connaissance par le Congrès de l'empiètement du président et son inaction à sanctionner une telle intrusion. Toutefois, cette théorie de l'acquiescement n'est pas absolue¹²². En effet, comme le note un auteur,

¹¹⁹ *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81, 91-92 (21 juin 1943) (notre traduction).

¹²⁰ *United States v. Midwest Oil Co.* 236 U.S. 459 (23 février 2015).

¹²¹ *Ibid.* (notre traduction).

¹²² Voir par ex., *Hampton v. Mow Sun Wong*, 426 U.S. 88 (1^{er} juin 1976). Cette décision n'est pas relative à un *executive order* mais à une mesure de l'administration interdisant aux non-citoyens américains d'être employés dans la fonction publique. Le juge exige que pour une telle mesure, l'administration soit explicitement habilitée par le Congrès.

plus la privation de libertés individuelles par un *executive order* est potentiellement importante, moins les juridictions auront tendance à découvrir une habilitation *ex post* dans autre chose qu'une loi explicite¹²³.

On notera que la distinction entre les hypothèses de « ratification *ex post* » et d'« acquiescement » n'est pas claire ou aisée. D'ailleurs, le juge n'est pas toujours très rigoureux dans le vocabulaire utilisé¹²⁴. Tout d'abord, il existe des cas où le Congrès s'est référé dans des textes législatifs ultérieurs à un *executive order* sans pour autant le ratifier expressément. Pourtant, dans une telle situation, le juge estime que le seul fait que le Congrès reconnaisse l'existence d'un tel *executive order*, et qu'il ne l'infirmé pas, est constitutif d'une habilitation rétroactive du président¹²⁵. Le juge semble donc se fonder sur la théorie de l'habilitation *ex post*, c'est-à-dire qu'il se fonde sur un texte spécifique habilitant le président, mais avec la méthode utilisée pour l'acquiescement en l'absence de véritable autorisation de la mesure par le Congrès. On retrouve le même raisonnement lorsque le Congrès affecte des fonds nécessaires à l'exécution d'un *executive order* sans pour autant autoriser expressément une telle mesure. Dans une telle hypothèse, le juge aura tendance à estimer que le Congrès a habilité *ex post* le président en ce que le financement de la mesure présidentielle manifesterait nécessairement l'accord du Congrès¹²⁶.

Si l'article II de la Constitution et l'habilitation législative (*ex ante*, *ex post* et par acquiescement) sont en principe deux fondements distincts et autonomes des *executive orders*, en pratique ces fondements sont agrégés par le président américain. Cela favorise largement le flou autour de la légalité de ses actes et leur rattachement à un titre de compétence déterminé.

C. L'agrégation des fondements juridiques des *executive orders*

Lorsque le président des États-Unis édicte un *executive order*, ce dernier est généralement précédé d'une formule qui indique le fondement juridique qui habilite le chef de l'exécutif à prendre un tel acte¹²⁷. Toutefois, pour s'assurer de la constitutionnalité de leurs actes, les présidents successifs ont eu tendance à utiliser des formules très générales : « Par l'autorité qui m'a été confiée en tant que président

¹²³ E. NEWLAND, « Executive Orders in Court », art. cité, p. 2058 (notre traduction).

¹²⁴ *Ibid.* L'auteur observe en ce sens que les « lois de ratification et d'acquiescement peuvent être difficiles à distinguer les unes des autres et les juridictions utilisent parfois ces termes de manière interchangeable » (notre traduction).

¹²⁵ Voir par ex. *Muller Optical Co. v. EEOC*, 574 F. Sup. 946 (U.S. District Court for the Western District of Tennessee, 10 novembre 1983). La cour juge que « Quand le président, par *executive order*, a pris une mesure qu'il n'était pas autorisé à prendre, le Congrès, dans certains cas, a le pouvoir de ratifier la mesure du président et ainsi légitimer toute irrégularité. Une telle ratification du Congrès peut intervenir quand les deux chambres du Congrès ont soit adopté une législation affectant des fonds afin de permettre la mise en œuvre de l'*executive order*, soit ont fait référence à un tel *executive order* dans des législations ultérieures » (notre traduction).

¹²⁶ Voir en ce sens *Isbrandtsen-Moller Co. v. United States* 300 U.S. 139 (1^{er} février 1937) ; *Swayne & Hoyt, Ltd. v. United States* 300 U.S. 297 (1^{er} mars 1937).

¹²⁷ Voir sur ce sujet M. BELCO et B. ROTTINGHAUS, *The Dual Executive. Unilateral orders in a separated and shared power system*, Palo Alto, Stanford University Press, 2017, p. 59 sqq.

par la Constitution et les lois des États-Unis d'Amérique¹²⁸ » ou « Par l'autorité qui m'a été confiée en tant que président et commandant en chef des forces armées par la Constitution et les lois des États-Unis d'Amérique¹²⁹ ». Certains *executive orders* mentionnent parfois la loi spécifique qui autoriserait la mesure prise¹³⁰, sans que cela soit une règle générale¹³¹, ou que la référence soit toujours précise¹³².

L'agrégation peut prendre deux formes : d'une part, le juge fédéral américain peut avoir des difficultés à déterminer si un *executive order* est fondé sur l'article II de la Constitution ou une habilitation législative, il peut donc choisir de ne pas trancher la question au profit du président ; d'autre part, lorsque le président invoque plusieurs dispositions législatives comme fondement sans qu'aucune ne l'habilite expressément, le juge peut être tenté de rechercher dans cette agrégation une forme d'habilitation implicite du Congrès.

La première hypothèse est illustrée par l'arrêt du 25 juin 1974 *Old Dominion Branch v. Austin*¹³³ de la Cour suprême des États-Unis. En l'espèce, un syndicat était poursuivi en diffamation par des individus ayant été qualifiés, dans une lettre d'information dudit syndicat, de « traîtres ». L'une des normes applicables dans le cadre de ce contentieux était un *executive order*¹³⁴, ayant pour objet de régler les relations de travail pour les employés fédéraux, qui donnait une grande liberté d'expression aux syndicats. La Cour s'est penchée sur la question du fondement d'un tel *executive order* qui invoquait non seulement l'article II de la Constitution, mais également certaines dispositions législatives. La difficulté pour la Cour suprême était de déterminer si un tel *executive order* pouvait être raisonnablement inféré des titres de compétences prévus par l'article II de la Constitution ou s'il découlait d'une habilitation législative. Compte tenu de la difficulté à identifier un fondement unique en l'espèce, la juridiction suprême fera le choix de ne pas trancher la question. Elle jugera ainsi que « [l']*executive order* est manifestement un exercice raisonnable du pouvoir du président de s'assurer de l'efficacité des opérations du pouvoir exécutif¹³⁵ ». En d'autres termes, un tel *executive order* pourrait être rattaché à l'article II de la Constitution. Elle ajoute cependant que « l'*executive*

¹²⁸ Voir par ex. E.O. n° 13766 du 24 janvier 2017 accélérant les études environnementales et les autorisations pour les projets d'infrastructure hautement prioritaire.

¹²⁹ Voir par ex. E.O. n° 13758 du 12 janvier 2017 modifiant l'*executive order* n° 11016 afin de mettre à jour les critères d'éligibilité à l'attribution du *Purple Heart*.

¹³⁰ Voir par ex. E.O. n° 13768 du 25 janvier 2017 visant à améliorer la sécurité publique sur le territoire des États-Unis.

¹³¹ Voir en ce sens T.L. BRANUM, « President or King? The Use and Abuse of Executive Orders in Modern-Day America », art. cité, en part. p. 34. L'auteur note que « des *executive orders* qui étaient auparavant fondés sur une norme législative ou constitutionnelle spécifique sont désormais fondés sur des allégations générales d'autorité » de la part du Président.

¹³² Voir E. NEWLAND, « Executive Orders in Court », art. cité., p. 2052 *sqq.*

¹³³ *Old Dominion Branch v. Austin*, 418 U.S. 264 (25 juin 1974).

¹³⁴ E.O. n° 11491 du 29 octobre 1969 relatif à la gestion des relations de travail dans les administrations fédérales.

¹³⁵ *Old Dominion Branch v. Austin*, *op. cit.* (notre traduction).

order trouve un fondement légal expresse¹³⁶ » dans certaines dispositions législatives. Ainsi, l'agrégation des fondements évoqués dissipe tout doute que la juridiction aurait pu avoir sur la constitutionnalité de la mesure prise par le président.

La seconde hypothèse est parfaitement représentée par l'arrêt du 2 juillet 1981 *Dames & Moore v. Regan*¹³⁷ de la Cour suprême. En l'espèce, à la suite de la prise en otage du personnel de l'ambassade américaine de Téhéran soutenue par l'État iranien, le Président Carter avait ordonné, par *executive order*¹³⁸, le gel de tous les avoirs et le blocage du retrait ou du transfert de toutes les propriétés de l'État iranien qui étaient soumises à la souveraineté des États-Unis. Par ailleurs, sauf autorisation donnée par le chef de l'exécutif, ces biens ne pouvaient faire l'objet d'aucune décision administrative ou jugement, ce qui interdisait en principe tous recours impliquant de tels biens. Toutefois, le président américain accorda un certain nombre d'autorisations permettant à des justiciables de réclamer des sommes d'argent à l'Iran devant les juridictions américaines. Après la libération des otages, le Président Ronald Reagan prit, en application d'accords avec l'Iran, un *executive order*¹³⁹ visant à retirer toutes les autorisations permettant aux justiciables de saisir les juridictions américaines d'un recours contre l'Iran, mettant ainsi fin aux procédures déjà engagées et interdisant aux décisions déjà rendues d'être exécutées. Un certain nombre de justiciables ayant introduit de telles actions ont donc demandé la suspension de cet *executive order*. L'une des affaires remonta jusqu'à la Cour suprême qui dut trancher la question de savoir si la mesure prise par le président Reagan allait au-delà de l'habilitation législative accordée par le Congrès. En effet, l'*executive order* du président se fondait sur deux lois¹⁴⁰. Or, la Cour suprême souligna dans sa décision qu'aucune des deux lois n'habilitait spécifiquement le président à prendre un tel acte. La Cour jugea que ces dispositions législatives n'étaient pas pour autant dépourvues de pertinence dans la détermination de la constitutionnalité de l'*executive order*. En effet, elle estima que si aucun des deux textes visés par l'*executive order*

ne donne d'habilitation spécifique au président pour suspendre les recours, ces lois sont hautement pertinentes en tant qu'indication de l'acceptation par le Congrès d'un large champ d'action de l'exécutif dans les circonstances telles que celles présentées dans cette affaire¹⁴¹.

En d'autres termes, « la Cour s'en tient à la "teneur générale" de la législation dans un domaine déterminé comme base afin d'en tirer une acceptation par le Congrès

¹³⁶ *Ibid.* (notre traduction).

¹³⁷ *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (2 juillet 1981).

¹³⁸ E.O. n° 12170 du 14 novembre 1979 bloquant les propriétés du gouvernement iranien.

¹³⁹ E.O. n° 12294 du 24 février 1981 relatif à la suspension des contentieux contre l'Iran.

¹⁴⁰ *Ibid.* L'*executive order* dispose : « Par l'autorité qui m'est confiée en tant que Président par la Constitution et les lois des États-Unis, incluant la Section 203 de la loi relative aux pouvoirs en cas de crise économique internationale (50 U.S.C. 1702) [...] et la section 301 de la loi sur les états d'urgence (50 U.S.C. 1631) ».

¹⁴¹ *Dames & Moore v. Regan*, précité.

de la mesure présidentielle¹⁴² ». Cette doctrine revient donc à qualifier « des indications de l'acceptation probable du Congrès en autorisation législative¹⁴³ ». L'agrégation par le président de sources législatives diverses lui permet donc, même en l'absence d'habilitation spécifique, de fonder un *executive order* dès lors qu'il peut être tiré de cette agrégation une forme d'habilitation implicite du Congrès à prendre un tel acte. Les hypothèses d'agrégation risquent d'ailleurs de se multiplier dans la mesure où « un siècle de délégations par le Congrès a emmêlé l'entièreté de l'ordre social et économique dans un vaste ensemble d'interdépendances¹⁴⁴ ».

L'agrégation des fondements juridiques favorise ainsi particulièrement l'extension du pouvoir du président et un usage assez libre des *executive orders*. En effet, en l'absence de dispositions habilitant précisément et explicitement le président, le juge en est souvent réduit à s'assurer que le président pouvait agir sans pouvoir vérifier que son action est bien conforme au titre d'habilitation. Autrement dit, le contrôle du juge se limite davantage à contrôler la capacité d'action du président dans un domaine et un contexte déterminés que la validité sur le fond des mesures prises en l'absence de normes de référence précises permettant un tel contrôle.

Il ressort de l'ensemble des développements précédents qu'il existe un grand flou autour des fondements du pouvoir du président des États-Unis à prendre des *executive orders*. Mais ce flou est loin de jouer au détriment du président américain, il favorise au contraire largement l'expansion de son pouvoir et de sa capacité d'action. Le juge fédéral américain a en effet une jurisprudence très permissive qui le conduit, au fil des affaires, à découvrir de nouvelles façons de fonder juridiquement *a priori* ou *a posteriori* les *executive orders* du président des États-Unis. Cela est d'autant plus vrai que le juge a tendance à s'intéresser essentiellement à l'intention du Congrès et se préoccupe assez peu de savoir si, au moment où il a pris sa mesure, le président pensait qu'il était habilité à agir¹⁴⁵. Dans le même sens, lorsque le juge doit interpréter un *executive order* pris en application d'une loi, il s'intéresse généralement exclusivement à l'interprétation que donne le président de sa mesure, sans référence à la loi qui est censée être exécutée¹⁴⁶. Ces pratiques conduisent à une conséquence importante : sauf rejet explicite de la compétence présidentielle par le Congrès, le président est présumé être habilité à prendre un *executive order*. Ainsi, il apparaît que le président dispose en pratique, au même titre que le Congrès, d'une capacité générale à légiférer. La force des *executive orders* s'explique aussi par le fait que leur portée n'est en pratique que peu limitée.

II. LA REMARQUABLE PORTÉE DES EXECUTIVE ORDERS

Les *executive orders* constituent des instruments puissants à la disposition du président pour mener des politiques sans passer par la voie longue et difficile de la procédure législative. Cela s'explique notamment par le fait que les *executive orders*

¹⁴² K.M. STACK, « The statutory President », *Iowa Law Review*, n° 90, 2005, p. 540-600, en part. p. 567 (notre traduction).

¹⁴³ *Ibid.*, p. 568 (notre traduction).

¹⁴⁴ C.S. DIVER, « Presidential Powers », *American University Law Review*, n° 36, 1987, p. 519-533, en part. p. 531 (notre traduction).

¹⁴⁵ Voir E. NEWLAND, « Executive Orders in Court », art. cité, p. 2058 *sqq.*

¹⁴⁶ Voir sur ce sujet J.E. NOYES, « Executive Orders, Presidential Intent, and Private Rights of Action », *Texas Law Review*, vol. 59, 1981, p. 837-878.

ne souffrent que très rarement de limitation par les deux autres pouvoirs. Cette portée considérable des *executive orders* découle à la fois de la nature particulière des mesures prises qui rend très difficile leur limitation par le pouvoir législatif (A) et de leur injusticiabilité qui empêche souvent le juge américain de pouvoir en apprécier la constitutionnalité, laissant ainsi les précédents présidentiels façonner la portée de ces instruments (B).

A. L'incidence de la nature particulière des *executive orders*

La portée étendue des *executive orders* s'explique en premier lieu par le fait que l'objet même de ces mesures n'est pas limité. Le juriste français pourrait avoir du mal à apprécier l'importance de ce facteur dans la portée des décisions du président des États-Unis. En effet, en France, sous la V^e République, il est censé exister une séparation stricte entre le champ matériel de la loi visé à l'article 34 de Constitution et celui du règlement prévu à l'article 37. Le règlement ne peut intervenir dans le domaine législatif et, en théorie, la loi devrait se limiter au domaine législatif¹⁴⁷. La Constitution de 1958 laisse donc, en principe¹⁴⁸, une place à des règlements autonomes, c'est-à-dire des mesures qui n'interviendraient pas en application d'une loi mais dans le champ de compétence du seul pouvoir réglementaire. Ce n'est cependant pas cette conception qui préside aux rapports entre la loi et les *executive orders* aux États-Unis. Comme nous l'avons déjà souligné, les *executive orders* ne sont pas formellement prévus par la Constitution. Cela s'explique par le fait que les constituants américains ne concevaient pas le pouvoir normatif du président comme autonome par rapport à celui du Congrès : son rôle devait se limiter à « exécuter fidèlement la loi » dans la mesure où le Congrès dispose de « tous les pouvoirs législatifs ». En d'autres termes, la Constitution n'avait pas besoin de déterminer les champs de compétence respectifs de la loi et des « règlements » du président américain en ce que seule la loi fédérale était chargée d'énoncer les règles générales dans l'ensemble des domaines d'attribution de l'État fédéral.

Nous avons démontré, dans la première partie, que le chef de l'exécutif fédéral avait acquis un véritable pouvoir normatif autonome sur le fondement de l'article II de la Constitution américaine, pouvoir qui a été largement étendu par des habilitations législatives plus ou moins explicites et précises. Or, une telle expansion du pouvoir présidentiel par le truchement des *executive orders* n'a pas été accompagnée d'une limitation du champ matériel dans le cadre duquel le président peut intervenir. Ainsi, le président peut, en principe, prendre un *executive order* dans n'importe quel domaine de compétence de l'État fédéral dès lors qu'il est habilité en ce sens. Il n'existe donc pas de répartition des compétences déterminée entre loi et *executive order*. Cela conduit deux auteurs à observer que,

empiriquement, il est clair que les présidents ont souvent eu une formidable marge de manœuvre pour prendre des mesures unilatérales, et ainsi ils sont ceux

¹⁴⁷ En pratique, le Conseil constitutionnel ne censure pas les incursions du pouvoir législatif dans le domaine réglementaire. Voir Conseil constitutionnel, déc. n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4 (cons. 11).

¹⁴⁸ L'existence même des règlements autonomes a été largement contestée, voir par ex. L. FAVOREU, « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA*, 1987, p. 871.

qui prennent effectivement les décisions clés pour déterminer les contours des politiques nationales dans de nombreux domaines¹⁴⁹.

Ainsi, relativement à la France, les *executive orders* s'apparentent davantage, *mutatis mutandis*, aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution qu'à des règlements autonomes de l'article 37.

L'absence de champ matériel circonscrivant l'objet des *executive orders* pourrait être compensé par la possibilité pour le Congrès de limiter la portée de ces actes soit en étant plus restrictif dans l'habilitation qu'il donne au président, soit en adoptant une disposition législative visant à nier toute base légale aux *executive orders* intervenant dans un domaine, soit en retirant tout financement à une mesure prise par le président la rendant ainsi inapplicable¹⁵⁰. Toutefois, les lois refusant explicitement toute compétence du président dans un domaine déterminé sont relativement rares au regard du nombre d'*executive orders*¹⁵¹. Pour l'essentiel, cela semble s'expliquer par la combinaison de deux phénomènes. Tout d'abord, il peut être confortable au pouvoir législatif de laisser le président prendre la responsabilité de certaines politiques publiques sur lesquelles les membres du Congrès n'arrivent pas à se mettre d'accord¹⁵². Ensuite et surtout, le président des États-Unis pourrait d'autant plus aisément opposer son veto à une loi fédérale qui contiendrait une telle disposition législative que très rares sont les vetos renversés par le Congrès¹⁵³. Il semble donc exister une forme d'intériorisation, par les parlementaires américains, des contraintes entourant l'opposition à une intervention présidentielle qu'ils estimeraient illégitime ou inconstitutionnelle. Il est donc très difficile de tirer de la législation, ou plus généralement de l'attitude du Congrès, une forme de doctrine délimitant les contours d'un champ matériel au sein duquel les *executive orders* seraient cantonnés.

La portée considérable des *executive orders* s'explique, en second lieu, par le fait qu'ils s'apparentent à la loi. La Cour suprême a ainsi pu juger qu'un *executive order* « avait la force d'une loi¹⁵⁴ ». Dans le même sens, les juridictions fédérales jugent traditionnellement que les *executive orders* « ont la force et l'effet de la loi¹⁵⁵ ». Cette extension du régime juridique, applicable aux lois, aux *executive orders* a une conséquence importante : ces actes doivent être exécutés, dès lors que leur fondement juridique est valide, de la même manière que les lois du Congrès. En effet, il

¹⁴⁹ Th.M. MOE et W.G. HOWELL, « The Presidential Power of Unilateral Action », art. cité, p. 158, (notre traduction).

¹⁵⁰ Ph.J. COOPER, *By Order of the President*, op. cit., p. 76.

¹⁵¹ Voir en ce sens L. BRANUM, « President or King? The Use and Abuse of Executive Orders in Modern-Day America », art. cité, p. 79 sqq. ; Th.M. MOE et W.G. HOWELL, « The Presidential Power of Unilateral Action », art. cité, p. 141 sqq.

¹⁵² *Ibid.* p. 141.

¹⁵³ Historiquement, seuls 7% des vetos semblent avoir été renversés par le Congrès. Voir Th. CRO-
NIN et M. GENOVESE, *The Paradoxes of the American Presidency*, 4^e éd., Oxford, Oxford University
Press, 2012, p. 169.

¹⁵⁴ *Jenkins v. Collard*, 145 U.S. 546 (16 mai 1892), (notre traduction).

¹⁵⁵ Voir par ex. *Farkas v. Texas Instrument Inc.*, 375 F.2d 629 (5th Circuit 1967) ; *Farmer v. Philadelphia Electric Co.*, 329 F.2d 3 (3^d Circuit 1964) ; *United States v. Trucking Mgmt., Inc.*, 662 F.2d 36 (D.C. Cir. 1981), (notre traduction).

est acquis depuis un arrêt *Armstrong v. United States*¹⁵⁶ de la Cour suprême que les *executive orders* « doivent être pris en compte par l'ensemble des juridictions, et l'ensemble des juridictions doivent leur donner un effet ». Il en résulte que, du point de vue des destinataires des *executive orders*, ceux-ci ne se distinguent de la loi qu'au regard de l'autorité d'édition. Il n'est donc pas surprenant que les présidents puissent concevoir l'*executive order* et la loi comme interchangeables selon les nécessités du contexte politique¹⁵⁷.

La portée large des *executive orders* s'explique ensuite par la tendance qu'ont les juridictions américaines à remettre en cause la hiérarchie des normes par la mise en place de techniques visant à éviter tous conflits entre *executive orders* et lois. Si, en cas de conflit, les *executive orders* prévalent sur les lois des États fédérés¹⁵⁸, ils doivent cependant se conformer aux lois fédérales¹⁵⁹. Il existe donc en théorie une hiérarchie formelle très nette entre les lois du Congrès et les *executive orders* du président des États-Unis. Cependant, une telle hiérarchie ne prévaut que s'il existe une contradiction entre les termes de la loi et de l'*executive order*. Or, les juridictions américaines utilisent des techniques qui visent à désamorcer toutes contradictions entre ces normes.

Les juridictions américaines ont ainsi globalement transposé les règles de conflits entre lois aux conflits entre *executive orders* et lois. Selon une jurisprudence ancienne et constante de la Cour suprême,

les juridictions n'ont pas la liberté de choisir parmi les actes du Congrès, et quand deux lois peuvent coexister, il est du devoir des cours, en l'absence d'une intention claire et expresse contraire du Congrès, de regarder les deux comme effectives¹⁶⁰.

La Cour suprême estime effectivement que seule une intention claire et manifeste du Congrès d'abroger une loi doit conduire à faire prévaloir les règles de conflits de lois dans le temps¹⁶¹. Le juge fédéral américain peut donc être tenté, en cas de contradiction potentielle entre un *executive order* et une loi, d'interpréter strictement l'un ou l'autre de manière à faire disparaître le conflit et à permettre l'application des deux normes.

Par exemple, dans un arrêt *Knauff v. Shaughnessy*¹⁶², la Cour suprême devait trancher la question de savoir si le président des États-Unis pouvait sans audition préalable retenir à la frontière puis interdire l'accès au territoire américain aux épouses étrangères des citoyens américains ayant servi honorablement dans les

¹⁵⁶ *Armstrong v. United States*, 80 U.S. 154 (1871) (notre traduction).

¹⁵⁷ Ph.J. COOPER, *By Order of the President*, op. cit., p. 55 sqq.

¹⁵⁸ *Old Dominion Branch v. Austin*, 418 U.S. 264 (25 juin 1974). L'opinion majoritaire de la Cour énonce que « Nous n'avons pas de difficulté à conclure que l'*executive order* est valide et qu'il peut créer des droits protégés, sur le fondement de la clause de suprématie, contre des lois d'États [fédérés] contraires ».

¹⁵⁹ *Little v. Barreme*, 6 U.S. 170 (1804).

¹⁶⁰ *Morton v. Mancari*, 417 U.S. 535 (17 juin 1974). Voir aussi *Watt v. Alaska*, 451 U.S. 259 (21 avril 1981).

¹⁶¹ *Ibid.*, la Cour rappelle que « Lorsque deux lois portent sur le même domaine, la règle est de donner si possible effet à ces deux lois... L'intention du législateur d'abroger [une loi] doit être claire et manifeste ».

¹⁶² *Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537 (16 janvier 1950).

forces armées pendant la Seconde Guerre mondiale. Pourtant, une loi de 1945¹⁶³ exonérait spécifiquement ces femmes des exigences habituelles auxquelles sont soumis les candidats à l'immigration sur le territoire américain afin de faciliter leur rapprochement avec leur conjoint. Pour juger qu'une telle mesure du président était compatible avec la loi de 1945, la Cour suprême retint une interprétation très stricte de la loi de 1945 en ne la jugeant applicable qu'aux femmes qui étaient par ailleurs admissibles à l'immigration sur le fondement des lois en vigueur, ce qui excluait nécessairement les femmes interdites d'entrée sur le territoire américain par application de la mesure présidentielle. Ainsi, l'interprétation très restrictive du champ d'application de la loi fédérale permit d'éviter tout conflit avec la mesure présidentielle¹⁶⁴, comme si le juge avait en présence deux normes de valeur équivalente et non deux normes hiérarchisées.

Le juge américain peut aller parfois plus loin en se servant d'un *executive order* pour déterminer la signification de la loi et ainsi désamorcer tout conflit potentiel. Un auteur considère en ce sens que

même si les *executive orders* ne sont pas au sommet de la liste des outils interprétatifs du pouvoir judiciaire, ils conservent clairement le pouvoir de façonner l'interprétation par le juge de la signification d'une loi¹⁶⁵.

Comme le souligne cet auteur, un exemple topique de cette interprétation de la loi par le truchement d'un *executive order* s'est rencontré dans l'arrêt de la Cour suprême *Fleming v. Mohawk Wrecking & Lumber Co.*¹⁶⁶ En l'espèce, était contesté un *executive order*¹⁶⁷ du président des États-Unis qui avait transféré la fonction d'administrateur des prix à une agence fédérale nouvellement créée afin de faire la transition entre une économie de guerre et une économie de paix. Les requérants estimaient qu'une telle mesure était contraire à une loi¹⁶⁸ qui avait confié les fonctions d'administrateur des prix seulement et spécifiquement à une personne nommée par le président américain avec le consentement du Sénat. Pour résoudre une telle contradiction, la Cour observe tout d'abord que la loi en cause « n'autorise pas la création d'une nouvelle agence afin de consolider les fonctions et pouvoirs précédemment exercés par une ou plusieurs autres agences ». Toutefois, elle ajoute que

la loi a été interprétée de manière répétée par le président comme lui conférant une telle autorité. Une telle interprétation par le chef de l'exécutif, qui est à la fois contemporaine et cohérente, a une valeur très importante¹⁶⁹.

Une telle interprétation de la loi à la lumière d'un *executive order* conduit donc à ce que ce soit l'autorité d'application, le président des États-Unis, qui donne une signification à la loi que le Congrès n'avait peut-être pas entendu lui donner.

Les hypothèses évoquées ci-dessus de contradiction entre un *executive order* et une loi fédérale supposent que le juge ait accepté d'examiner la validité d'une telle

¹⁶³ *War Brides Act* du 28 décembre 1945, 8 U.S.C. § 252.

¹⁶⁴ Pour un autre exemple, voir *Rattigan v. Holder*, 643 F. 3d 975 (D.C. Cir. 2011). Voir plus généralement sur ce point E. NEWLAND, « Executive Orders in Court », art. cité, p. 2065 *sqq.*

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 2072.

¹⁶⁶ *Fleming v. Mohawk Wrecking & Lumber Co.*, 331 U.S. 111 (28 avril 1947).

¹⁶⁷ E.O. n° 9809 du 12 décembre 1946 relatif à la réorganisation de certaines agences de guerre.

¹⁶⁸ *First War Powers Act* du 18 décembre 1941, 55 Stat. 838, 50 U.S.C.

¹⁶⁹ *Fleming v. Mohawk Wrecking & Lumber Co.*, *op. cit.*

mesure présidentielle. Cependant, le plus souvent, les recours dirigés par des particuliers contre ces actes sont jugés irrecevables, réduisant ainsi encore davantage les possibilités de limitation de la portée de ces mesures.

B. La difficile contestation des *executive orders*

La multiplication des références à la jurisprudence dans les développements précédents pourrait laisser penser que le juge américain se trouve fréquemment dans la situation de contrôler la validité d'un *executive order* ou d'imposer à l'administration d'exécuter un *executive order* à la demande d'un administré. En réalité, rares sont les affaires qui passent le stade de la recevabilité, le juge estimant le plus souvent que le particulier n'a pas d'intérêt à agir contre ou sur le fondement d'un *executive order*. Pour comprendre cette position du juge américain, il faut commencer par distinguer la question de l'opposabilité d'un tel acte à l'administration et aux personnes privées de la question de la contestation de la validité même d'un *executive order*.

Quant à la question de l'opposabilité des *executive orders*, il faut séparer ceux pris sur le fondement de l'article II de la Constitution et ceux pris en application de la loi. Pour la première catégorie, les juridictions américaines estiment en général que les personnes privées ne sont pas recevables à demander l'exécution d'un *executive order* à l'encontre du président, d'une administration ou d'une autre personne privée. Si les juridictions fédérales ont pu se fonder sur diverses justifications¹⁷⁰, il nous semble que deux raisons principales justifient l'impossibilité pour un particulier de fonder un recours sur les *executive orders* relevant de l'article II de la Constitution.

D'une part, ces actes ont normalement pour objet essentiel la gestion interne de la seule administration. Sur le fondement de la séparation des pouvoirs, le juge n'a pas à s'immiscer dans la gestion interne de la branche exécutive. Ainsi, les juridictions fédérales américaines refusent d'examiner la conformité d'une décision administrative à un *executive order* qu'elle est supposée exécuter. Le juge considère que le justiciable doit, s'il estime qu'il y a mauvaise exécution de l'*executive order*, s'adresser directement au président des États-Unis puisque l'organisation de la branche exécutive est en cause¹⁷¹.

D'autre part, les juridictions fédérales jugent qu'elles ne sont pas habilitées à statuer sur des affaires nées de l'application d'un *executive order*¹⁷². En effet, la compétence des juridictions fédérales est fixée par la loi qui dispose que les « cours fédérales de district auront compétence pour connaître des actions civiles nées de l'application de la Constitution, des lois et des traités des États-Unis¹⁷³ ». Or, le juge

¹⁷⁰ Voir sur ce sujet : J.E. NOYES, « Executive Orders, Presidential Intent, and Private Rights of Action », art. cité, p. 858 *sqq.* ; E. NEWLAND, « Executive Orders in Court », art. cité, p. 2075 *sqq.*

¹⁷¹ *Manhattan-Bronx Postal Union v. Gronouski*, 350 F.2d 451 (D.C. Cit. 29 juillet 1965) : « Si les appelants sont en désaccord avec la décision du secrétaire aux postes et télécommunications quant à [un] aspect de sa politique relative au personnel, et pense qu'elle est contraire aux souhaits du président, il apparaît évident à qui cette requête aurait dû être adressée. Ce n'était pas à la branche judiciaire », (notre traduction). Voir aussi : *Zhang v. Slattery*, 55 F.3d 732, 747 (2nd Cir. 1995).

¹⁷² J.E. NOYES, « Executive Orders in Court », art. cité, p. 858.

¹⁷³ 28 U.S. Code § 1331, *Federal question*, (notre traduction).

fédéral estime que les *executive orders* ne rentrent dans aucune de ces trois catégories et qu'il ne peut donc se prononcer sans habilitation expresse du Congrès sur les contentieux nés à la suite de leur application¹⁷⁴. Ces deux fondements sont relativement fragiles et n'apparaissent pas être des obstacles véritablement insurmontables au contrôle du juge. En premier lieu, il serait assez aisé de démontrer que les effets d'un *executive order* débordent très souvent la simple sphère administrative pour s'étendre sur les personnes privées. En second lieu, si les *executive orders* sont parfois subsumés dans la catégorie générique des lois par les juridictions afin de résoudre certains litiges¹⁷⁵, il ne serait donc pas difficile d'admettre qu'ils appartiennent également à la catégorie des « lois » qui peuvent faire naître des contentieux civils dont ces juridictions peuvent connaître¹⁷⁶. Mais, compte tenu de l'agrégation des fondements constitutionnels et législatifs par les *executive orders*, c'est en général à l'opposabilité de la seconde catégorie d'actes que sont confrontés les justiciables, c'est-à-dire ceux pris en application d'une loi.

La seconde catégorie d'*executive orders* n'exclut pas en principe leur opposabilité par les personnes privées dans la mesure où leur objet dépasse souvent celui de la seule gestion interne de l'administration. Toutefois, les juridictions soumettent la recevabilité d'un tel recours à deux conditions cumulatives :

le requérant doit démontrer (1) que le président a édicté l'*executive order* sur le fondement d'un mandat ou d'une délégation d'autorité du Congrès, et (2) que les termes de l'*executive order* et son objet manifestent l'intention que soit créé un droit au recours pour les personnes privées¹⁷⁷.

La difficulté que pose cette jurisprudence est de savoir comment le juge va déterminer s'il y avait ou non l'intention de créer un droit au recours pour les personnes privées. Pour apprécier un tel droit au recours, le juge ne va pas se tourner vers la loi qu'applique l'*executive order*, mais sur les termes de la mesure présidentielle elle-même¹⁷⁸. Autrement dit, le juge ne se préoccupe pas de savoir si le Congrès avait entendu créer un droit au recours, mais se préoccupe exclusivement de l'intention du président des États-Unis. Or, les *executive orders* sont systématiquement conclus par une formule standard selon laquelle

cet ordre n'entend donner, et ne crée, aucun droit ou bénéfice, substantiel ou procédural, exécutoire par la loi ou en équité à aucune partie contre les États-

¹⁷⁴ *Sweet v. B.F. Goodrich Co.*, 68 F. Sup. 782 (N.D. Ohio 1946) : « La cour de district a une compétence juridictionnelle limitée que le Congrès peut accorder ou retirer. La compétence juridictionnelle ne peut souffrir d'aucun doute. Si le Congrès l'accorde, cela doit apparaître par des dispositions claires et non ambiguës. Aucune habilitation qu'elle soit directe ou déléguée ne permet [à la cour] d'examiner en l'espèce l'*executive order* », (notre traduction).

¹⁷⁵ Voir par ex., *In re Neagle* 135 U.S. 1 (14 avril 1890) ; *Old Dominion Branch v. Austin*, 418 U.S. 264 (25 juin 1974).

¹⁷⁶ P. RAVEN-HANSEN, « Making Agencies Follow Orders: Judicial Review of Agency Violations of Executive Order 12,291 », *Duke Law Journal*, vol. 32, 1983, p. 285-353, en part. p. 322.

¹⁷⁷ *Centolla v. Potter*, 183 F. Supp.2d 403, 413 (D. Mass. 2002), (notre traduction). Voir aussi *Acevedo v. Nassau County*, 500 F.2d 1078, 1083-84 (2d Cir. 1974) ; *Indep. Meat Packers Association*, Voir Butz, 526 F.2d 228, 234-35 (8th Cir. 1975) ; *Utah Associations of Counties v. Bush*, 316 F. Sup. 2d 1172, 1200 (D. Utah 2004).

¹⁷⁸ J.E. NOYES, « Executive Orders, Presidential Intent, and Private Rights of Action », art. cité, p. 862 *sqq.*

Unis, ses départements, agences ou entités, ses officiers, ses employés ou ses agents, ou aucune autre personne¹⁷⁹.

Les juges excluent donc en général toute possibilité pour les personnes privées de se fonder sur un *executive order* pour introduire un recours, notamment à l'égard de l'administration qui ne l'aurait pas respectée. Il faut souligner ici un paradoxe : un *executive order* est opposable par l'administration américaine aux personnes privées, mais ces dernières ne peuvent pas les opposer à l'administration devant les juridictions américaines.

Cette difficulté s'étend à la question de la contestation de la validité d'un *executive order* par la voie du *judicial review*. En effet, pour qu'un tel acte soit susceptible de faire l'objet d'un recours, encore faut-il qu'il crée des droits ou obligations à l'égard des personnes privées. Ainsi, comme le rappelle une cour d'appel fédérale,

un *executive order* ayant pour objet exclusif la gestion interne de la branche exécutive – lorsqu'un tel acte ne crée pas de droits pour les personnes privées – n'est, par exemple, pas susceptible de faire l'objet d'un *judicial review*¹⁸⁰.

Comme souligné ci-dessus, les *executive orders* excluent généralement la création de tout droit procédural ou substantiel créant ainsi une présomption que les administrés auront beaucoup de mal à renverser. Il est en effet très rare que les *executive orders* violent grossièrement et directement les droits individuels. Le plus souvent, les requérants auront du mal à démontrer que la mesure atteint directement et effectivement leurs droits. Il est ainsi très fréquent que les juridictions américaines jugent que le requérant n'a pas d'intérêt à agir contre l'*executive order*¹⁸¹. Cette absence d'intérêt à agir s'étend également aux membres du Congrès qui ne peuvent en principe, en cette seule qualité, introduire un recours contre une mesure présidentielle¹⁸². C'est pourquoi la Chambre des représentants du Congrès avait dû habiliter par une résolution du 30 juillet 2014 son président, John Boehner, afin qu'il puisse introduire un recours contre les mesures prises par l'administration afin d'appliquer la réforme de la santé dite « Obamacare¹⁸³ ».

Du reste, même lorsque le requérant arrive à passer le stade de la recevabilité du recours, ses chances d'obtenir l'invalidation de l'*executive order* sont minimes. L'examen des actes présidentiels est mené avec une certaine déférence par les juridictions américaines, ce qui les conduit à estimer que, au même titre que pour les lois, il y a une présomption de validité de l'*executive order*. Cette position est justifiée par le fait que

quand il est allégué devant une cour fédérale [...] qu'un acte du Congrès ou des *executive orders* pris en application sont inconstitutionnels, la cour doit apprécier un tel conflit avec un scepticisme prudent, car dans un tel cas elle ne fait pas face à des faits bruts, mais à des décisions réfléchies qui sont le produit de membres

¹⁷⁹ Voir par ex., E.O. n° 13771 du 3 février 2017 réduisant la régulation et contrôlant les coûts de régulation.

¹⁸⁰ *Meyer v. Bush* 81 F.2d 1288, 1296 (D.C. Cir. 8 janvier 1993) (notre traduction).

¹⁸¹ Ph.J. COOPER, *By Order of the President*, op. cit., p. 70.

¹⁸² *Raines v. Byrd*, 521 U.S. 811 (26 juin 1997).

¹⁸³ Voir *United States House of Representatives v. Burwell*, 130 F.Supp.3d 53 (U.S.D.C., District of Columbia, 9 septembre 2015).

des autres branches du Gouvernement, qui ont juré, comme les cours, de soutenir et défendre la Constitution¹⁸⁴.

Ici encore, le cas des *executive orders* interdisant l'accès au territoire américain à des ressortissants de certains États étrangers est topique de ce phénomène. Le 27 janvier 2017, Donald Trump, qui vient d'entrer en fonction, édicte un *executive order* qualifié de « *muslim ban* » en ce qu'il vise essentiellement les ressortissants d'États à majorité musulmane¹⁸⁵. Le débat très vif entourant ce dernier quant à sa constitutionnalité, ou même à son opportunité, mènera à sa suspension par plusieurs juridictions fédérales¹⁸⁶. Cela n'empêchera pas le Président Trump de prendre un *executive order* réitérant ces dispositions (« *muslim ban 2.0* »), un peu modifiées, quelques semaines plus tard¹⁸⁷ qui sera également suspendu par des juges fédéraux¹⁸⁸. Cela conduira le président à prendre un « *muslim ban 3.0* » par la voie d'une *proclamation* le 24 septembre 2017¹⁸⁹ qui sera elle-même suspendue avant son entrée en vigueur¹⁹⁰. Toutefois, la Cour suprême des États-Unis a par la suite infirmé cette suspension en faisant droit à la demande de l'administration fédérale visant à ce que le « *muslim ban 3.0* » soit remis en application en attendant que l'affaire soit jugée au fond¹⁹¹. Puis, dans une décision du 26 juin 2018¹⁹², la Cour suprême a jugé que cette *proclamation* n'était pas inconstitutionnelle en ce que le Congrès a attribué au président d'« amples pouvoirs »¹⁹³ en matière d'immigration et de sécurité nationale. Ainsi, la « proclamation entre aisément dans le champ de la large délégation »¹⁹⁴ législative conférée au président des États-Unis.

¹⁸⁴ *Campbell v. Chase Nat. Bank of City of New York*, 5 F. Sup. 156 (S.D.N.Y. 1933) (notre traduction).

¹⁸⁵ E.O. n° 13769 du 27 janvier 2017 visant à protéger la nation de l'entrée de terroristes étrangers aux États-Unis.

¹⁸⁶ Voir par ex., *Darweesh v. Trump*, 28 janvier 2017, U.S. District Court, E.D. of New York; *Loughalam v. Trump*, 3 février 2017, U.S. District Court, D. of Massachusetts; *State of Washington v. Trump*, 9 février 2017, United States Court of Appeals, Ninth Circuit.

¹⁸⁷ E.O. n° 13780 du 6 mars 2017 visant à protéger la nation de l'entrée de terroristes étrangers aux États-Unis.

¹⁸⁸ Voir *State of Hawaii v. Trump*, 15 mars 2017, United States District Court, D. of Hawaii ; *International refugee assistance project v. Trump*, 17 mars 2017, United States District Court, D. of Maryland.

¹⁸⁹ D. TRUMP, *Presidential Proclamation* n° 9645 maintenant des capacités accrues de contrôle pour détecter les tentatives d'entrée sur le territoire des États-Unis par des terroristes et autres personnes troublant la sécurité publique.

¹⁹⁰ Voir *State of Hawaii v. Trump*, 17 octobre 2017, United States District Court, D. of Hawaii.

¹⁹¹ *International refugee assistance project v. Trump*, 583 US (4 décembre 2017). On notera qu'un arrêt au fond de la Cour suprême sur la légalité de ce « *muslim ban 3.0* » est attendu pour la fin du printemps 2018.

¹⁹² *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. (26 juin 2018). On notera que l'arrêt a été adopté à une majorité conservatrice de 5 contre 4 et que deux juges progressistes, *Justice* Breyer et *Justice* Sotomayor, ont rédigé des opinions dissidentes contestant, avec une certaine virulence pour la seconde, l'opinion majoritaire.

¹⁹³ *Ibid.* (notre traduction).

¹⁹⁴ *Ibid.* (notre traduction).

La Cour suprême retient effectivement, lorsqu'il s'agit d'un *executive order* du président des États-Unis, une conception bien plus stricte de la balance des intérêts¹⁹⁵ qui permet la suspension d'un tel acte ou d'en déclarer l'invalidité. En effet, pour que le juge estime un *executive order* invalide, ou susceptible de l'être pour ordonner sa suspension, le requérant doit renverser la présomption de validité en démontrant soit que le président n'était pas habilité à agir, soit qu'un tel acte viole la loi et/ou la Constitution. Or, comme nous l'avons vu précédemment, le juge retient une interprétation très souple des titres de compétence du président américain, au point que le Congrès n'a pas besoin d'adopter un texte habilitant explicitement le président pour que celui-ci soit considéré comme agissant sur le fondement d'une habilitation législative. Dans le même sens, le juge désamorce le plus souvent tous conflits potentiels entre un *executive order* et une norme supérieure en retenant une interprétation compatible des deux normes ou en lisant la seconde à la lumière du premier.

Il n'est donc pas surprenant que dans l'histoire des États-Unis seulement deux *executive orders* aient été intégralement invalidés par les juridictions fédérales : le premier fut pris par le président Harry Truman et jugé inconstitutionnel par la Cour suprême¹⁹⁶, le second fut édicté par le président Bill Clinton et jugé invalide par une cour d'appel fédérale¹⁹⁷. S'il arrive – très rarement – que le juge américain invalide partiellement un *executive order* ou en suspende l'application, il demeure globalement extrêmement réticent à admettre qu'une mesure du président américain puisse être contraire à une loi ou à la Constitution. L'arrêt du 26 juin 2018, relatif au « *muslim ban 3.0* », n'est ainsi pas une véritable surprise en ce qu'il s'insère dans cette ligne jurisprudentielle ancienne de la Cour suprême. Cette réserve du juge américain n'est pas sans conséquence. Deux auteurs constatent en ce sens que

bien que la Cour suprême ait occasionnellement stoppé une action présidentielle ou déclaré un acte présidentiel inconstitutionnel, la Cour a plus fréquemment travaillé à approuver ou légitimer la croissance du pouvoir présidentiel¹⁹⁸.

Il en résulte que « presque tous les analystes de la relation Cour suprême-président soulignent le rôle de la Cour dans l'expansion des pouvoirs présidentiels¹⁹⁹ ».

Cette absence de véritable contrôle juridictionnel sur les mesures présidentielles a eu pour résultat de donner à la pratique et à l'interprétation que retient chaque président de ses pouvoirs une importance considérable dans l'appréhension des *executive orders*. La déférence des juridictions américaines et l'inertie du Congrès ont effectivement donné aux précédents présidentiels un rôle central dans la détermination des limites du pouvoir présidentiel. Ainsi, comme le résume Kenneth Mayer, « à chaque fois qu'un président se fonde sur les prérogatives de l'exécutif pour agir, cela rend plus facile pour un futur président de prendre une mesure

¹⁹⁵ Voir *Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 555 U. S. 7, 20, 24 (12 novembre 2008).

¹⁹⁶ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (2 juin 1952).

¹⁹⁷ *Chamber of Commerce v. Reich*, 74 F.3d 1322 (D.C.C. 2 février 1996).

¹⁹⁸ Th. CRONIN et M. GENOVESE, *The Paradoxes of the American Presidency*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 225.

¹⁹⁹ *Ibid.* p. 254.

identique (ou similaire)²⁰⁰ ». L'absence de réaction du Congrès sera souvent un élément central qui va justifier aux yeux du juge la validité de la mesure. La pratique des *executive orders* manifeste donc la place importante que conserve le président des États-Unis dans l'interprétation de la Constitution et de la séparation des pouvoirs.

Toutefois, cela ne signifie pas que les *executive orders* peuvent tout. Ils restent un instrument généralement tributaire du contexte politique. Si l'action unilatérale du président peut ne jamais être sanctionnée par le juge ou expressément remise en cause par le Congrès, le président a cependant souvent besoin des autres pouvoirs constitutionnels pour en assurer l'effectivité. Une mesure présidentielle qui ne serait pas soutenue, notamment par le Congrès, peut rapidement se trouver privée de tout effet. Un tel cas s'est par exemple présenté lorsque le président Obama a souhaité fermer la prison de Guantanamo Bay par *executive order*²⁰¹. Or, plus d'une décennie après, la prison est toujours ouverte et des individus y sont toujours détenus. Une telle mesure n'a jamais trouvé application du fait des vives critiques et réticences d'une partie du Congrès et de l'opinion à voir ces détenus transférés sur le territoire américain. Cela démontre que si l'*executive order* est un instrument puissant, il n'est pas nécessairement l'outil le plus adapté aux véritables réformes²⁰². En outre, ces mesures peuvent être relativement précaires et tributaires des alternances politiques. En effet, un nouveau président élu peut vouloir abroger une partie des *executive orders* pris par son prédécesseur, en particulier s'il n'appartient pas à la même tendance politique. Cela est d'autant plus facile pour le nouveau président qu'il n'a qu'à signer un *executive order* sans avoir à passer par une procédure longue et incertaine comme celle de l'abrogation de la loi, qui a récemment mis en échec le président Trump dans sa tentative de réformer la loi sur la santé adoptée sous l'impulsion du Président Obama²⁰³. Ainsi, ce ne sont pas tant des limites juridiques ou constitutionnelles qui enferment l'action du président des États-Unis par le biais des *executive orders* que des limites d'ordre politique.

Samy Benzina

Maître de conférences à l'Université Paris II Panthéon-Assas

²⁰⁰ K.R. MAYER, *With the Stroke of a Pen*, op. cit., p. 56.

²⁰¹ E.O. n° 13492 du 22 janvier 2009, art. cité.

²⁰² E.B. CORCORAN, « Obama's Failed Attempt to Close Gitmo: Why Executive Orders Can't Bring About Systemic Change », *University of New Hampshire Law Review*, no 9, 2010-2011, p. 207-235.

²⁰³ Voir sur ce sujet : R. PEAR, Th. KAPLAN et M. HABERMAN, « In Major Defeat for Trump, Push to Repeal Health Law Fails », *The New York Times*, 24 mars 2017.

Notes de lecture

Christian Bidégaray

Cécile GUÉRIN-BARGUES, *Juger les politiques ?*

La Cour de justice de la République,

Paris, Dalloz, 2017, 286 p.

Peu de Français savent ce qu'est la Cour de Justice de la République (C.J.R.). Au mieux se rappellent-ils que Madame Lagarde a comparu récemment devant elle pour l'arbitrage favorable à Bernard Tapie¹. Pourtant cette juridiction répond à la nécessité de sanctionner les ministres qui ont commis des fautes graves. La responsabilité politique du gouvernement devant l'Assemblée nationale devrait y suffire, mais sous l'effet du parlementarisme rationalisé et du fait majoritaire, elle n'est qu'une pure fiction. Au reste ne vise-t-elle que la collectivité des ministres en exercice et non leur responsabilité individuelle. C'est pourquoi les victimes se sont tournées vers le droit pénal et la Haute Cour de justice (H.C.J.), qui a toutefois été incapable de répondre à leurs attentes. Ses lenteurs et ses tergiversations dans l'affaire du sang contaminé² ont suscité une indignation telle que les pouvoirs publics ont dû s'empressement d'entreprendre une réforme constitutionnelle pour lui substituer la Cour de Justice de la République (C.J.R.) le 27 juillet 1993.

Faite dans l'urgence et sous le coup de l'émotion, cette réforme est loin d'avoir donné satisfaction. En vingt-cinq années d'existence et cinq procès³, elle n'a pu faire la preuve de son efficacité. Nombreuses ont été les critiques et les propositions de réforme à son encontre. Aussi, le 3 juillet 2017, répondant à une forte demande de moralisation de la politique, le président Macron a-t-il affirmé au Congrès sa volonté de supprimer la C.J.R.⁴, « car nos concitoyens ne comprennent plus pourquoi seuls les ministres pourraient encore disposer d'une juridiction d'exception. » Cependant, fin 2017, avant même que cette réforme ne soit entreprise, la C.J.R. a été saisie, d'une plainte pour violation du secret professionnel par l'ancien ministre

¹ Affaire portée devant la C.J.R. en 2015-2016. Voir Documents 32 et 33 p. 245-267.

² Cette tragique affaire de contamination par le sida lors de transfusions sanguines dans les années 1980 a entraîné la condamnation de médecins du C.N.T.S. au pénal, alors qu'aucune plainte contre le Premier ministre et les ministres en charge de la santé, n'a pu aboutir (voir Documents 2 à 5 inclus p. 72-84). C'est donc la C.J.R., créée de toute urgence en 1993, qui a permis de juger les responsables en 1999 (Document 16, p. 159).

³ Sang contaminé (1999), Royal (1999-2000), Gillibert (2003-2004), Pasqua (2009-2011), Lagarde (2015-2016).

⁴ Décision confirmée par le Président Macron le 15 janvier 2018, lors de l'ouverture solennelle de la Cour de cassation.

socialiste de la justice, Jean-Jacques Urvoas au profit du député LR Thierry Solère soupçonné de fraude fiscale.

C'est dire tout l'intérêt et l'actualité du livre de Cécile Guérin-Bargues, *Juger les politiques ? La Cour de justice de la République* (Daloz, 2017). Suivi d'un point d'interrogation, son titre : « Juger les politiques ? » laisse entendre que cette tâche est délicate, voire impossible. En toute hypothèse la C.J.R. ne lui en paraît pas capable, puisqu'elle sous-titre ainsi son introduction : « De la nécessité de supprimer la Cour de justice de la République ». Aussi est-ce à la conception même de cette juridiction et aux difficultés qu'elle suscite que s'intéresse l'ouvrage qui s'appuie sur une connaissance approfondie de la littérature et de la jurisprudence sur ce sujet. Après une première partie intitulée modestement « En guise d'introduction » (62 pages) vient une seconde au titre neutre : « Études, Arrêts et Avis » (222 pages⁵). Pourtant l'ouvrage n'est pas qu'un simple recueil de textes précédés d'un propos liminaire. Il développe une réflexion approfondie sur l'inadéquation du recours au droit pénal pour des faits qui relèvent d'un droit politique temporairement paralysé. En universitaire scrupuleuse Mme Guérin-Bargues évite les jugements péremptoires et porte des appréciations nuancées. Pourtant derrière l'euphémisation de ses propos, c'est bien le procès de la C.J.R. qui est instruit en trois temps qui peuvent être présentés de la manière suivante : l'organisation de la C.J.R. est défectueuse ; son fonctionnement est contestable ; son remplacement est nécessaire.

UNE ORGANISATION DÉFECTUEUSE

Traitant d'une C.J.R. « entre biais conceptuels et défauts structurels », l'ouvrage s'intéresse d'abord à la création de cette cour consécutive au scandale du sang contaminé (« Une juridiction essentiellement réactive »), puis à ses malfaçons (« Une juridiction fondamentalement atypique »). On dira ici de manière moins prudente qu'en passant de la Haute Cour de justice à la Cour de justice de la République, la V^e République a troqué un cheval aveugle contre un cheval borgne.

La Haute Cour de justice ou le cheval aveugle

Selon l'article 68 initial de la Constitution, la Haute Cour de justice⁶ avait compétence pour juger de la responsabilité pénale des ministres pour les « actes accomplis *dans* l'exercice de leurs fonctions ». Dès lors, selon la théorie des actes détachables, les actes accomplis « en dehors » ou « à l'occasion » des fonctions ministérielles auraient pu relever des tribunaux ordinaires. Cette thèse a été rejetée par la Cour de cassation qui a accordé une compétence exclusive à la H.C.J. pour connaître des infractions pénales des membres du gouvernement « pendant » leurs fonctions (arrêts *Frey* du 14 mars 1963 et *Ralite* du 28 mai 1986⁷). Pourtant cette cour n'a pas été à la hauteur de sa mission. Il n'est d'ailleurs pas inutile d'ajouter ici que

⁵ Suivant les trois temps de la première partie, les documents de la seconde partie sont précédés d'une présentation synthétique et dans chaque texte, des italiques très utiles indiquent au lecteur les passages essentiels.

⁶ Tout ce qui concerne la H.C.J. figure dans les documents 2 à 5 inclus p. 72-84.

⁷ Voir document 4, p. 76

le recours à la H.C.J. relevait de la course d'obstacles⁸ et que sa formation pouvait donner lieu à des manœuvres dilatoires, comme on l'a vu lors de l'affaire « Carrefour du développement⁹ ». Ainsi, sous l'effet de l'auto-récusation des tribunaux ordinaires et de la solidarité corporative entre parlementaires et ministres, aucune des procédures engagées à dix reprises n'a permis à la H.C.J. de se réunir avant « l'affaire du sang contaminé » en 1992. Les juridictions judiciaires s'étaient déclarées incompétentes et les résolutions de renvoi en Haute cour avaient été rejetées ou s'étaient heurtées à la prescription des faits. Ce déni de justice a scandalisé l'opinion et suscité une vive critique de la part des politiques et de la doctrine¹⁰. Aussi est-ce pour étouffer le scandale que le gouvernement a créé la Cour de justice de la République (C.J.R.)¹¹ que Mme Guérin-Bargues qualifie de « juridiction essentiellement réactive ». De fait, conçue dans l'urgence cette juridiction n'échappe pas à la critique.

La Cour de justice de la République ou le cheval borgne

Obnubilés par la volonté de soumettre le plus possible le jugement des ministres au droit commun, les parlementaires ont surtout cherché à « ne pas entraver l'action de la justice pénale, sans considération du risque de la voir devenir la seule instance compétente pour démêler l'écheveau des responsabilités¹² », d'où cette « juridiction fondamentalement atypique » qui s'inspire à la fois du droit commun et des juridictions d'exception. Ajoutons que, par une entorse discutable aux règles de non-rétroactivité, la C.J.R. a été autorisée par le nouvel article 68-3 de la Constitution à se saisir de faits antérieurs à sa création. Elle a donc pu clore le dossier du sang contaminé. Cependant, en acquittant deux ministres et en condamnant le troisième, tout en le dispensant de peine¹³, c'est par un fiasco qu'a débuté cette juridiction dont l'auteure s'attache à exposer les modalités d'organisation tout en montrant les faiblesses.

⁸ Le recours à la H.C.J. supposait notamment le vote d'une résolution de mise en accusation par un dixième de députés ou de sénateurs, puis l'adoption de cette résolution par chaque assemblée à la majorité absolue des membres la composant.

⁹ Selon l'article 67 C. les juges doivent être élus « à chaque renouvellement général ou partiel des assemblées parlementaires ». Élus en 1988, les députés socialistes s'en sont abstenus pour ralentir la procédure engagée par la majorité sortante RPR-UDF contre Christian Nucci. La commission d'instruction n'a pu statuer qu'en avril 1990 ... pour constater que certains chefs d'accusation ne pouvaient plus être poursuivis et que les autres étaient couverts par une loi d'amnistie opportunément votée au mois de janvier précédent !

¹⁰ D'accord avec le Professeur Diez-Picazo pour qualifier de « criminalité gouvernante » les comportements ministériels illicites particulièrement graves, Olivier Beaud s'en sépare pour demander que celle-ci relève de la responsabilité politique et non de la responsabilité pénale abusivement retenue dans l'affaire du sang contaminé. Document 13, p. 135- 142 et document 15, p. 149-157.

¹¹ Les documents 6 à 11 inclus (p. 84- 132) fournissent l'ensemble des sources relatives à la genèse de la C.J.R. dont la Loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 et la loi organique du 23 novembre 1993 qui lui sont consacrées.

¹² *Juger les politiques ?*, p. 22.

¹³ Voir C.J.R. 9 mars 1999, *Fabius, Dufoix, Hervé*, Document 16 p. 159.

Pédagogique, l'ouvrage expose les trois temps de la procédure. À la différence de la H.C.J., les ministres ne sont plus mis en accusation par les deux assemblées mais par le Procureur général près la Cour de cassation ainsi que par toute personne qui s'estime lésée par un crime ou un délit commis par eux. Conjuguant expertise juridique et connaissance des contraintes de l'action publique, une commission des requêtes formée de magistrats de la Cour de cassation, du Conseil d'État et de la Cour des comptes écarte les plaintes sans fondement et transmet les autres au Procureur général près la Cour de cassation pour qu'il saisisse la C.J.R. Une commission d'instruction formée de trois magistrats du siège de la Cour de cassation procède à des investigations, entend les témoins puis décide ou non de renvoyer l'affaire devant la Cour. Pour rendre son verdict, celle-ci emprunte alors quelques traits aux juridictions d'exception. Aux trois magistrats du siège à la Cour de cassation s'ajoutent douze parlementaires élus par leurs pairs. La constitution de partie civile est exclue. Les juges doivent prêter serment. Le droit de récusation et le principe du contradictoire sont reconnus. Enfin, les arrêts de la commission d'instruction et de la formation de jugement sont susceptibles de pourvois en cassation. Pour autant, à chaque étape de cette procédure, la C.J.R. souffre de malfaçons.

Comme l'a montré le procès en diffamation contre Ségolène Royal¹⁴, la commission des requêtes ne fait pas partie du ministère public. La procédure était allée à son terme sans être arrêtée par la commission des requêtes alors que le réquisitoire introductif du procureur général était hors délais. Pour la ministre, l'action publique était prescrite, puisque le ministère public ne pouvait arguer de l'inertie de l'une de ses composantes (la commission des requêtes) pour conclure à la suspension du délai de prescription. La Cour de cassation a rejeté ces arguments et déclaré que la commission des requêtes n'est ni un parquet (elle n'a pas l'initiative des poursuites), ni une juridiction (ses décisions sont insusceptibles de recours). Elle est une institution *sui generis* dont l'intervention obligatoire suspend le délai de prescription.

Pouvant désormais requalifier les faits, la commission d'instruction ralentit la procédure en refaisant l'ensemble des enquêtes déjà menées. Elle peut aussi statuer sur la régularité de ses propres actes d'information. Contestant cette compétence aberrante, Michel Gillibert¹⁵ a soutenu qu'elle était contraire au « droit à un procès équitable » garanti par la convention européenne des droits de l'homme. Par un « énoncé éminemment performatif¹⁶ », la Cour de cassation a rejeté cet argument car ce droit est respecté, dès lors que la commission « se prononce sous le contrôle de l'assemblée plénière de la Cour de cassation qui a pleine compétence en la matière pour statuer en fait et en droit » (*sic*). Autre anomalie découverte dans l'affaire Lagarde¹⁷, la commission d'instruction ne s'est pas estimée liée par les dispositions du code pénal en vigueur en 1993, « pour éviter de faire de la C.J.R. une juridiction

¹⁴ Ministre déléguée à l'Enseignement scolaire, elle était poursuivie en diffamation pour avoir estimé devant des journalistes que des professeurs qui avaient toléré un bizutage dégradant en étaient complices. Affaire jugée en 1999, Documents 17 à 21 inclus p. 170-190.

¹⁵ Affaire de détournement de fonds traitée en 2003-2004, Documents 22 à 24 p. 190- 210.

¹⁶ *Juger les politiques ?*, p. 29. On ne peut qu'approuver l'ironie de ce jugement.

¹⁷ En 2015-2016, Documents 32 et 33 p. 245-267.

rétrograde, fossilisée dans son état d'origine et privée [...] d'une quelconque possibilité d'évolution », preuve du « caractère baroque d'une institution qui repose sur une loi organique lacunaire et fragile¹⁸ ».

Enfin, comment parler de « procès équitable », quand la formation de jugement fait coexister trois magistrats avec douze parlementaires qui peuvent être liés à la personne qui comparaît devant eux ? Que penser également du ministère public qui est partie au procès et joue un rôle d'accusateur devant le C.J.R., mais qui doit exposer à la Cour de cassation la solution qui lui semble s'imposer en droit ? Il en est résulté des contradictions dans l'affaire Royal où le procureur général a défendu devant la Cour de cassation une thèse diamétralement opposée à celle de l'avocat général devant la C.J.R. Comment s'étonner alors que le fonctionnement de la C.J.R. laisse à désirer ?

UN FONCTIONNEMENT CONTESTABLE

Dotée de compétences « à géométrie variable » la C.J.R. prononce des « verdicts très politiques » et fort peu contrôlés.

« Des compétences à géométrie variable »

La C.J.R. ne peut juger que les membres du gouvernement (art. 68-1 C.), et pas les complices ou les co-auteurs des actes incriminés alors qu'ils peuvent avoir joué un rôle décisif. Aussi prend-elle quelques libertés avec les textes : témoins dispensés du serment déposant en présence de leur avocat (affaire du sang contaminé), audition sous serment (affaire Gillibert) refus d'être entendu afin de pouvoir se défendre devant le juge ordinaire (affaire Lagarde)¹⁹.

Plus grave, un même dossier porté devant la C.J.R. et devant le juge ordinaire (dans son volet non-ministériel) ne donne pas lieu à la même appréciation. En témoignent l'affaire rocambolesque du casino d'Annemasse²⁰. En 1994, malgré deux refus de ses prédécesseurs, Charles Pasqua, ministre de l'intérieur, accorde l'autorisation d'exploiter ce casino à Robert Feliciaggi et Michel Tomi. La vente ultérieure de cet établissement leur rapportera de substantiels bénéfices. Cinq ans plus tard, prenant la tête du R.P.F., Charles Pasqua s'est présenté aux élections européennes de 1999. En inscrivant sa fille en position inéligible sur la liste R.P.F., Michel Tomi a financé en sous-main la campagne du R.P.F. en y investissant une part de la vente du casino. Il a même évité la liquidation judiciaire du R.P.F. par une caution couverte par de fausses reconnaissances de dettes. Poursuivi devant le tribunal correctionnel de Paris, Charles Pasqua a été condamné à dix-huit mois de prison avec sursis pour financement illégal de sa campagne. Michel Tomi et sa fille ont été condamnés à de la prison ferme pour corruption active. Pourtant, la C.J.R. a relaxé le ministre, car en autorisant l'exploitation du casino, Charles Pasqua avait simplement « voulu favoriser un ami de longue date », alors qu'il n'était pas établi « que

¹⁸ *Juger les politiques ?*, p. 31.

¹⁹ Cas de Stéphane Richard, ancien directeur de cabinet de Jean-Louis Borloo puis de Mme Lagarde, qui était l'un des protagonistes actifs en faveur de l'arbitrage au bénéfice de Bernard Tapie.

²⁰ *Traité de 2009 à 2011, Documents 25 à 30*, p. 210-245.

le service rendu à cette occasion ait conditionné l'autorisation accordée par le ministre. » La Cour de cassation n'y a rien trouvé à redire, car « chaque juridiction est maîtresse de ses décisions. Il n'existe aucune primauté d'une juridiction saisie à l'égard de l'autre ». Voyant que Charles Pasqua n'était pas poursuivi pour corruption passive, Michel Tomi a alors contesté sa condamnation pour corruption active. La commission de révision des condamnations pénales a rejeté sa demande en se retranchant derrière l'absence d'identité des délits, « car chaque juridiction peut faire une appréciation différente des faits de corruption²¹ ». Le droit a ses raisons que la raison ne connaît pas !

À ces lacunes s'ajoute la difficulté de savoir quel acte relève ou non de la C.J.R. Quand la H.C.J. avait compétence exclusive pour juger les ministres²², tout acte accompli *pendant* l'exercice de leurs fonctions était considéré comme accompli *dans* l'exercice de ces fonctions. La création de la C.J.R. a conduit la Cour de cassation à modifier sa jurisprudence antérieure dans des arrêts *Carignon* (26 juin 1995), *Noir* (6 février 1997) et *Toubon* (13 décembre 2000)²³. Désormais, la C.J.R. n'est compétente que pour les actes ayant « un lien direct » ou « un rapport direct avec la conduite des affaires de l'État ». Dès lors, les actes *concomitants* ou commis *à l'occasion* de l'exercice d'une fonction ministérielle relèvent des tribunaux de droit commun. Pour autant cette distinction n'est pas évidente, comme l'a montré l'affaire Elf. Ministre des Affaires étrangères, Roland Dumas avait usé de son titre pour faire embaucher sa maîtresse par cette société. Jugé coupable et complice de recel d'abus de biens sociaux dans cette affaire complexe, il a été renvoyé devant les juridictions de droit commun par la chambre d'accusation. Un pourvoi a été formé contre cette décision pour qu'il soit renvoyé devant la C.J.R. La Cour de cassation s'y est refusée, car elle a jugé que Roland Dumas n'avait pas dans ses attributions la tutelle des sociétés Elf. Dès lors, les faits reprochés « commis *en même temps* que son activité ministérielle, n'avaient aucun lien direct avec la détermination et la conduite de la politique de la nation et les affaires de l'État. » Or à ces difficultés s'ajoute le caractère discutable des jugements de la Cour qui sont politisés et peu contrôlés.

« Des verdicts très politiques »

Sous cet intitulé, l'auteure dénonce les distorsions choquantes entre la sévérité des condamnations morales et la clémence des sanctions prononcées par la C.J.R. Le détournement de fonds publics par Michel Gillibert était « particulièrement condamnable ». Le système des rétro-commissions versées par la SOFREMI aux proches de Charles Pasqua « était d'une gravité certaine car commis par un ministre d'État dépositaire de l'autorité publique ». Madame Lagarde, « avocate de profession », « aurait dû demander des explications pour comprendre le processus d'une sentence arbitrale aussi choquante ». Mais les peines prononcées sont bienveillantes. Trois ans de prison avec sursis et 20 000 € d'amende pour Michel Gillibert, au lieu des cinq mois de prison ferme et 375 000 € d'amende. Relaxe de Charles Pasqua dans les affaires du casino d'Annemasse et de la société Alsthom.

²¹ Document 30, p. 244.

²² Jurisprudence citée *supra*, Arrêts *Frey* (14 mars 1963) et *Ralite* (28 mai 1986).

²³ Document 12, p. 132-135.

Un an de prison... mais avec sursis dans l'affaire de la SOFREMI « compte tenu du passé de Charles Pasqua au service de la France ». Dispense de peine pour Madame Lagarde, car la Cour a tenu compte « de sa réputation nationale et internationale » et estimé que, mobilisée en permanence par la crise financière mondiale de 2008, elle « n'avait pu prêter suffisamment attention au dossier Tapie²⁴ ». Comment alors ne pas évoquer cette « République des camarades » que stigmatisait Robert de Jouvenel dès 1914 ? On y est d'autant plus incité quand on découvre le faible contrôle qu'exerce la Cour de cassation.

Un « contrôle quasi inexistant »

Ne pouvant juger du fond des affaires, la Cour de cassation s'abrite derrière cette interdiction pour n'exercer qu'un contrôle des plus légers sur les arrêts de la C.J.R. En témoignent les trois affaires Pasqua portées devant elle. Dans l'affaire du casino d'Annemasse, le premier avocat général contestait la relaxe du ministre car l'enchaînement chronologique des faits (autorisation d'exploitation, vente du casino, financement de la campagne électorale) et la condamnation de Michel Tomi pour corruption active auraient dû conduire la C.J.R. à constater l'existence d'un pacte de corruption entre ce dernier et le ministre. Pourtant la Cour de cassation s'est abritée derrière l'appréciation souveraine du juge du fond sur laquelle elle n'avait pas à exercer de contrôle pour valider la relaxe prononcée par la C.J.R. Dans l'affaire Alsthom, la C.J.R. avait relaxé Charles Pasqua, (en charge de l'aménagement du territoire) parce que l'accord qu'il avait donné au directeur financier de cette société par une lettre personnelle « ne suffisait pas à démontrer qu'il avait pris connaissance du versement de commissions » pour obtenir l'agrément de la DATAR ! Ici encore, la cour de Cassation a validé la relaxe prononcée par la C.J.R. en utilisant les mêmes arguments que dans le cas précédent. En revanche la C.J.R. a condamné Charles Pasqua à de la prison (avec sursis) dans l'affaire de la SOFREMI, parce qu'il « avait apporté sa caution et laissé perdurer ce système » (de rétro-commissions) et « que sa proximité avec les divers auteurs d'abus de biens sociaux et leurs bénéficiaires ne laissait pas de doute. » Relevant la contradiction entre la relaxe accordée dans les deux affaires précédentes et la sanction prononcée dans cette dernière, le parquet et l'avocat général se sont pourvus en cassation. La Cour s'est contentée de repousser « un moyen qui tendait à remettre en cause l'appréciation souveraine par les juges du fond des faits et circonstances de l'affaire. » Pour être juridiquement fondée, cette attitude n'en est pas moins regrettable et contribue à la perte de confiance d'une majorité de Français en leur justice.

Ainsi, tant l'organisation que le fonctionnement de la C.J.R. appellent à supprimer « ce compromis boiteux » qu'est la C.J.R. Mais, alors, par quoi le remplacer²⁵ ?

²⁴ Reconnaissons que dans son réquisitoire aux fins de non-lieu à suivre, le Procureur général avait estimé que les décisions de Mme Lagarde avaient été « en réalité prises collectivement au plus haut niveau de l'État [...], après accord de l'Élysée et non-opposition, au moins implicite, du Premier ministre ». De plus, après l'affaire Strauss-Kahn la Cour n'a sans doute pas voulu affaiblir la position internationale de la France en condamnant la présidente en exercice du FMI qui venait de lui renouveler sa confiance.

²⁵ Titre de la troisième partie des documents, p. 267.

UNE SUPPRESSION NÉCESSAIRE ?

Dès 1999 Olivier Duhamel et le doyen Vedel²⁶ demandaient la suppression de la C.J.R. et dénonçaient aussi les dangers de confier au juge pénal le pouvoir de s'ériger en arbitre de la bonne ou de la mauvaise gouvernance. Comme l'ont déploré Olivier Beaud²⁷ et plusieurs constitutionnalistes, la criminalisation du droit constitutionnel par l'intervention du juge pénal est éminemment critiquable et nocive. Le remplacement de la C.J.R. pose donc de sérieux problèmes auxquels répondent imparfaitement deux types de solutions : supprimer la C.J.R. ou lui trouver des alternatives.

Supprimer la C.J.R. et recourir au droit commun

Telle a été la proposition de la commission Jospin²⁸ en 2012. Une « commission d'examen préalable » intervenait en amont de toute enquête pénale visant un ministre. Elle écartait les plaintes sans fondement, orientait vers les tribunaux ordinaires les plaintes ne relevant pas des fonctions gouvernementales et transmettait au Tribunal de grande instance de Paris celles qui viseraient des actes délictueux ou criminels des ministres dans l'exercice de leurs fonctions. Une fois franchie l'étape d'examen préalable les victimes pouvaient se porter partie civile devant ce tribunal. Dans le même sens, le « projet de loi constitutionnelle » de 2013²⁹, demandait à une commission des requêtes de se prononcer sur la recevabilité des plaintes dans les six mois de sa saisine par le ministère public, par la juridiction d'instruction ou par toute personne se prétendant lésée. Cette commission devait classer sans suite les plaintes sans fondement, orienter vers les tribunaux ordinaires celles qui ne relevaient pas des fonctions gouvernementales et transmettre celles qui y étaient liées aux juridictions parisiennes. Tout délai de prescription était suspendu.

Cependant, comme le note l'ouvrage, cet appel au juge de droit commun se heurte à de multiples objections. Comment un simple magistrat, probablement peu au courant des contraintes et de la complexité de l'activité gouvernementale, saurait-il discriminer entre acte politique et acte pénalement répréhensible sans violer la séparation des pouvoirs ? De quelle autorité pourra-t-il jouir pour poursuivre des ministres dans des affaires à fort écho médiatique ? De quelle indépendance pourra bénéficier le procureur de la République près le tribunal de Paris, magistrat soumis aux instructions du ministre de la justice ? D'où l'intérêt de solutions alternatives.

Offrir des solutions alternatives

La C.J.R. pourrait être maintenue mais n'aurait compétence que pour les actes entièrement effectués dans l'exercice du pouvoir exécutif et d'une gravité telle qu'ils tombent sous le coup du droit pénal. La possibilité de se constituer partie

²⁶ Document 34, p. 267-269.

²⁷ Documents 13, p. 135-143, et 15, p. 149-159.

²⁸ Commission de « rénovation et de déontologie de la vie publique », Document 37, p. 277-283.

²⁹ « Projet de loi constitutionnelle relatif à la responsabilité juridictionnelle du président de la République et des membres du gouvernement » (2013), Document 38, p. 283-286.

civile serait admise et la compétence de la cour serait étendue aux co-auteurs et complices³⁰. Toutefois ces légers correctifs n'annuleraient pas les principaux reproches adressés à cette juridiction : partialité, organisation lacunaire, frilosité des jugements, contrôle quasi virtuel de la Cour de cassation.

En sens inverse, la C.J.R. serait supprimée mais une commission des requêtes limiterait très strictement la compétence des tribunaux ordinaires. Outre les actes délictueux ou criminels extérieurs aux fonctions gouvernementales, ils n'auraient plus compétence que pour les actes volontaires commis dans l'exercice des fonctions ministérielles ou à l'occasion de celle-ci. Le caractère intentionnel de la faute ministérielle serait déterminant pour donner compétence au juge judiciaire de droit commun. En revanche tout ce qui renverrait à des insuffisances professionnelles du ministre relèverait de sa seule responsabilité politique. Pour aider la commission des requêtes chargée d'aiguiller la procédure vers la voie pénale ou la voie parlementaire, elle serait composée d'un nombre égal de magistrats et de parlementaires. Reste à savoir alors comment sanctionner cette responsabilité politique.

Dans cette optique, le Comité Balladur³¹ proposait, en 2007, de recourir aux commissions d'enquête parlementaires et de renforcer leurs investigations en supprimant l'interdiction d'intervenir dans les affaires dont l'autorité judiciaire est saisie. On se demandera cependant si cette novation pourrait suffire à surmonter les obstacles souvent opposés aux commissions d'enquête ? Plus développé était le système imaginé en 2003 par Guy Carcassonne dans les *Mélanges Pactet*³². Pour les affaires extérieures aux fonctions gouvernementales une commission des requêtes devait les renvoyer au juge de droit commun. Mais, désireux comme Olivier Beaud³³ de faire prévaloir la responsabilité politique sur la responsabilité pénale, il proposait une solution originale pour les faits relevant de la responsabilité politique. La commission des requêtes préciserait ces faits puis les adresserait pour examen à une commission d'enquête créée de droit et sans délai à l'Assemblée nationale. Dans un rapport public, cette commission proposerait une décision inscrite de droit à l'ordre du jour de l'Assemblée afin de donner lieu à un débat public. Après quoi, l'Assemblée pourrait donner quitus au ministre ou prononcer une sanction appropriée : blâme, destitution, interdiction d'exercer des fonctions gouvernementales, voire inéligibilité au Parlement ou à tout mandat public. Satisfaisante pour les constitutionnalistes, cette solution semble pourtant des plus aléatoires tant, comme l'écrit l'auteure à juste titre, « le chemin est long qui mène à une telle rationalisation de la responsabilité politique³⁴ ! »

L'ouvrage s'achève ainsi sur la nécessaire réforme de la C.J.R. sans qu'aucune des solutions envisagées ne s'impose d'elle-même. En toute hypothèse, il faudra réviser la Constitution. Or, sauf recours hasardeux au référendum de l'article 11, toute révision dans le cadre de l'article 89 suppose un vote conforme des deux as-

³⁰ Voir les arguments en ce sens de Michel Degoffe, Document 14, p. 143-149.

³¹ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, 2007, Document 36, p. 275-277.

³² Document 35, p. 269-275.

³³ Document 13, p. 135 *sqq.*

³⁴ *Juger les politiques ?*, p. 61.

semblées avant ratification définitive. Irréalisable en 2013, cette solution semble difficile aujourd'hui, vu le rapport des forces au Parlement. Toutefois, après un 2017 chamboule-tout... « il ne faut jurer de rien ! »

Christian Bidégaray

▮ Professeur émérite de science politique à l'Université de Nice.

Armel Le Divellec

Benjamin CONSTANT, *Œuvres complètes*, t. XV :
***Brochures politiques (1819-1821)*, Berlin, De Gruyter, 2017, 899 p.**

L'œuvre – considérable – de Benjamin Constant (désormais : B.C.) est un maquis dans lequel le non-spécialiste peine à se retrouver. Non point qu'il faille douter de la cohérence de la pensée du grand libéral. À l'exact inverse de sa vie sentimentale, sa pensée politique et constitutionnelle (et philosophique) repose sur une ligne claire. Et, contrairement aux idées reçues (notamment du fait de son républicanisme des années 1793-1802, ainsi que de ses apparentes palinodies durant les Cent-Jours), on peut en dire autant de son attitude politique : B.C. a toujours été le héraut de la liberté politique de son temps et des formes constitutionnelles qui la permettent. Sous ce dernier rapport, il porte bien son patronyme. La richesse, la profondeur et la justesse de sa pensée constitutionnelle et politique méritent à l'évidence tous les efforts déployés depuis plus de vingt ans par l'équipe scientifique animée par Kurt Kloocke (par ailleurs lui-même auteur d'une belle biographie intellectuelle de Constant, parue en 1984) pour la valoriser et la mettre de façon exhaustive à la disposition du public savant. Cette extraordinaire entreprise éditoriale et philologique, formidable aventure scientifique, se poursuit depuis 1998 avec ce tome XV des *Œuvres complètes de Benjamin Constant* (désormais : OCBC) qui en comptent plus d'une vingtaine, étant rappelé que se déroule en parallèlement la publication de la Correspondance de B.C. et qu'en outre, la très active *Association Benjamin Constant* publie chaque année, depuis 1980, des *Annales Benjamin Constant* qui ont grandement fait progresser la connaissance et la compréhension de l'auteur d'*Adolphe* et plus généralement du Groupe de Coppet dont il fut l'une des étoiles¹.

Il n'est sans doute pas superflu de donner ici la liste des tomes déjà parus dans cette série qui semble, malheureusement, n'avoir que peu retenu l'attention du public des constitutionnalistes.

VOLUMES DES ŒUVRES COMPLÈTES DE BENJAMIN CONSTANT DÉJÀ PARUS

Œuvres, I, Écrits de jeunesse (1774-1799), dir. par L. Omacini et J.-D. Candaux, 1998.

Œuvres, II, De la justice politique, éd. par L. Saggiorato, dir. par L. Omacini et E. Hofmann, 1998, 2 vol.

Œuvres, III, Écrits littéraires (1800-1813), dir. par P. Delbouille et, pour le théâtre, M. Martine de Rougemont, 1995, 2 vol.

¹ Voir le site internet : [<https://www.unil.ch/ibc/fr/home/menuinst/publications/annaes-b-constant.html>].

- Œuvres*, IV, *Discours au Tribunat; De la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays (1799-1803)*, dir. par M.L. Sánchez-Mejía et K. Kloocke, 2005.
- Œuvres*, V, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements (Texte de 1806)*, dir. par K. Kloocke, 2011.
- Œuvres*, VI, *Journaux intimes (1804-1807)* suivis de *Affaire de mon père (1811)*, dir. par P. Delbouille et K. Kloocke, 2002.
- Œuvres*, VII, *Journal intime (1811-1816), Carnet, Livres de dépenses*, éd. par P. Delbouille et K. Kloocke, avec la collaboration d'A. Blaeschke, H. Krapoth, P. Libion, J. -P. Perchellet et M. Willems, 2005.
- Œuvres*, VIII, *Florestan; De l'esprit de conquête et de l'usurpation ; Réflexions sur les constitutions (1813-1814)*, dir. par K. Kloocke et B. Fink, 2005, 2 vol.
- Œuvres*, IX, *Principes de politique et autres écrits (juin 1814-juillet 1815)*, dir. par O. Devaux et K. Kloocke, 2001, 2 vol.
- Œuvres*, X, *Textes politiques de 1815 à 1817 ; Articles du « Mercure de France » ; Annales de la session de 1817 à 1818*, dir. par K. Kloocke, 2010, 2 vol.
- Œuvres*, XI, *Textes de 1818*, dir. par E. Hofmann, 2011.
- Œuvres*, XIII, *Articles de journaux (1819-1820)*, dir. par L. Burnand, à paraître.
- Œuvres*, XIV, *Mémoires sur les Cent-Jours*, éd. par K. Kloocke, 1993.
- Œuvres*, XV, *Brochures politiques (1819-1821)*, dir. par K. Kloocke et P. Delbouille, 2017.
- Œuvres*, XVII, *De la Religion considérée dans sa source, ses formes et ses développements, tome I*, dir. par M. Winkler et K. Kloocke, 2013.
- Œuvres*, XVIII, *De la Religion considérée dans sa source, ses formes ses développements, tome II*, éd. par P. Deguise, texte établi avec la collaboration de K. Kloocke, 1999.
- Œuvres*, XIX, *De la Religion, tome III*, dir. par D. Thouard et K. Kloocke, 2015.
- Œuvres*, XXVI, *Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri*, éd. par K. Kloocke et A. Tram-pus, 2012.
- Œuvres*, XXXIII, *Mélanges de littérature et de politique*, dir. par F. Rosset, 2012.

Cette œuvre est un maquis, écrivions-nous, pour la triple raison que B.C. a lui-même, au cours de sa relativement longue existence, publié différentes versions de ses propres textes, utilisé certains d'entre eux pour de nouvelles œuvres, et enfin qu'il a laissé une quantité importante d'écrits inachevés, dont certains n'ont été découverts ou exploités que récemment. Tel est en particulier le cas de plusieurs brochures qui composent une bonne partie de ce volume XV des *OCBC*, et sont des écrits inédits de B.C.

L'ouvrage, de 899 pages, comprend une grande variété de textes écrits (ou retravaillés) entre 1819 et 1821. À côté de textes de portée principielle, d'autres n'ont qu'un objet circonstanciel², certains sont des fragments de notes ou brouillons, d'une longueur très variable selon les cas, mais la première impression de forte

² Ainsi par exemple la lettre que B.C. écrivit à un ministre concernant les incidents dont il failli être la victime à Saumur en 1820 (doc. n° 12).

hétérogénéité du présent volume peut être surmontée par le sentiment de la cohérence (outre celle de la chronologie³) d'une pensée tout entière tournée vers la promotion de l'idée de liberté et des garanties constitutionnelles qui furent incontestablement le grand combat de B.C. Chaque document est précédé d'une très précieuse introduction par l'un des spécialistes composant l'équipe scientifique autour de Kurt Kloocke (notamment Lucien Jaume et Alain Laquièze, bien connus de cette revue), qui explique les problèmes de sources, l'historique, le contenu ainsi que la portée des textes⁴. Le lecteur est ainsi parfaitement guidé.

CONTENU DU VOLUME XV

1. Textes et tables du Cours de politique constitutionnelle (p. 33-181)
 - *Des Réactions politiques* (1797, version de février 1819) (p. 39-78)
 - *Essai sur la contre-révolution d'Angleterre en 1660* (1799, version de 1819) (p. 79-111)
 - Tables analytiques des matières du *Cours de politique constitutionnelle* (1818)
2. Lectures à l'Athénée royal sur la Constitution anglaise (p. 183)
 - Éloge de Sir Samuel Romilly (26 déc. 1818) (p. 225-279)
 - Première lecture (23 janv. 1819): *Plan du cours et exposition du principe de la Constitution anglaise* (p. 280-291)
 - Deuxième lecture (13 février 1819 ?) : *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes* (p. 292-311)
 - Troisième lecture (mars 1819 ?) : *L'élection, source du pouvoir dans le gouvernement représentatif en Angleterre* (p. 312-325)
 - Quatrième lecture (24 avril 1819) : *de l'organisation et des prérogatives du pouvoir exécutif dans la Constitution anglaise* (p. 326-332)
 - Cinquième lecture (non prononcée). Du principe de la Constitution anglaise sur la Monarchie (*Caractères du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif dans leur fonctionnement et leur source*) (p. 333-339)
 - Sixième lecture (non prononcée) (*Garanties qui existent dans la Constitution anglaise contre les abus des pouvoirs législatif et exécutif*) (p. 340-342)
 - Septième lecture (prononcée le 19 juin 1819): *comparaison de la Charte et de la Constitution anglaise (initiative et mode d'élection)* (p. 343-358)
 - Fragment sur le salaire des membres de l'Assemblée nationale (p. 359-361)
 - Première version du cours sur la Constitution anglaise (p. 365-384)
 - Suite d'idées et ébauches sur lectures Constitution anglaise (p. 385-439)
3. De la proposition de changer la loi des élections (p. 441)
4. Lettres à MM. les habitants de la Sarthe (p. 451)
5. *De l'état de la France et des bruits qui circulent* (p. 487-500)
6. *De la Charte constitutionnelle telle que le ministère de 1820 l'a faite* (p. 515-566)
7. *Lettre à Lacretelle...* (p. 567)
8. *Pensées détachées* (p. 577)

³ Cohérence chronologique qui explique que l'on trouve même les fragments d'une tragédie que voulait composer B.C. (le n° 15 : Le Chevalier Bertram), ainsi que plusieurs documents annexes sur des questions diverses.

⁴ Le volume contient également (p. 7-13) une utile chronologie de la vie de B.C.

9. *Des motifs qui ont dicté le nouveau projet de loi sur les élections* (p. 587-632)
10. *Pièces relatives à la saisie de lettres...* (p. 633)
11. *De la dissolution de la Chambre des députés, et des résultats que cette dissolution peut avoir pour la nation, le gouvernement et le ministère* (sept. 1820) (p. 659-708)
12. Lettre à Latour-Maubourg (oct. 1820) (p. 709)
13. Lettre à Goyet, électeur de la Sarthe (p. 741)
14. *Du triomphe inévitable et prochain des principes constitutionnels en Prusse* (p. 751-810)
15. Le chevalier Bertram (p. 811)
16. Annexes (p. 825)
 - **D'un ancien écrit de Madame de Staël*, intitulé : *Réflexions sur la paix intérieure* (p. 835-844)
 - *Article sur Sir Samuel Romilly (8 nov. 1818) (p. 845)
 - *Notice biographique sur B.C. parue dans la *Biographie pittoresque des députés...* (1820) (p. 861-865)
17. Instruments bibliographiques (p. 870)

À vrai dire, toutefois, le titre de « brochures politiques » choisi pour ce volume n'est peut-être pas très heureux, car à côté de textes pouvant être effectivement qualifiés de tels, on trouve divers documents, en particulier des lettres, des cours et des écrits substantiels, que le terme un peu terne de « brochure » restitue mal. En outre, leur portée est bien souvent celui d'une véritable réflexion constitutionnelle, et pas seulement « politique ». Juristes, philosophes politiques et historiens des idées gagneraient donc à ne pas se laisser abuser par le titre : l'ouvrage contient bien des éléments très intéressants pour enrichir la connaissance de (et la réflexion sur) la pensée constitutionnelle libérale.

Pour autant, il est frappant de voir combien la vie intellectuelle et la vie politique s'entremêlent chez B.C. On peut le qualifier de penseur et d'acteur, les deux dimensions se nourrissant l'une l'autre, ce qui particulièrement manifeste dans la période couverte par le présent volume⁵.

En 1819, Constant, âgé de 52 ans, a déjà vécu beaucoup de choses. Si sa rupture avec Bonaparte, en 1802, a brutalement interrompu sa carrière politique et l'a contraint à une triste douzaine d'années d'errance (dans laquelle, tout en mûrissant nombre d'écrits considérables, il traînera son mal-être, tourmenté notamment par la dégradation de sa liaison avec Germaine de Staël), la première abdication de Napoléon lui permet de revenir progressivement dans le jeu politique français, non sans mal d'ailleurs (ainsi durant les Cent-Jours). B.C. déploie une activité considérable au cours de cette période qui s'ouvre pendant la phase la plus libérale de la Restauration, suite à la dissolution de la « Chambre introuvable » en septembre 1816. Après deux échecs électoraux en septembre 1817 et octobre 1818 (à Paris), il est élu le 25 mars 1819 député de la Sarthe (il s'agit de son retour au Parlement après 17 ans d'absence – il avait été chassé du Tribunat en 1802). Bien qu'appartenant à la minorité de la Chambre, il s'y montre extrêmement actif, intervient très

⁵ On voit ainsi, à travers ses trois *Lettres à MM. les habitants de la Sarthe* (avril 1819, octobre 1819 et mars 1820) (p. 459-485 du présent volume), que le nouveau député expose sa ligne de conduite à venir ou réalisée. Il s'agit d'un témoignage rare sur la façon d'envisager le lien entre l'élu et ses électeurs dans le système censitaire du début du XIX^e siècle.

fréquemment à la tribune. Mais B.C. doit également vivre le tournant du régime de la Restauration après l'assassinat du Duc de Berry le 13 février 1820 et l'adoption de plusieurs lois répressives ou antilibérales⁶. Devenu enfin relativement apaisé dans sa vie privée, jouant à nouveau un rôle politique d'importance, il semble bien que l'on puisse dire, avec Paul Bastid, que s'ouvrent en 1816 les années d'« épanouissement » de B.C.⁷.

Il ne saurait évidemment être question ici de commenter en détail chacun des textes publiés dans ce volume XV, mais simplement de mettre l'accent sur certains d'entre eux (ou sur certaines idées) qui nous ont paru devoir plus particulièrement retenir l'attention.

L'essai d'une quarantaine de pages intitulé *Des Réactions politiques* (p. 39-78) est la version légèrement modifiée du texte originel de 1797, lequel a déjà été (re)publié dans le tome I des *OCBC* (p. 455-506). Il est un témoignage de la phase républicaine de B.C. La note de présentation indique (p. 37) que les divergences entre les deux versions « ne sont pas réellement essentielles ». Il semble toutefois avoir échappé à l'auteur de la notice que, parmi les passages retirés par B.C. lui-même, figuraient quelques paragraphes contenant des idées et des formules particulièrement remarquables, qui méritent encore l'attention des constitutionnalistes d'aujourd'hui. On ne résiste pas au plaisir d'en rappeler certaines : « Étendre une constitution à tout, c'est faire de tout des dangers pour elle, c'est créer des écueils pour l'en entourer ». La leçon devrait être méditée encore en 2018... Et surtout celle-ci :

Quand on dit : la constitution ! l'on a raison. Toute la constitution ! l'on a raison encore ; mais lorsque l'on ajoute : rien que la constitution ! l'on ajoute une ineptie. La constitution, toute la constitution, et tout ce qui nécessaire pour faire marcher la constitution. Cela seul est sensé⁸.

Ces passages ont-ils parus trop triviaux à B.C. en 1819 ? Cela est bien regrettable, tant ces phrases, en particulier la seconde, qui était une réponse à un discours de Daunou à la Convention en 1795, et qui trouva, de façon plaisante, entrée dans deux constitutions impériales⁹, nous paraissent, aujourd'hui encore, essentielles à la compréhension de la problématique profonde de la notion de constitution¹⁰.

⁶ B.C. est battu aux élections de novembre 1822. Cependant, il retrouvera un siège de député, à Paris cette fois, en février 1824 et le restera jusqu'à sa mort le 8 décembre 1830.

⁷ P. BASTID, *Benjamin Constant et sa doctrine*, t. 1, Livre VI, Paris, A. Colin, 1966, p. 305 sqq.

⁸ Ces passages, en revanche, se trouvent bien dans la réédition du *Cours de politique constitutionnelle* réalisée par de Laboulaye en 1861 (B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle, ou collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif, par Benjamin Constant*, éd. E. de Laboulaye, t. II, Paris, Guillaumin, 1861, p. 123-124), ainsi que dans l'édition de poche de trois textes de B.C. pendant le Directoire (B. CONSTANT, *De la force du gouvernement actuel et de la nécessité de s'y rallier. Des réactions politiques. Des effets de la Terreur*, préf. Ph. Raynaud, Paris, Flammarion, 1988, p. 149-150).

⁹ Sénatus-consulte organique de la Constitution du 16 Thermidor an X (4 août 1802), art. 54 : « Le Sénat règle par un sénatus-consulte organique : [...] 2° Tout ce qui n'a pas été prévu par la Constitution, et qui est nécessaire à sa marche [...] ». Formule reprise mot à mot à l'article 27 de la Constitution du 14 janvier 1852.

¹⁰ Aussi bien a-t-elle été exhumée pour de bonnes raisons par Pierre Avril dans son essai *Les conventions de la constitution* (p. AVRIL, *Les conventions de la constitution*, Paris, PUF, 1997, p. 1), qui l'avait trouvée chez Paul Bastid (p. BASTID, *Benjamin Constant et sa doctrine, op. cit.*, t. II, p. 721), mais ce dernier ne donnait pas la référence.

Les lectures à l'Athénée royal de 1818-1819 sur la Constitution anglaise constituent sans doute le joyau de ce volume XV des *OCBC*. De celles-ci, on connaissait surtout la deuxième, justement célèbre, consacrée à la *liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, que B.C. avait d'ailleurs publiée séparément des autres et qui fut plusieurs fois rééditée¹¹, ainsi que l'éloge de Sir Samuel Romilly, homme politique *whig*¹². Mais les autres lectures, quoique certaines ne soient pas entièrement achevées (toutes n'ont d'ailleurs pas été prononcées), sont inédites¹³.

Ces Lectures ne traitent, en réalité, pas exclusivement de la Constitution anglaise mais bien plutôt du gouvernement représentatif en général¹⁴, dont l'Angleterre a fourni l'essentiel des principes, des aménagements constitutionnels fondamentaux et des techniques. B.C., on le sait, est anglophile, mais de façon raisonnée. Son appréciation du modèle anglais est nuancée. Sa dilection pour le système constitutionnel d'Albion ne l'empêche pas d'en voir certaines limites et il met à plusieurs reprises en garde contre la tentation d'une « imitation servile et mal entendue » (p. 323).

De manière générale, l'approche de B.C. s'efforce ici (plus qu'il ne l'avait fait dans ses *Principes de politique* parus en 1815) de mêler la dimension historique à ses réflexions conceptuelles. De même l'actualité politique française (notamment le projet, inspirés par les Ultras, de modifier la loi électorale) l'a visiblement incité à mettre davantage l'accent sur la liberté des élections – ce souci traverse la plupart des écrits constitutionnels de ce tome XV – que sur le thème de la balance des pouvoirs. Mais la cohérence est profonde. Comme l'a noté G. Paoletti dans sa notice de présentation, B.C. ne conçoit pas la liberté des Modernes comme un problème exclusivement privé : la liberté politique – et donc les garanties institutionnelles qui la permettent et la renforcent – est tout aussi essentielle.

On ne peut manquer d'être frappé par la profondeur des vues et l'art pédagogique par lesquels B.C. expose ces principes du constitutionnalisme. Informé par les observations directes qu'il a pu faire outre-Manche, appuyé par des lectures savantes (De Lolme, Blackstone notamment, ce qui témoigne du sérieux de B.C. dans son travail), il est très certainement le premier Français à exposer ainsi les traits généraux de la Constitution anglaise. Dès lors, on pourrait très bien, au fond, le considérer comme le premier véritable professeur de droit constitutionnel de langue française !

Dans son éloge de Sir Samuel Romilly, B.C. glorifie l'homme public *whig*, grand défenseur des libertés, en particulier de la liberté de la presse, tant comme *Sollicitor general* (c'est-à-dire Procureur) – B.C. relève qu'il n'y eu aucun procès pour libelles dans l'année durant laquelle Romilly exerça ces fonctions – que comme député aux Communes. B.C. montre également, dans ces pages, sa très bonne connaissance de

¹¹ Notamment dans la version de Laboulaye de 1861 ainsi que, plus récemment, dans les *Écrits politiques* (B. CONSTANT, *Écrits politiques*, éd. par M. Gauchet, Paris, Gallimard, 1997).

¹² Que B.C. fit paraître dans son *Cours de politique constitutionnelle* de 1818. Elle ne figure toutefois pas dans l'édition de Laboulaye de 1861.

¹³ On pouvait néanmoins en avoir une idée précise grâce à l'article d'A. LAQUIÈZE, « Benjamin Constant et les lectures à l'Athénée royal consacrées à la Constitution anglaise », *Annales Benjamin Constant*, n^{os} 23-24, *Benjamin Constant en l'an 2000 : nouveaux regards*, 2000, p. 155-171.

¹⁴ B.C. l'annonce lui-même dans sa première Lecture (p. 289).

la vie politique britannique. Parmi bien d'autres perles, il faut relever sa façon de caractériser le fait de donner sa démission : il s'agit, selon B.C., d'un

moyen constitutionnel, honorable, légitime, d'exprimer une désapprobation respectueuse ; avertissement qui s'adresse, sans tumulte et sans désordre, à un gouvernement qui se trompe [...]. [C]e n'est point en s'associant à un mauvais système que les hommes honnêtes servent leur pays. [...] [En restant,] lors même que ces hommes honnêtes adouciraient quelques détails, comme ils auraient sanctionné un ensemble vicieux, leur faiblesse première causerait plus de mal que leurs intentions pures ne sauraient faire de bien¹⁵.

B.C. loue ensuite l'engagement de Romilly en faveur de la réforme parlementaire (ajournée par Pitt le jeune) (p. 244 *sqq.*), ainsi que ses combats contre l'esclavage ou en faveur de la liberté religieuse.

Il rappelle également (p. 258) que Romilly rédigea en 1789 pour Mirabeau une notice sur les règles gouvernant la Chambre des Communes et que celui-ci fit imprimer. On sait que l'Assemblée constituante répugna dans une large mesure à suivre les règles d'organisation des débats de la *Mater Parliamentorum*¹⁶.

Même lorsqu'il fait le portrait de Romilly, B.C. prend des chemins de traverse et s'étend pédagogiquement sur le fonctionnement du système anglais (ainsi, p. 244-247, où il discute de la représentation à la Chambre des Communes, de ses défauts mais aussi de ses mérites pratiques, ou encore sur la liberté de la presse qui donne tout son sens à la liberté de la tribune, c'est-à-dire des discussions parlementaires).

On sent que toute l'affinité qui lie B.C. à Romilly ; on en retire l'impression que B.C. brosse, en creux, comme un autoportrait, celui de l'honnête homme qui allie « deux choses trop rarement combinées, la science pratique et la philosophie spéculative » (p. 259). Et de terminer en énonçant que « la carrière des défenseurs de la liberté est rude et laborieuse. Ils rencontrent sans cesse la destinée qui trompe leur espérance, et des calamités imprévues qui dévastent le champ qu'ils cultivent » (p. 260). Mais il termine sur une note d'espoir, qui paraît elle aussi devoir s'appliquer à Constant lui-même :

Qu'ils ne se découragent donc pas : [...] L'avenir ne trahira point l'espèce humaine. Il restera toujours de ces hommes pour qui la justice est une passion, la défense du faible un besoin. [...] Beaucoup d'autres viendront après eux qui recueilleront leur mandat et qui poursuivront leur ouvrage¹⁷.

La Troisième lecture est centrée sur le problème de la représentation. B.C. soutient de manière intéressante que le Roi de Grande-Bretagne n'est pas représentant du peuple (sous réserve de la politique extérieure) – alors même qu'il dispose d'un droit de veto en principe absolu ; seule l'Assemblée électorale l'est (p. 313-314). Toujours au centre de son regard, « la liberté de la presse est au parlement, ce que l'opposition est au ministère. Elle n'a pas d'action légale sur lui, mais elle le contient dans de certaines bornes, elle lui impose une certaine réserve » (p. 318-319). Il note (la question pourrait faire écho aux débats français actuels) : « La Chambre des communes est très nombreuse et dans une assemblée nombreuse, [...] les

¹⁵ B. CONSTANT, *Œuvres complètes*, t. XV : *Brochures politiques (1819-1821)*, Berlin, De Gruyter, 2017, p. 241.

¹⁶ Sur ce thème, voir E. DUMONT, *Souvenirs sur Mirabeau et sur les deux premières assemblées législatives*, Paris, PUF, 1951 [1832], ainsi que les précisions d'A. CASTALDO, *Les méthodes de travail de la Constituante*, Paris, PUF, 1989, p. 88-99.

¹⁷ B. CONSTANT, *Œuvres complètes*, t. XV, *op. cit.*, p. 260-261.

moyens de corruption sont moins puissants » (p. 319). Un autre avantage du nombre élevé de députés est qu'« il y a toujours dans le parlement une opposition respectable [...]. Cent hommes, ligués pour la liberté, parlent mieux sa langue, se font mieux écouter de l'autorité [...] que ne le feraient [à proportions égales] quarante hommes... » (p. 319). Il s'étend longuement sur l'aristocratie anglaise, qui forme un troisième contrepois au caractère partiellement vicié des élections : « mais il n'y a aucun rapport entre l'aristocratie de France & l'aristocratie d'Angleterre ». Cette dernière « n'a jamais été l'ennemie du peuple » (p. 320). Il recommande enfin d'imiter le système électoral anglais sur un seul point : l'élection directe (p. 323-325).

Dans sa Cinquième lecture (non prononcée), il entend montrer que « sous une monarchie constitutionnelle bien entendue, il est possible d'arriver à autant de liberté que sous un gouvernement républicain » (p. 333). En effet, « rien n'est moins stable que les monarchies qui ne s'appuient pas sur une Constitution » (p. 335). On notera également cette phrase, subtile : « Les institutions qui servent de barrière au pouvoir, lui servent en même temps d'appui, elles le guident dans sa route, elles le soutiennent dans ses efforts... » (p. 336). Elle fait en quelque sorte contraste avec une autre formule de B.C. qui voyait dans les constitutions (formelles) un acte de défiance envers l'autorité.

La Sixième lecture (non prononcée) n'existe malheureusement qu'à l'état de fragments. B.C. devait y développer le problème des *Garanties qui existent dans la Constitution anglaise contre les abus des pouvoirs législatif et exécutif*. Les notes brèves révèlent toutefois combien B.C., tout en sachant poser les principes, maîtrise le sens pratique des instruments constitutionnels. Contre les excès du parlement, la division en deux chambres est utile, mais elle ne donne pas nécessairement tous les résultats de modération escomptés ; le veto confié au pouvoir exécutif, souhaitable en principe, est un « moyen tellement extrême », que cela explique qu'il y eut « très peu d'exemples en Angleterre ». Ainsi, par exemple, « le Roi préféra le moyen ... de son crédit personnel sur les membres de la Chambre haute à l'emploi légal de sa prérogative constitutionnelle pour faire rejeter le Bill sur l'Inde », en 1783. Il ajoute encore que le droit de dissolution n'est efficace que lorsque l'esprit public est décidément du côté du pouvoir exécutif. Contre les excès possibles de l'Exécutif, il met en avant l'indépendance du pouvoir judiciaire et la responsabilité des agents d'exécution.

La Septième lecture (prononcée le 19 juin 1819) s'attache moins à la comparaison, annoncée par B.C., de la Charte française de 1814 et de la Constitution anglaise, qu'à la discussion de la question de l'indemnité parlementaire, de la possibilité de réélection indéfinie des députés, de leur exclusion par la Chambre dont ils font partie, et du mode de renouvellement des assemblées. Pragmatique, il recommande souvent, pour la France de 1819, une solution différente de celle qu'il soutiendrait dans l'absolu (par exemple, l'utilité d'une indemnité parlementaire, le renouvellement partiel de l'assemblée).

Par quoi l'on voit combien la science constitutionnelle de B.C. n'est pas purement livresque : il sait apprécier les limites pratiques des techniques et mécanismes constitutionnels.

Dans l'ensemble, B.C. ne cache pas son sentiment favorable à la Charte octroyée par Louis XVIII : « Je rends donc volontiers sur ce point un juste hommage à la Charte. Il m'est toujours doux de lui rendre hommage, parce que je la considère comme renfermant, à peu d'exceptions près tout ce qui est nécessaire à la liberté » (p. 353).

Le texte intitulé *De la Charte constitutionnelle telle que le ministère de 1820 l'a faite* (février-mai 1820) (p. 515-566) est en réalité composé de fragments jamais achevés par B.C., et dont l'existence n'était connue que depuis peu grâce à un article d'Anne Hofmann¹⁸. Une partie du texte, dont l'intérêt théorique est moindre que d'autres, a servi pour des articles ultérieurs. Ainsi du texte intitulé *Des motifs qui ont dicté le nouveau projet de loi sur les élections* (mai 1820) (p. 587-632), qui critique le projet qui deviendra la loi du double vote du 29 juin 1820.

La brochure *De la dissolution de la Chambre des députés, et des résultats que cette dissolution peut avoir pour la nation, le gouvernement et le ministère* (composée en septembre 1820) (p. 659-708) est, elle aussi, une œuvre de circonstance : la perspective d'élections – tenues selon la loi dite du double vote adoptée le 29 juin précédent – pour la Chambre, dont le nouveau gouvernement Richelieu espérait tirer politiquement profit à la suite de l'assassinat du Duc de Berry (ce qui se vérifiera d'ailleurs en novembre), avait alarmé B.C. Ce texte est révélateur de la façon dont le publiciste libéral sait marier ses positions politiques du moment à ses convictions constitutionnelles inchangées. Cette insistance sur la question électorale procédait de l'idée, fort juste, selon laquelle le système de gouvernement limité et délibératif (on pourrait même dire : pré-parlementaire) fondé par la Charte aurait risqué de tourner à vide si les élections avaient été viciées par diverses manipulations. On put croire que ces sombres pressentiments se réaliseraient sous le gouvernement de Villèle, mais la suite démontra que non ; la percée libérale lors des élections de 1827 et 1830 se réalisa tout de même, attestant que le système était resté suffisamment ouvert, l'intransigeance de Charles X expliquant qu'aucun accommodement durable ne soit trouvé entre la Couronne et la Chambre élective.

Quoique se disant « quelquefois horriblement fatigué de mon métier de maître d'école » (Lettre à Rosalie, citée p. 661), B.C. rappelle avec obstination son rejet de l'arbitraire, c'est-à-dire de l'inobservation des formes du droit politique. Il y ajoute l'argument de la légitimité : « Toute autorité qui excède sa mission cesse d'être légitime, et ce principe fondamental du droit naturel, politique et civil, est corroboré par la Charte » (p. 686). Et de redire, sans se lasser : « Je sais quel est mon but, c'est la liberté ; mes moyens, les formes constitutionnelles » (p. 708).

La brochure *Du triomphe inévitable et prochain des principes constitutionnels en Prusse* (p. 751-810) est un texte rare. Il s'agit, en réalité, d'une traduction, attribuée à B.C., du livre de l'Allemand Johann Friedrich Benzenberg, *Die Verwaltung des Staatskanzlers Fürsten von Hardenberg* (Leipzig, 1820), qui présente le sens général des projets de réforme du grand ministre prussien¹⁹. B.C., outre un titre « un peu criant » (comme le relève joliment Lucien Jaume dans sa présentation du texte, p. 765) agrmente son élégante traduction de notes qui révèlent (une nouvelle fois) « une véritable profession de foi d'un libéralisme tranquille » (Ephraïm Harpaz). Le lecteur juriste relèvera particulièrement la note relative à la justice administrative (p. 785) – contestée dans son principe même par B.C., qui qualifie le Conseil d'État statuant en tant que juridiction d'« hérésie constitutionnelle » et déplore son maintien par la Restauration – et celle relative au pouvoir neutre et à la responsabilité ministérielle (p. 789-792), thèmes moins mal connus des lecteurs de B.C. Dans

¹⁸ A. HOFMANN, « Un inédit politique de Benjamin Constant : *De la Charte constitutionnelle, telle que le ministère de 1820 l'a faite* », *Annales Benjamin Constant*, n° 17, 1995, p. 97-138.

¹⁹ Hasard ou non, B.C. s'était marié en 1808 avec Charlotte de Hardenberg, nièce du Chancelier.

cette seconde note, il relève avec satisfaction (« ce n'est pas sans quelque joie, je l'avoue, que je trouve ici la véritable doctrine constitutionnelle ») que l'auteur s'est référé à la distinction entre pouvoir royal et pouvoir ministériel qu'il (B.C.) avait, le premier, posé dans ses *Réflexions sur les constitutions* de 1814²⁰. Benzenberg écrit en effet (p. 789) : « Si l'on conçoit la monarchie héréditaire avec un ministère, [...] ce n'est pas alors le roi qui agit, il choisit seulement ceux qui doivent agir : et s'il voit qu'ils n'y entendent rien, il en choisit d'autres ». Pour autant, B.C. allait un peu vite en besogne et Benzenberg lui-même dût peu après démentir en quelque sorte le propos constantien, précisant que la conception de Hardenberg restait essentiellement fondée sur ce que l'on appellera plus tard le principe monarchique. Il y a là un peu plus qu'une nuance : le nœud d'un problème subtil qui occupera longtemps les différents courants du libéralisme européen, en particulier la spécificité de sa version allemande²¹. De fait, les principes constitutionnels chers à B.C. ne triompheront, en Prusse, que bien plus tard que ce qu'il annonçait.

B.C. termine son texte (p. 820) en soulignant l'opinion irrésistible qui pousse à la création d'un système représentatif libéral. Il montrait par là qu'il était l'un des rares publicistes de son temps à juger le mouvement constitutionnel dans une perspective européenne, ce qui n'est pas le moindre de ses mérites. L'histoire devait lui donner – tardivement, mais incontestablement – raison.

Armel Le Divellec

Professeur de droit public à l'Université Paris II Panthéon-Assas

²⁰ Mais l'idée était chez lui déjà esquissée dans ses *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays* (publié pour la première fois par Henry Grange : B. CONSTANT, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, éd. par H. Grange, Paris, Aubier, 1991. Voir en part. Livre VIII, chap. 8, p. 391).

²¹ Voir à ce propos les travaux de Jacky Hummel (J. HUMMEL, *Le constitutionnalisme allemand*, Paris, PUF, 2001 ; et J. HUMMEL et L. HEUSCHLING, « Le libéralisme du Vormärz : la figure du "professeur politique" », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 24, 2006, p. 227-231).

**Philippe Raynaud, *L'esprit de la V^e République.*
*L'histoire, le régime, le système, Paris, Perrin, 2017***

En dehors de la France, il ne semble pas qu'il existe un autre pays où l'on discute avec autant d'application et autant de persévérance de la question de la Constitution, ni d'ailleurs de la question un peu plus globale du régime politique ou du rôle de la politique dans la destinée du pays (sauf peut-être en Italie).

Cette année (2018), la V^e République fête ses 60 ans. Par certains aspects, elle semble solide. Elle est populaire, du moins si on regarde le succès qui ne se dément pas des campagnes et des élections pour la présidence de la République (notamment la dernière en date). On peut donc estimer qu'elle a de bonnes chances de dépasser le « record » de longévité encore détenu par la III^e République avec ses 65 ans (si on commence le décompte à partir des lois constitutionnelles de 1875¹). Toutefois, la République fondée par le général de Gaulle est loin de voguer sur un fleuve tranquille. Ce n'était pas le cas dans les premières années, ni il y a 20 ou 30 ans à l'époque de Mitterrand et ce n'est toujours pas le cas aujourd'hui. Pas plus que les régimes précédents, elle n'a réussi à fonder quelque chose que l'on pourrait considérer comme un culte constitutionnel². Il n'y a pas de *statu quo* en sa faveur : il n'y en avait pas dans les années 1960, il n'y en a pas dans les années 2000 ou 2010. De plus en plus, la V^e République se fait « bouger » de différentes manières. De l'intérieur avec l'entrée dans ce qu'il faut bien appeler un cycle de révisions constitutionnelles commencé en 2000. De l'extérieur avec la dénonciation de la « monarchie républicaine » qui, à l'évidence, continue de faire recette auprès d'une partie de l'opinion publique. Le passage au quinquennat puis la révision de juillet 2008 peuvent bien sûr être interprétés comme une salutaire capacité d'adaptation aux temps nouveaux, mais ils trahissent aussi une perte de confiance dans la solidité intrinsèque de la Constitution : c'est un peu l'histoire du verre à moitié vide et à moitié plein. De son côté, le thème de la « Sixième République » est peut-être confiné à la gauche de la gauche et à une partie de la gauche, mais cela signifie pourtant bien qu'il conserve une assez forte rentabilité politique. Il n'est pas difficile de constater que les critiques visant les aspects autoritaires du régime correspondent à un trait encore fortement ancré dans la culture politique nationale. Et ces critiques peuvent aussi entrer en consonance avec des inquiétudes légitimes qui touchent au fonctionnement des démocraties modernes en général, que cela soit en France ou

¹ Pour l'année où le « record » sera battu, cela nous amène à 2023...

² S'il existe une religion civile en France, elle se définit autour de quelques éléments disparates qui viennent beaucoup plus des républiques précédentes (du Panthéon à la laïcité de 1905) que de la V^e République.

ailleurs : parce que ces démocraties sont caractérisées par le poids de plus en plus marquant des technstructures au sein de la sphère des Exécutifs. On remarquera d'ailleurs que c'est sous cet angle et presque seulement sous cet angle que la nouvelle présidence Macron se retrouve sous le feu des critiques depuis un an³.

C'est dire que le livre de Philippe Raynaud tombe à pic et qu'il choisit avec raison d'emprunter une méthode « plurielle » pour tenter d'approcher « l'esprit » de la Cinquième République. Il l'étudie en effet à la fois comme un « régime » (associé à des logiques constitutionnelles) et comme un « système » (caractérisé par le jeu des partis et l'évolution des stratégies⁴). Saisir « l'esprit du régime » à travers plus d'un demi-siècle d'histoire supposait une tel décloisonnement des disciplines. Philippe Raynaud fait appel aussi bien au droit, à l'histoire et à la science politique (ou, pour mieux dire, aux « sciences politiques » dans l'acception ancienne qui intègre la philosophie et l'analyse des idées). Ce pari était osé mais nécessaire. Et il est, à mon sens, réussi. Il offre un ouvrage très accessible à différents publics (étudiants, enseignants, acteurs publics et politiques) et qui va droit aux données essentielles (en 250 pages de texte complétées par une chronologie). Il fera très certainement figure de classique. Ce n'est pas un essai de réflexion constitutionnelle et juridique comme il en existe déjà beaucoup, pas non plus un essai limité à une approche de « science politique », pas une chronique des élections et des gouvernements successifs : c'est une analyse qui relie tout cela ensemble, en évitant les lourdeurs propres à chacune des démarches disciplinaires.

L'aspect le plus original de l'approche défendue par Philippe Raynaud est de placer pratiquement sur un même degré d'importance le rôle des institutions et le rôle du système partisan (notamment parce que celui-ci est fortement associé au mode de scrutin majoritaire à deux tours⁵). Pour lui, « l'esprit de la V^e République » repose sur des fondamentaux qui ont été introduits par la nouvelle Constitution puis confirmés tout au long de la période de la République « consulaire » et référendaire entre 1958 et 1965. Ces fondamentaux sont au nombre de trois : l'hégémonie du Président, le parlementarisme rationalisé et l'élection du Président au suffrage universel direct. Mais, pour Philippe Raynaud, l'esprit de la République c'est aussi la formation d'un solide système partisan : un système composé d'une division claire entre la droite et la gauche et d'une capacité à désigner un parti hégémonique dans chacun des deux camps. C'est le parti gaulliste ou néo-gaulliste pour la droite ; le parti socialiste pour la gauche. Les succès de la V^e République se déclinent donc en termes de « régime » politique avec la solidité gouvernementale, la continuité des « politiques publiques » de modernisation économique et sociale, la longévité des mandats des Premiers ministres, l'élimination (ou la quasi élimination...) du spectre des crises ministérielles, l'association de la force du Président dans les processus de décision avec sa légitimité démocratique issue de son élection

³ Écrit six mois avant l'élection présidentielle de mai 2017, le livre de Philippe Raynaud ne pronostique pas le succès d'Emmanuel Macron. Il pointe déjà cependant la faiblesse du Parti socialiste. Il voit aussi que les fondamentaux du régime (la force du Président) ne sont pas réellement en cause en dépit de toutes les nouveautés « disruptives » et de toutes les surprises d'une campagne électorale à nulle autre pareille.

⁴ De mon point de vue (mais c'est presque une question de goût), c'est dans le décorticage des stratégies politiques que Philippe Raynaud excelle : notamment toute sa lecture des années 1970 avec l'Union de la gauche...

⁵ Que l'auteur propose d'ailleurs de modifier pour l'élection des députés : en introduisant une dose importante de représentation proportionnelle.

par le peuple. Mais ils se déclinent aussi en termes de solidité des partis politiques : ceux-ci peuvent capter la plus grande partie de l'électorat et développer des stratégies efficaces de moyenne voire de longue durée. La stratégie la plus remarquable et que Philippe Raynaud étudie le plus à fond est celle de François Mitterrand entre les années 1970 et la fin de son double septennat : la manière dont la gauche a pu « conquérir la V^e République avant de se laisser conquérir par elle » (p. 110).

La V^e République a donc pu marcher sur ses deux jambes : le régime et le système. Elle a démontré une remarquable capacité à surmonter les crises (l'Algérie au tout début, Mai 68, les crises économiques ou financières par la suite) et les différents tournants de son histoire (l'alternance de 1981, les cohabitations de la période 1986-2002, le référendum de 2005). Le « présidentielisme majoritaire » tel que Philippe Raynaud le définit constitue le point de rencontre entre d'un côté la force du régime et de l'autre la réussite du système partisan. C'est la vraie clef de voûte de la République. Mais c'est aussi une sorte de cerise sur le gâteau que les pères fondateurs – notamment Michel Debré – n'avaient pas osé pronostiquer : que non seulement la sphère de l'Exécutif deviendrait solide en étant rassemblée autour de l'hégémonie du Président, mais que, dans les assemblées (du moins au sein de l'Assemblée nationale...), le même Président pourrait compter sur une majorité à la fois comptable par avance (*via* un parti hégémonique) et de nature politique (comportement homogène et stratégie d'alliance avec des petits partis quand c'est nécessaire). Le « présidentielisme majoritaire » se caractérise donc par une majorité durable et disciplinée, ce qui représente une rupture majeure par rapport à toute l'histoire parlementaire française, c'est-à-dire par rapport aux innombrables fluctuations majoritaires du temps de la Restauration, de la Monarchie de Juillet et surtout de la Seconde, Troisième et Quatrième Républiques !

La thèse centrale défendue par Philippe Raynaud est que le *régime* de la V^e République a continué jusqu'à aujourd'hui d'être solide et efficace puisqu'il rallie à lui (à défaut de consensus) une large majorité de l'opinion ; mais que le *système* n'a pas survécu aux épreuves de l'alternance des années 1980 et des cohabitations à répétition des années 1990. Pour sauver ce système, il y a bien eu un processus de réalignement électoral au milieu de l'ère Mitterrand, mais celui-ci n'a abouti que de manière partielle à la redistribution des positions. La « République du centre » des années 1980 – dont l'auteur parle avec une pointe de nostalgie – a finalement fait long feu⁶ : la montée du Front national, la victoire du « Non » au référendum de 2005, le succès d'une nouvelle « gauche de gauche » fait éclater à nouveau les repères. Depuis les années 2000, il n'y a plus de parti hégémonique ni dans le camp de la droite ni dans le camp de la gauche. La « gauche plurielle », d'abord été conçue comme une méthode de gouvernement sous Lionel Jospin, a fini par se retourner comme un boomerang contre le Parti socialiste. C'est ce dont témoignent le choc du 21 avril 2002, mais aussi les succès électoraux de Jean-Luc Mélenchon, l'état de « fronde » politique et parlementaire qui a caractérisé le quinquennat de François Hollande, puis finalement le double écroulement électoral de mai et de juin 2017. Malgré les efforts de réunification ou d'absorption de courants anciennement concurrents (anciens giscardiens et chiraquiens, gaullistes et libéraux, droitiers et centristes), le parti de la droite gouvernementale se retrouve structurellement affaibli par la concurrence du Front national : si elle est encore capable de sélectionner un candidat « présidentiable », celui-ci se retrouve potentiellement

⁶ Selon l'ouvrage à trois voix de 1988 : F. FURET, J. JULLIARD, P. ROSANVALLON, *La République du centre. La fin de l'exception française*, Paris, Calmann-Lévy, 1988.

« éliminable » dès le premier tour de l'élection présidentielle. Le « système partisan » ne fait donc plus système. Et l'étape suivante (que Philippe Raynaud aperçoit mais qu'il ne fait qu'esquisser) est peut-être plus disruptive encore : c'est l'implosion de la structure même des *partis* politiques, notamment dans leur rapport à la société, et leur remplacement par des « mouvements ». Ni système ni partis : tel sera peut-être l'avenir d'une nouvelle V^e République !

Mais, au-delà du « régime » et du « système », il semble qu'aujourd'hui un troisième facteur intervienne pour comprendre ce que devient « l'esprit de la V^e République » et ce qui, peut-être, le menace. C'est un facteur plus « basique » que l'on voit être constaté et décliné à longueur d'enquêtes et de sondages d'opinion depuis une bonne dizaine d'années maintenant. Il s'agit du rejet ou, au minimum, de la défiance exprimée par les citoyens à l'encontre des institutions politiques. Pour comprendre un tel phénomène, et même s'ils ne sont pas devenus obsolètes, les outils conceptuels du « régime constitutionnel » et du « système partisan » s'avèrent insuffisants. Avec son étude des « politiques publiques » faite de manière parcellaire et le plus souvent monographique, avec son analyse de la « gouvernance » qu'on utilise à tout bout de champ mais sans savoir lui trouver une définition stable, la science politique d'aujourd'hui peine à saisir ce que devient la nature réelle des États modernes et le rôle que peuvent encore jouer concrètement les gouvernements nationaux. Car une rupture fondamentale est intervenue non pas dans « l'esprit de la V^e République », mais dans le rapport que le régime politique entretient avec son environnement économique et social. Il est clair que l'état de croyance et de confiance politique ne peut pas être le même aujourd'hui (la France des années 2000 et 2010) que ce qu'il était dans la V^e République d'hier (de 1958-1962 à 1986-1988). Dans la première phase de « l'esprit de la V^e République », le régime pouvait encore pleinement s'identifier à un État de « souveraineté » ainsi qu'à la forme classique de gouvernement (qu'il soit parlementaire, présidentiel ou une hybridation des deux, peu importe ici). Dans la nouvelle période commencée sous Mitterrand et sous Chirac, le régime politique national ne recouvre plus qu'une partie des processus de décision en raison des avancées successives de l'Union européenne et des effets de la globalisation. « L'esprit de la V^e » se décale donc par rapport à son concept historique de base qu'était la souveraineté. Tandis que le « système partisan » avec ses différentes « offres » politiques se rattache de moins en moins aux anciennes « cultures » politiques (communiste, socialiste, gaulliste, etc.) et de plus en plus à des propositions *ad hoc* et indexées sur le succès d'une personnalité (comme dans le macronisme). Il y a donc une source de désarroi démocratique bien plus profonde que les effets que peuvent avoir sur l'opinion les soubresauts d'un « système » partisan (qui, à mon avis, pour la France, n'a jamais vraiment existé) ou que les tentatives de replâtrage de la Constitution nationale (la prochaine consistera peut-être à réduire le nombre des parlementaires).

Philippe Raynaud a raison de signaler l'existence de cet enjeu dans la dernière partie de son livre même s'il ne développe pas suffisamment cette perspective : c'est probablement le sujet d'un autre livre ou d'un livre qui aurait pris une autre forme et surtout une autre taille. Ma critique n'est donc qu'indirecte. Il n'en reste pas moins que le livre de Philippe Raynaud, sorti quatre mois avant l'élection présidentielle de 2017, appelle au développement de réflexions nouvelles. Avec l'élection d'Emmanuel Macron et avec tous les autres phénomènes électoraux et politiques d'ordre « disruptif », on voit bien que notre approche du politique ne suffit plus et que nous nous retrouvons dans l'obligation de la renouveler en profondeur. Il faut non seulement dépasser les approches disciplinaires (l'histoire politique, le droit et

la science politique), mais probablement en inventer de nouvelles. Sinon les transformations en cours iront plus vite que notre capacité à produire des outils susceptibles de les comprendre...

Nicolas Roussellier

| Maître de conférences à Sciences Po Paris

Aurélien de Travy

**La théorie constitutionnelle américaine
et la difficulté contre-majoritaire
À propos de la thèse d'Idris Fassassi**

La doctrine constitutionnelle américaine nous est moins familière qu'il n'y paraît. En dépit d'un intérêt toujours vérifié pour le système politique américain dans nos facultés, on pouvait jusqu'à il y a peu constater l'ampleur du travail à réaliser. En 2010, nous ne disposions toujours pas en français de travaux documentant dans le détail les préoccupations de la doctrine constitutionnelle américaine depuis la période de l'après-guerre. Plusieurs études se sont assurées que le public français puisse prendre connaissance de travaux de philosophie politique ou de science politique, mais cette réception s'est avérée plus sélective au sujet des œuvres juridiques. La contribution que nous offre aujourd'hui M. Fassassi¹ constitue à cet égard un apport décisif.

Le nom de l'auteur sera familier aux lecteurs de la *Revue française de droit constitutionnel* (RFDC), puisque c'est à lui que l'on doit les chroniques de droit constitutionnel américain de ces dernières années. Son livre est issu d'une thèse de doctorat, dirigée par le Pr Guy Scoffoni et soutenue à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence en octobre 2015, qui fût honorée par de nombreux prix de thèses.

Les raisons de ce regain d'intérêt pour le droit américain sont diverses et, chez notre auteur, il semble qu'il soit le fruit de la perception d'un rapprochement entre deux traditions juridiques divergentes. Une fois le droit constitutionnel français devenu à son tour un « vrai droit » doté d'un « vrai juge² », de nouveaux horizons se sont ouverts à une génération de comparatistes. L'étude des juridictions constitutionnelles étrangères trouva par conséquent une assise d'une ampleur qu'elle n'avait jamais eue en France. Les questions soulevées par l'apparition du contentieux constitutionnel français pourraient alors sans doute recevoir des réponses par l'analyse de la pratique de cours jugées plus « avancées » en la matière. On sait que c'est un travail qui a été mené de longue date aux États-Unis, si bien que, comme

¹ I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis, Etude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 165, 2017, XXIV + 767 p. Les références paginales données entre parenthèses en corps de texte renvoient toutes à cet ouvrage.

² P. BON, R. GHEVONTIAN, D. MAUS, F. MELIN-SOUCRAMANIEN et A. ROUX, « Avant-propos », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. LXXI.

l'écrivait Mark Tushnet, « la théorie constitutionnelle américaine réside principalement dans des théories du contrôle de constitutionnalité³ ».

C'est quelque part dans le sillage de ce double mouvement que l'on doit situer le travail de M. Fassassi. Il est né des préoccupations théoriques posées par le développement du contrôle de constitutionnalité en France et il s'attache au traitement de ce problème aux États-Unis. Notre auteur examine la manière dont la doctrine constitutionnelle américaine traite de « la légitimité du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois aux États-Unis », c'est-à-dire des justifications pouvant être apportées à l'exercice de ce pouvoir. Pour cela, l'auteur a fait le choix de s'intéresser à ce qu'il est convenu d'appeler, depuis le milieu du siècle et Alexander Bickel, la « difficulté contre-majoritaire » : en assumant que le système politique américain est soumis au pouvoir de la majorité, l'exercice par certaines juridictions d'une compétence frustrant les volontés de celle-ci, le *judicial review*⁴, pose un problème de légitimité, auquel les constitutionnalistes américains sont sommés de répondre. Dans toute sa généralité, cette question, qui a toujours suscité l'intérêt des juristes américains, en est venue à concentrer la plupart de leurs efforts à partir des années 1960.

M. Fassassi nous introduit de manière tout à fait remarquable à cette controverse doctrinale. Son ouvrage, toujours renseigné, parfois savant, constitue désormais une référence incontournable pour les américanistes français. Dans les pages qui suivent, nous aurons la modeste ambition d'en présenter et discuter les idées principales.

I

On cherchera en vain le *judicial review* dans le texte de 1787 : l'invention la plus célèbre du constitutionnalisme américain ne se trouve nulle part dans sa Constitution. Ce lieu commun offre le point de départ de l'étude notre auteur. Si l'interrogation menée s'étend au-delà de la seule question de ses fondements normatifs, M. Fassassi consacre un très intéressant chapitre préliminaire (p. 53-130) à la manière dont les juristes américains ont répondu au silence de la Constitution à ce sujet. Ce chapitre traite de la « difficulté originaire » posée par les fondements du contrôle de constitutionnalité, et en particulier par l'arrêt *Marbury v. Madison*. Il s'efforce aussi de retracer l'importation des enjeux politiques de l'exercice du *judicial review* au sein même du débat relatif à ses fondements. Il est alors concédé, pragmatiquement, que la question des fondements est « dépassée » (p. 109 *sqq.*). En

³ « *Constitutional theory consists in the main of theories of judicial review. Almost all recent work in the field takes as its central problem what Alexander Bickel called the "countermajoritarian difficulty" with judicial review. Writers examine the dimensions of judicial review on the premise that there is something normatively troubling about a practice that allows a small group of people, called judges, to displace the otherwise legally authoritative decisions of a somewhat larger group of people, called legislators, who are selected by processes that seem closer to the normatively attractive mechanisms of democracy than those that select judges.* » (M. TUSHNET, « Anti-formalism in recent constitutional theory », *Michigan Law Review*, vol. 83, 1985, p. 1502).

⁴ Au regard de l'objet du livre ici en question, nous pouvons choisir de traduire ce terme par « contrôle de constitutionnalité des lois ». L'auteur ne traite en effet pas principalement du contrôle des actes de l'exécutif ni de l'action de l'administration fédérale ou encore de celle des États.

effet, malgré l'intensité de la discussion doctrinale, plus personne n'avance sérieusement d'arguments historiques pour démontrer que l'exercice juridictionnel d'un contrôle de constitutionnalité des lois réside dans une usurpation de pouvoir. Depuis la Guerre de Sécession au moins, le pouvoir des juridictions d'écarter un acte pour son absence de conformité avec la Constitution forme une sorte de convention de la constitution solidement ancrée dans la culture juridique américaine, dont la contestation appelle le spectre de la division de l'Union⁵. Le P^r Pimentel a ainsi suggéré qu'il s'agisse d'un exemple de ces « moeurs constitutionnelles », ces « situations qui, pour être consensuelles, ne relèvent pas pour autant des conventions, en ce que les acteurs institutionnels n'imagineraient même pas, ou plus, qu'elles puissent donner lieu à la moindre contestation⁶ ». Si la cause est entendue, il restait à présenter l'importante littérature consacrée au sujet, et à préciser les termes du débat sur les origines du *judicial review*. La discussion qu'en livre I. Fassassi est à notre connaissance sans équivalent dans la doctrine francophone, rendant notamment accessibles les plus récentes contributions au débat.

II

Dans une première partie, consacrée à présenter « la difficulté contre-majoritaire en action », l'auteur démontre l'importance prise par les décisions de la Cour depuis la fin du XIX^e siècle. Il en montre les soubassements, tant dans les périodes d'activisme de la Cour, qu'à travers les caractéristiques plus structurelles du régime politique américain. M. Fassassi montre que l'idée d'une difficulté contre-majoritaire n'a pu prendre forme qu'avec la succession de deux périodes d'activisme judiciaire aux caractères opposés, la jurisprudence conservatrice entravant la réforme progressiste de « l'ère Lochner » et son image inversée dans l'activisme en matière de droits civils de la Cour Warren (p. 135-234). On trouvera ainsi de grandes fresques jurisprudentielles dépeignant dans le détail l'action de ces cours, mais aussi l'orientation fédéraliste de la Cour Rehnquist et de l'actuelle Cour suprême, à majorité conservatrice, présidée par le *Justice* John Roberts (p. 241-294). Ce travail est de première main, et tire souvent partie de ses nombreuses chroniques à la *RFDC*. L'auteur nous présente la « résurgence contemporaine » de l'idée de difficulté contre-majoritaire, conséquence de l'accoutumance à l'idée d'une Cour activiste. Il discute les thèses stimulantes du constitutionnalisme populaire (Larry Kramer, Jeremy Waldron, Mark Tushnet) qui cherchent à ce problème récurrent une solution radicale, l'abolition du *judicial review*.

⁵ « Il semblerait donc que, dans le cas du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales, on se trouve en présence d'une forme particulière de convention, quelque chose comme une tentative d'« occultation conventionnelle » : l'oubli, d'un commun accord, de prétentions juridiques qui avaient menacé l'existence même de la fédération. [...] Aussi c'est très probablement après la victoire des États du nord, et lors de la période de reconstruction, que les derniers débats achevèrent de disparaître quant à la compétence des tribunaux fédéraux. Et c'est de cette façon que leur compétence, toute contraire qu'elle soit au texte fondateur, a fini par devenir inséparable des moeurs constitutionnelles américaines » (C. M. PIMENTEL, « Les conventions de la constitution, ou le conflit surmonté », in *Encyclopédie de droit politique*, 2012, p. 36-37 [<http://droitpolitique.com/publications/publication/367/les-conventions-de-la-constitution-ou-le-conflit-surmonte>]).

⁶ *Ibid.*, p. 3.

La discussion de ces éléments permet de présenter la « cristallisation » de la difficulté en doctrine (p. 226). On peut ainsi avancer que si le droit constitutionnel américain consiste principalement en une réflexion sur le contrôle de constitutionnalité, cette réflexion s'est articulée pour l'essentiel dans les termes posés par Bickel durant la « *civil rights revolution* ». Comme ce dernier l'écrivait brillamment, le contrôle de constitutionnalité est une « institution déviante au sein de la démocratie américaine⁷ ». Le brio de la formule tient en grande partie à son ambiguïté. Non seulement le contrôle de constitutionnalité est loin d'être le seul obstacle à la volonté de la majorité dans ce système politique, mais, de plus, le principe majoritaire ne peut pas être aisément présenté comme le principe directeur de la démocratie constitutionnelle américaine : qu'on songe à l'importance de mécanismes comme le collège électoral, au mode de scrutin sénatorial et à l'importance de ses pouvoirs, ou encore au veto présidentiel. Il serait très insatisfaisant de comprendre chacun de ces éléments comme des « institution[s] déviante[s] au sein de la démocratie américaine », puisqu'il s'agit à l'évidence de mécanismes caractéristiques de celle-ci.

M. Fassassi est donc fondé à présenter la conceptualisation de la difficulté contre-majoritaire comme résultant d'un « aveuglement » (p. 231) sur le fonctionnement actuel du régime américain. Ce n'est pas tant que le professeur de Yale aurait cédé à une vision caricaturale du principe de majorité⁸, mais plutôt que d'autres auteurs moins subtils se seraient trouvés victimes de sa facilité de plume. « [L]es termes du débat posé par Bickel ont peut-être contribué à obscurcir la réflexion » (p. 230) et, « malgré l'impressionnante littérature parue sur ce sujet, l'absence de progrès significatif sur la question de la légitimité du *judicial review*, de la Cour Warren à nos jours, est peut-être due, en partie, à la manière dont a été posée la question » (p. 231). L'impasse qu'évoque ici notre auteur sera explorée et éventuellement dépassée dans la seconde partie de la thèse.

Cette analyse historique et théorique est utilement complétée par une étude des raisons, politiques et institutionnelles, de la situation prépondérante de cette juridiction dans le système de gouvernement américain (p. 327-385). L'auteur évoque tant le soutien des branches politiques à l'activité de la Cour Suprême, qui s'est traduit par des réformes renforçant son statut, que la désuétude de plusieurs outils

⁷ A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch, The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1986, p. 18. Lisons aussi à la page 19 : « *nothing can finally depreciate the central function that is assigned in democratic theory and practice to the electoral process; nor can it be denied that the policy-making power of representative institutions, born of the electoral process, is the distinguishing characteristic of the system. Judicial review works counter to this characteristic* ».

⁸ Bien au contraire, Bickel adopte sur ce point une position résolument conservatrice. Critiquant les décisions révolutionnaires de la Cour Warren dans les années 1960, qui après s'être déclarée compétente pour juger d'un recours contre un découpage électoral, posèrent l'axiome libéral selon lequel « une personne vaut une voix », il écrit : « Le majoritarisme est une chose enivrante. C'est, en réalité, une vague se répandant avec la rapidité d'un slogan [...] La vague est à même d'envahir toutes les institutions [...] Maintenant que la Cour Warren l'a de nouveau libérée, il y a des chances, qu'elle engloutisse par exemple le collège électoral [...] La vague pourrait bien engloutir également la Cour elle-même. » (A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, New Haven, Yale University Press, 1970, p. 111-112, cité dans M. LAPORTE, « La pensée constitutionnelle d'Alexander Mordecai Bickel », *Jus Politicum*, n° 14, *Peut-on penser juridiquement l'Empire comme forme politique ?*, 2015, p. 13, voir plus généralement p. 12-18).

partisans visant à orienter l'action de la Cour (ce que l'auteur appelle « l'érosion des moyens de contrainte externes », p. 352).

On peut se faire une idée de l'ampleur de l'évolution en se rappelant l'état des relations entre la Cour et les branches politiques lors de la « seconde révolution américaine », opérée par l'arrivée au pouvoir de Jefferson. Après l'important réalignement des élections de 1800, le Congrès républicain était entré en lutte ouverte avec les derniers vestiges de l'appareil Fédéraliste, ayant trouvé refuge dans les cours fédérales. Le Congrès avait d'abord ajourné la Cour Suprême durant plus d'un an et demi, avant d'abroger purement et simplement la loi portant création des postes de juge de paix dans le district de Columbia, cela ayant pour effet de révoquer les juges ainsi fraîchement nommés. Dans l'affaire *Stuart v. Laird*, une semaine après avoir rendu son jugement dans l'arrêt *Marbury v. Madison*, la Cour se déclara incompétente pour juger de cette initiative, pourtant probablement inconstitutionnelle. Le Congrès mit en accusation deux juges fédéraux, révoquant l'un, alors que l'autre échappait de peu à l'*impeachment*. Le Président Jefferson utilisa massivement son droit de grâce à l'égard des républicains condamnés par l'administration précédente sur le fondement de l'*Alien and Sedition Act* de 1798. Enfin, sommé d'apparaître devant la Cour dans l'affaire l'opposant à William Marbury, James Madison lui refusa cet honneur. L'ampleur de ces moyens d'actions surprend presque le lecteur contemporain, et un tel déploiement d'hostilités à l'égard de la Cour serait assez improbable de nos jours. Il faut reconnaître que plusieurs de ces outils ne sont tout simplement plus disponibles pour les législateurs désireux de peser sur les décisions de la Cour, et c'est ce que M. Fassassi démontre dans cet intéressant chapitre.

Celui-ci s'achève sur la possibilité d'amender la Constitution en réponse à un précédent juridictionnel. Comme nous le rappelle l'auteur, si une telle séquence d'événements a pu en effet avoir lieu dans le passé (ce fut effectivement le cas des XI^e, XIV^e, XVII^e, XIX^e, XXIV^e et XXVI^e amendements), ces précédents ont toutefois peu de chance de se reproduire. C'est une conséquence évidente de la rigidité de la Constitution fédérale : « il s'agit du problème majeur du constitutionnalisme américain » (p. 371). La possibilité de l'amendement constitutionnel reste attachée en France aux théories du « lit de justice » et de « l'aiguilleur », où le juge constitutionnel est réputé intervenir sous le contrôle étroit du pouvoir constituant dérivé. Or sa signification est tout autre aux États-Unis, où, « dans la mesure où cette voie est en réalité obstruée, la tension, par un mécanisme presque physique, s'est diffusée par un autre moyen, et le changement s'est fait par d'autres voies » (p. 375-376). Loin de constituer une limite à son pouvoir, la rigidité de la Constitution se mue en habilitation pour la Cour. Comme le rappelle M. Fassassi, c'est donc en partie par défaut que la Cour Suprême s'est constituée en canal du changement constitutionnel informel.

La palette des moyens disponibles pour influencer la Cour de nos jours est bien plus restreinte qu'aux débuts de la République. On ne devrait naturellement pas en conclure à la disparition de toute pression politique sur le travail désormais désintéressé des *Justices*. Le pouvoir de nomination des juges fédéraux par le Président avec l'avis et le consentement du Sénat constitue aujourd'hui la voie privilégiée de ce rôle du politique (p. 377-383). Discuter de la couleur politique des nominations aux postes de juges fédéraux est un thème de campagne présidentielle récurrent. L'émoi suscité récemment par la démission du juge Anthony Kennedy, et la ferveur avec laquelle la confirmation de son successeur est suivie, n'en est qu'une nouvelle illustration.

Ces développements permettent à l'auteur de préciser les enjeux de son sujet. Non seulement la tension posée par le *judicial review* est permanente plutôt que conjoncturelle, mais le problème posé est insoluble. Le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales est devenu un vecteur essentiel de la politique américaine ; il sera toujours exercé, soit à l'encontre des majorités, soit à leur place. Dans l'hypothèse où la Cour décharge les branches politiques de la discussion d'une question de société, pour la décider dans le sens de la coalition dominante, elle ne se soustrait pas pour autant à la critique : si on ne peut plus lui reprocher de frustrer la volonté des représentants, on peut toujours désapprouver le fait d'avoir réduit au silence les lieux privilégiés d'expression du peuple.

III

La seconde partie du livre de M. Fassassi évoque les diverses solutions cherchées par la théorie constitutionnelle américaine au problème contre-majoritaire, avant d'en pointer les failles et de proposer finalement une relativisation empirique de ce problème. C'est en cela que cette thèse propose une « étude critique de l'argument contre-majoritaire ». Celui-ci prend dans ces développements une forme différente de celle jusqu'à présent convoquée. En reconnaissant l'existence pérenne du contrôle de constitutionnalité, la doctrine doit trouver des moyens de réconcilier sa pratique avec l'attachement au principe de majorité. Le problème d'ingénierie constitutionnelle se change alors en une question de théorie de l'interprétation. Comment l'interprétation juridictionnelle de la Constitution peut-elle racheter l'atteinte portée aux volontés majoritaires ? Les deux premiers chapitres de cette seconde partie s'inscrivent dans ce mouvement. L'auteur y développe principalement les arguments avancés par les courants originalistes et « processualistes ».

Notre auteur offre une discussion serrée de l'attachement originaliste au *self-restraint*, et une réflexion sur le tournant originaliste de plusieurs auteurs libéraux (sur ce point, voir p. 418-420, notes 143 et 144), avant de livrer une critique globale des idées de ce mouvement (p. 437-464). À la suite de plusieurs critiques, M. Fassassi avance que l'appel à différentes versions de l'intention ou de la signification originelle n'est pas une option disponible à un juge pour la résolution des controverses contemporaines. Confronté à un matériel historique épars, à des évolutions technologiques aussi imprévisibles pour les fondateurs qu'évidentes pour nous, cette théorie n'est pas une voie praticable aujourd'hui, oscillant entre une méthodologie trop exigeante pour être réalisée, ou trop malléable pour être sérieusement suivie. Il ne s'agit pas même d'une option attractive d'un point de vue historique. La preuve n'est nullement apportée que les pères fondateurs entendaient conférer à des expressions comme celles de « *cruel and unusual punishments* » une signification précise et arrêtée aux débats de la fin du XVIII^e siècle américain, ou même qu'ils aient prêté à certaines clauses l'attention qui leur est de nos jours portée. En dernier lieu, la réconciliation de cette théorie avec un système juridictionnel fondé sur le précédent est au mieux difficile. Elle ne cache pas des choix arbitraires et ne parvient théoriquement pas à convaincre de son attachement à la modestie du rôle judiciaire. Le regretté *Justice* Scalia l'admettait lui-même. Il confessait pouvoir uniquement se présenter comme un originaliste inconséquent ou pusillanime (« *faint-hearted originalist* »). L'auteur peut donc remarquer que la pensée originaliste relève plus du « masque judiciaire de la révolution conservatrice » (p. 407) que d'une réponse en ordre à un problème de théorie constitutionnelle.

Ces incohérences ne doivent pas faire perdre de vue une réalité capitale : l'originalisme constitue de nos jours le courant dominant dans les théories de l'interprétation américaines (p. 405 et note 64). Cette série de doctrines sur la nature de la constitution et son interprétation constitue plutôt aujourd'hui l'idiome dans lequel un argument constitutionnel doit être énoncé pour être audible aux États-Unis, et ce fait n'a pas encore reçu d'explication satisfaisante dans la doctrine française⁹. L'originalisme n'est plus uniquement une théorie de l'interprétation, et c'est aussi pour cela qu'il est devenu si facile d'en critiquer la malléabilité. C'est une manière de parler de la Constitution spécifiquement américaine, et elle nous demeure en grande partie étrangère.

Le chapitre suivant (p. 465-504) discute les théories « processualistes », mais concerne à vrai dire plus particulièrement l'unique théorie du « *political process* » de John Hart Ely que les idées du groupe d'enseignant d'Harvard que l'on retrouve habituellement sous cette bannière (Henry Hart, Albert Sacks, Herbert Wechsler, Alexander Bickel, Harry Wellington, mais aussi Lon Fuller). Ce chapitre mérite une attention particulière du lecteur, en ce qu'il offre à l'auteur l'occasion d'évoquer les travaux de philosophie politique pouvant s'inscrire dans une perspective de réponse à la difficulté contre-majoritaire, comme ceux de Dworkin ou de Lawrence Tribe. Si ces auteurs ne font que de brèves apparitions dans le livre de M. Fassassi, cela s'explique en partie par la distance que leurs travaux établissent avec la thématique de la difficulté contre-majoritaire. Comme l'écrit l'auteur un peu plus tôt dans son livre, ces derniers ne prennent plus comme référence Lochner mais Brown¹⁰, ils « s'affranchissent de la difficulté contre-majoritaire plus qu'ils ne veulent la résoudre », « [o]r on ne saurait soutenir que s'affranchir d'une question est une forme de résolution de cette question » (p. 510, note 586 ; voir aussi note 8, p. 391). Les travaux de John Hart Ely semblent plus prometteurs pour M. Fassassi, puisqu'ils savent garder contact avec le problème contre-majoritaire.

Dans son livre essentiel, *Democracy and Distrust*¹¹, Ely propose de favoriser, par l'exercice du *judicial review*, l'égal accès des citoyens aux canaux politiques. Les juridictions doivent opérer un contrôle minimum de la législation fédérale, exception faite des atteintes spécifiques à ces canaux de représentation politique, qui justifient, elles, un contrôle approfondi. L'auteur est donc attaché en priorité au

⁹ À ce sujet, en français donc, voir Ph. RAYNAUD, « Le judiciaire américain, l'interprétation et le temps. Deux points de vue », *Droits*, n° 30, 2000, p. 114-126 ; A. VLACHOGIANNIS, *La Living Constitution, les juges de la Cour Suprême des États-Unis et la Constitution*, Paris, Classiques Garnier, 2014, p. 332-374 et p. 557-581 ; M. CARPENTIER, « Variations autour de l'originalisme », *RFDC*, n° 107, 2016, p. 739-748 ; voir surtout : J. BALKIN, « Why Are American Originalists? », in D. SCHIFF et R. NOBLES, *Law, Society and Community: Socio-Legal Essays in Honour of Roger Cotterrell*, Abington, Routledge, 2014, p. 309-326.

¹⁰ M. Fassassi rapporte ainsi le propos de Lawrence Tribe dans la préface à son très important traité, *American Constitutional Law* : « *I reject the assumptions characteristic of Justices like Felix Frankfurter and scholars like Alexander Bickel: the highest mission of the Supreme Court, in my view, is not to conserve judicial credibility, but in the Constitution's own phrase, to form a more perfect Union "between right and rights within that charter's necessary evolutionary design" [...] For me the morality of responsible scholarship points not at all to the classic formula of supposedly value-free detachment and allegedly unbiased description [...] I am convinced that attempts to treat constitutional doctrine neutrally elide important questions and obscure available answers* » (cité p. 223, note 470).

¹¹ J.H. ELY, *Democracy and Distrust, A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

principe de la décision de la majorité, et cherche à permettre à celle-ci de s'exercer de la façon la plus légitime possible. Il condamne avec force les auteurs offrant des justifications morales à la jurisprudence de la Cour Warren.

Le fondement de sa démarche a l'avantage de l'évidence : « on peut répéter autant de fois que l'on veut que les législatures ne sont pas totalement démocratiques, cela ne rendra toutefois pas les cours plus démocratiques que les législatures » (cité p. 473). Sa théorie du contrôle de constitutionnalité doit donc son attrait à sa cohérence ; elle démontre que la volonté majoritaire est illégitime si elle ne respecte pas *certaines libertés caractéristiques du principe démocratique*, et elle conditionne l'intervention juridictionnelle à de telles violations. Ainsi, pour Ely, la liberté d'expression est-elle principalement perçue dans sa composante politique de participation au « commerce des idées ». La présence de minorités écartées de manière permanente du système politique justifie une dérogation au fonctionnement de la politique majoritaire, de même que la restriction de leurs droits appelle à l'exercice d'un contrôle plus sévère. Le juge est alors « contre-majoritaire mais pas anti-démocratique » comme l'écrit justement M. Fassassi (p. 493).

Mais l'explication qu'il en offre est déconcertante. Ely s'élève en critique des auteurs ayant entamé travail de fondation du régime démocratique, et prétend leur opposer une théorie purement procédurale de l'activité d'une juridiction en démocratie. Souhaitant défendre le bilan de la Cour Warren, le constitutionnaliste américain rejette ainsi l'idée que celle-ci aurait poursuivi certaines « valeurs » dans la réalisation de son agenda progressiste¹². Il s'efforce remarquablement de maintenir une distinction rigide entre ce que les juristes américains appellent la procédure et la substance. Cette présentation n'est à l'évidence pas convaincante. Aux yeux d'un observateur extérieur, l'auteur semble fermer délibérément les yeux sur ce qu'on peut juger être l'apport principal de son propre livre.

En effet, comme le rappelle M. Fassassi, cette position l'expose à toutes les critiques. D'un côté, une critique fondée sur le rejet du cognitivisme éthique l'accusera d'avoir « simplement paré d'un habit procédural » une théorie ayant pourtant effectuée un tel choix axiologique, disqualifiée de ce seul fait (c'est ce que constate M. Fassassi, p. 489). Mais d'un autre côté, on pourra à l'inverse lui reprocher la superficialité de son travail, refusant de reconnaître l'enquête entreprise dans les fondements normatifs du régime démocratique. Ainsi, malgré la proximité de leurs vues, les échanges entre Ely et Dworkin témoignent d'une incompréhension mutuelle¹³.

Cela est regrettable, car le livre d'Ely peut être considéré comme ayant entamé une réflexion sur la fondation du principe de majorité, c'est-à-dire quelque chose

¹² « *These were certainly interventionist decisions, but the interventionism was fueled not by a desire on the part of the Court to vindicate particular substantive values it had determined were important or fundamental, but rather by a desire to ensure that the political process – which is where such values are properly identified, weighed, and accommodated – was open to those of all viewpoints on something approaching an equal basis* » (J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, op. cit., p. 74).

¹³ Tout comme Ely ouvre son ouvrage par une dizaine de pages dénonçant les impasses d'une théorie de la démocratie fondée sur la valeur de l'autonomie individuelle, Dworkin consacre de longs développements, dans la plupart de ses ouvrages, à réfuter l'opposition dogmatique entre des théories procédurales et substantialistes de la démocratie.

d’approchant un travail de philosophie politique¹⁴. La démarche alors empruntée démontre qu’une réponse à la « difficulté contre-majoritaire » n’est inaccessible que tant que l’on refuse de discuter les fondements des raisonnements à l’œuvre en la matière. La théorie de la démocratie d’Ely, malgré toutes ses difficultés, est sans doute ce qui s’approche le plus d’une réponse convaincante à ce sujet, et cela en grande partie parce que, par son travail de juriste, il s’approche d’une discussion conséquente de la légitimité du principe de majorité. Mais le pas n’est pas franchi. Ses hésitations à reconnaître cet aspect de son travail sont justement très révélatrices du peu d’engagement des juristes américains au regard de ces questions fondamentales.

IV

Le raisonnement de M. Fassassi s’est jusqu’ici concentré principalement sur une conception institutionnelle de la difficulté contre-majoritaire, et a discuté plusieurs théories de l’interprétation perçues comme des réponses à cette question. Il s’est donc attaché à ce qu’il nomme clairement, à la suite de Julian Eule, une « difficulté contre représentative¹⁵ ». Il n’y a aucune manière de réconcilier, d’un côté, la volonté exprimée par la majorité des membres du Congrès, avec, de l’autre, un mécanisme visant foncièrement à frustrer celle-ci. À la condition de rester dans le référentiel ainsi posé, cette question ne trouve donc pas de résolution satisfaisante, et on doit soit se replier sur des solutions qui n’en sont pas (les théories évoquées à l’instant), soit admettre qu’il s’agit là d’une tension structurelle aux régimes démocratiques contemporains.

Ce n’est toutefois pas la seule manière dont I. Fassassi aborde la question. Le dernier mouvement de la thèse (son Titre II) s’attache à relativiser le caractère contre-majoritaire du *judicial review*. M. Fassassi choisit de procéder à une mise en perspective des périodes d’activisme de la Cour avec les mouvements de l’opinion publique. On peut raisonnablement avancer que Bickel n’avait pas envisagé une telle relativisation, n’ayant pas à l’esprit un problème d’alignement entre l’opinion publique et la volonté de certaines institutions¹⁶. En cela, le questionnement se détache de l’environnement dans lequel il avait été conçu pour s’engager dans une

¹⁴ En effet, Ely ne justifie l’exercice du contrôle de constitutionnalité que par respect du principe d’égalité, qui suppose une égale participation de tous au processus politique afin de juger celui-ci démocratique. C’est ainsi que peut se comprendre son attachement particulier à la liberté d’expression et à la protection des minorités. Il considère ainsi que le principe de majorité repose sur le principe d’égalité, en ce qu’il suppose l’égale valeur et dignité des citoyens partis au processus politique. C’est ce fondement qui, à son tour, entraîne des limitations aux expressions du principe majoritaire. Or, à notre connaissance, cet argument n’est malheureusement jamais défendu par Ely. Nous l’empruntons à Didier Mineur dans son livre *La Pouvoir de la majorité, Fondements et limites* (Paris, Classiques Garnier, 2017). Didier Mineur évoque ainsi trois cas justifiant la désobéissance civile aux décisions majoritaires, dont les deux premières correspondent aux difficultés évoquées par Ely : la présence de minorités exclues de manière permanente du jeu politique, l’atteinte à leurs droits. La dernière regarde l’abolition du principe de majorité au profit du pouvoir d’une minorité ou d’un seul. Pour ces trois cas, voir *ibid.*, p. 373 *sqq.*

¹⁵ J. EULE, « Judicial Review of Direct Democracy », *Yale Law Journal*, vol. 99, 1990, p. 1532.

¹⁶ On peut toutefois trouver quelques rares exemples où Bickel semble pointer la direction d’une étude de l’opinion publique (A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 19 et 28).

autre direction, déjà ouverte par les travaux de Barry Friedman et recueillis dans son livre de 2009, *The Will of the People*¹⁷.

Le déplacement de la question suppose alors ici une conception quantifiable, que l'auteur rattache à la fidélité des décisions de justice à l'égard de *l'opinion du peuple lui-même*, distinct de ses représentants. Il s'agit alors d'un problème de concordance entre deux corps distincts et potentiellement identifiables – le texte employant lui-même l'expression de « conception purement quantitative » (p. 249). Une fois les volontés formalisées en des nombres, l'hypothèse d'une solution devient envisageable : on pourrait en effet montrer que, sur telle question, l'opinion publique ne soutient pas la législation, mais encourage au contraire sa censure juridictionnelle. Il serait alors possible d'offrir une « double réfutation empirique » de la difficulté contre-majoritaire¹⁸ (p. 229).

M. Fassassi remarque d'abord que l'opposition de la Cour aux branches politiques constitue l'exception plutôt que la norme. Reprenant une célèbre remarque de Robert Dahl, il fait remarquer que la Cour suprême, en tant qu'institution politique, ne pourrait pas être rattachée à une force d'opposition ; elle doit plutôt être perçue comme faisant inévitablement partie de la coalition dominante¹⁹. L'auteur opère ce constat en deux temps. Il tâche d'abord de démontrer que la Cour ne s'est pas distinguée en période de crises ; il évoque ensuite son rôle ambigu de protection des minorités. Il est procédé sur chacun de ces points à de passionnantes études de cas.

En premier lieu, la Cour Suprême a donc maintenu une position remarquablement déférente durant plusieurs périodes de tensions intérieures. Ainsi de la lutte contre l'« ennemi intérieur » durant la Première Guerre mondiale (p. 532-536), de l'enfermement des populations japonaises à l'Ouest après l'entrée en guerre des États-Unis en 1941 (p. 536-539), des sévères restrictions de la liberté d'expression durant la chasse aux sorcières (p. 540-543) et, plus récemment, de la lutte contre le terrorisme (p. 544-546). Notre auteur fait encore remarquer qu'après quelques coups d'éclats, la rétention des combattants illégalement détenus de manière continue à Guantanamo n'a pas connu de sort favorable devant les cours fédérales, la Cour Suprême refusant d'octroyer un *writ of certiorari* aux requérants faisant appel des décisions défavorables à leur encontre (p. 546-551). Comme l'écrit M. Fassassi, « c'est parce que la justification du contrôle de constitutionnalité repose en partie sur l'idée que la Cour permet d'assurer les garanties de la Constitution dans les moments de crise que le constat de son échec est révélateur » (p. 551).

En second lieu, la Cour a aussi maintenu une position largement ambiguë à l'égard des minorités (p. 551-569). Suivant la formule de l'auteur, « la Cour suprême n'a protégé la minorité noire que lorsque la protection de cette dernière est devenue un élément du consensus majoritaire » (p. 552). Après avoir rappelé que la Cour a

¹⁷ B. FRIEDMAN, *The Will of the People, How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York, Farrar, Strauss & Giroux, 2009.

¹⁸ « On aboutit ainsi à la conclusion que soit la difficulté posée par Bickel était mal nommée, soit qu'elle n'en était peut-être pas une. Si on peut prouver que les lois ne sont, globalement, pas majoritaires et que la justice constitutionnelle n'est, globalement, pas contre-majoritaire, que reste-t-il effectivement de cette difficulté ? » (p. 230)

¹⁹ « *Except for short-lived transitional periods when the old alliance is disintegrating and the new one is struggling to take control of political institutions, the Supreme Court is inevitably a part of the dominant national alliance* » (R. DAHL « Decision Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy Maker », *Journal of Public Law*, vol. 6, 1957, p. 293).

en effet longtemps sanctionné l'esclavagisme et la ségrégation, quitte à le faire parfois avec réticence, l'auteur évoque le contexte favorable du mouvement de déségrégation des années 1950. Au niveau fédéral, ce mouvement a en effet été essentiellement à l'initiative des juridictions, et l'arrêt *Brown v. Board of Education of Topeka* de 1954 représente encore pour la doctrine libérale « l'incarnation de la dimension contre-majoritaire positive » de la Cour (p. 553). M. Fassassi fait pourtant remarquer que, à la date de l'arrêt, la ségrégation n'était plus imposée que dans dix-sept états sur quarante-huit et, majoritairement condamnée par les élites politiques, elle devenait un fardeau encombrant pour les leaders du « monde libre ». En effet, dans la perspective de la guerre froide, le traitement des Afro-américains nourrissait l'argumentaire soviétique (p. 565). On ne peut pas dire que la Cour opère alors un geste souverain pour sauver les Américains d'eux-mêmes. Nous devrions plutôt chercher à y voir une solution à l'inertie imposée par les dissensions du parti démocrate, où personne ne pouvait se permettre de perdre le soutien du Sud ségrégationniste. « En d'autres termes, dans *Brown*, la Cour a davantage imposé un consensus majoritaire à une minorité récalcitrante – les États du Sud – qu'elle n'a agi comme une force contre-majoritaire. La Cour n'est pas allée à l'encontre de la « coalition dominante », elle en a relayé l'action » (p. 567).

Ce développement s'achève sur quelques lignes suggestives. Faisant écho aux travaux de G. Rosenberg et M. Klarman, M. Fassassi évoque enfin l'échec de ces décisions à amener le changement qu'elles désiraient : en 1964, dix ans après l'arrêt *Brown*, la ségrégation concernait toujours l'immense majorité des écoliers noirs, et elle est aujourd'hui en hausse, ramenant la situation à ce qu'elle était dans les années 1970 (p. 553, note 784). L'activisme de la Cour Warren a peut-être permis de trouver une résolution à la division du parti démocrate. Elle a validé la position désormais majoritaire selon laquelle le XIV^e amendement imposait la déségrégation, réduisant ainsi le coût du rapprochement politique des démocrates sudistes vers leurs collègues du Nord. Mais comme le rappelle notre auteur, cette prise de position de la Cour Suprême est beaucoup plus fragile qu'il n'y paraît, et a pu au contraire mobiliser l'opposition à la déségrégation dans le Sud, traditionnellement hostile à toute intervention politique fédérale (voir p. 618, note 1094). Il s'agissait d'ailleurs d'une des mises en garde qu'Hannah Arendt adressait aux libéraux dans son texte contesté sur les émeutes de Little Rock²⁰. La présentation de cette hypothèse du « retour de flamme » (« *backlash* »), très bienvenue, constitue une donnée importante pour la réflexion sur la situation institutionnelle des cours, comme pour la théorie constitutionnelle plus généralement.

²⁰ « It is therefore quite possible that the achievement of social, economic, and educational equality for the Negro may sharpen the color problem in this country instead of assuaging it. [...] This, of course, does not have to happen, but it would be only natural if it did, and it would be very surprising if it did not. We have not yet reached the danger point, but we shall reach it in the foreseeable future, and a number of developments have already taken place which clearly point toward it. Awareness of future trouble does not commit one to advocating a reversal of the trend which happily for more than fifteen years now has been greatly in favor of the Negroes. But it does commit one to advocating that government intervention be guided by caution and moderation rather than by impatience and ill-advised measures. Since the Supreme Court decision to enforce desegregation in public schools, the general situation in the South has deteriorated. [...] The present massive resistance throughout the South is an outcome of enforced desegregation and not of legal enforcement of the Negroes's right to vote » (H. ARENDT, « Reflections on Little Rock », *Dissent*, vol. 6, n° 1, hiver 1959 (1957), p. 48).

Ces pages sont parmi les plus intéressantes de l'ouvrage. Elles allient le traitement critique de plusieurs grands arrêts de la Cour à une riche mise en contexte très profitable au lecteur. M. Fassassi y joint des développements parallèles sur la reconnaissance des droits des personnes homosexuelles. Il souligne la rapide évolution de cette question depuis les années 1980 jusqu'à la récente reconnaissance par les cours fédérales de la constitutionnalité du mariage entre les personnes de même sexe (p. 569-597). Il développe, là aussi, la thèse des réactions populaires initialement hostiles à un changement mené par les Cours (p. 578-580). Mais le développement est ici moins pessimiste quant aux possibilités d'inflexion de l'opinion publique. Ces éléments permettent de fonder le jugement selon lequel la Cour n'est pas à proprement parler une institution contre-majoritaire dans la démocratie américaine.

Par une sorte de réfutation empirique, M. Fassassi montre que si la Cour a pu entretenir des relations conflictuelles avec les branches politiques, leur caractère parfois spectaculaire ne doit pas faire oublier que celles-ci ont non seulement été rares, mais qu'elles ont aussi été rapidement résolues.

V

On peut dès lors lire le dernier chapitre du livre comme une manière pour l'auteur de tirer les conclusions théoriques de ses développements (p. 621-652). La démonstration s'attache à défendre son approche « réaliste » du *judicial review*, dont nous pouvons retracer le développement général. I. Fassassi rappelle que, dès lors que l'indétermination du droit condamne la possibilité d'une interprétation présentée comme un acte de connaissance, il faut admettre que celle-ci est un acte de volonté. Cependant, dans « la configuration actuelle du rapport du droit à la politique » (p. 624), on ne peut présenter le juge comme un acteur politique parmi d'autres. Les efforts doctrinaux allant dans ce sens ne sauraient réussir, dans la mesure où ils viseraient ainsi à « remettre en cause le modèle même de l'État de droit » (p. 650). Il faut alors amender le constat de la liberté de l'interprète pour adopter une approche stratégique de celui-ci, mieux à même de rendre compte des contraintes pesant sur son action. Cette posture ouvrirait pour l'auteur « des perspectives profondes pour mieux comprendre ce que font les juges » (p. 646), en échappant aux écueils réciproques des travaux béhavioristes et formalistes. L'adoption de ce modèle condamne toutes les propositions doctrinales visant à résoudre la difficulté contre-majoritaire. En effet, la configuration ayant permis *Brown* est la même que celle qui a mené à *Lochner*. La liberté de l'interprète est une réalité irréductible dont on ne peut se garder par des vœux pieux.

Comme M. Fassassi l'écrit dans les dernières lignes de sa thèse (p. 672) :

Au fur et à mesure de notre recherche et de nos développements, un scepticisme croissant à l'égard des théories souvent présentées pour justifier le *judicial review* s'est ainsi fait jour. Plus précisément, ce scepticisme s'est construit en réaction aux théories doctrinales prétendant résoudre la difficulté contre-majoritaire par une théorie unique et unificatrice. [...] L'essentiel des approches doctrinales américaines ont succombé à l'appel de la « grande théorie ». Et si l'on peut partager nos pensées finales, celles-ci s'attachent à mettre en lumière la nécessité d'une approche plus pragmatique, plus mesurée. Les défenses du contrôle de constitutionnalité des lois seront d'autant plus convaincantes qu'elles s'inscrivent dans la réalité de ce que fait le juge constitutionnel.

Une position « réaliste » nous conduit à nier la possibilité d'une quelconque solution définitive au problème de la légitimité du juge. Son aspect institutionnel est

apparemment insoluble, et ses difficultés pratiques insurmontables dans une société pluraliste. Tout au plus pouvons-nous relativiser ces jugements au regard des rapports entre la Cour et l'opinion publique. Telles sont les conclusions ressortant clairement d'une lecture de cette thèse.

Comme on peut le voir, ce travail, très riche tant en informations qu'en pistes de réflexions, soulève de nombreuses questions, et il devrait se prêter à la discussion. Ce n'est sans doute pas là le moindre de ses mérites.

Aurélien de Travy

▮ Doctorant à l'Université Paris II, Panthéon-Assas, Institut Michel Villey

Mémoires



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Carl Joachim Friedrich et la liberté politique

La liberté relative de l'homme dans sa communauté

Pierre Georget

Mémoire de Master 2 – Philosophie politique et de droit politique

Sous la direction du Professeur Philippe RAYNAUD

2016/2017

SOMMAIRE

Introduction	564
Chapitre 1 – Carl Joachim Friedrich, vie d’un homme du commun	568
1. <i>Carl Joachim Friedrich, une rapide biographie</i>	568
2. <i>Une pensée formée dans l’Allemagne de Weimar</i>	571
Chapitre 2 – Carl J. Friedrich, l’homme du commun en scientifique	599
1. <i>Une définition de la science</i>	599
2. <i>La science politique selon Carl J. Friedrich</i>	602
3. <i>La méthode de Carl J. Friedrich</i>	604
4. <i>Relations entre science politique et philosophie politique</i>	608
Chapitre 3 – Le modèle général de l’ordre politique selon Carl J. Friedrich	615
1. <i>Les caractéristiques du modèle</i>	615
2. <i>Le contenu du modèle</i>	615
Chapitre 4 L’homme en communauté	622
1. <i>La nature de l’homme</i>	622
2. <i>L’homme du commun</i>	625
3. <i>Le rôle de la raison dans le gouvernement des hommes</i>	627
Chapitre 5 – Origine et dynamique de la liberté politique	628
1. <i>Origine des libertés politiques</i>	628
2. <i>La dynamique organique des libertés politiques</i>	629
Chapitre 6 – Les libertés politiques d’indépendance et de participation	632
1. <i>Les définitions des libertés d’indépendance et de participation</i>	632
2. <i>Les limites de la liberté d’indépendance individuelle</i>	634
4. <i>La maximisation des libertés</i>	637
5. <i>Les relations entre liberté d’indépendance et liberté de participation</i>	638
Chapitre 7 – La liberté politique de création	642
1. <i>Définition de la liberté de création</i>	642
1. <i>Le processus de création politique</i>	643
3. <i>La dictature totalitaire, innovation politique du XX^e siècle</i>	645
Conclusion – Rien d’impossible en politique	647

INTRODUCTION

Carl Joachim Friedrich (1901-1984) est un philosophe politique et philosophe du droit, professeur à Harvard et conseiller de gouvernements (États-Unis, République fédérale d'Allemagne, Porto-Rico...). Il est né allemand et mort américain. Il adopte la citoyenneté américaine après la conquête du pouvoir par Hitler. Il combattra le régime nazi avec virulence, et œuvrera à l'engagement des États-Unis dans la guerre. Ce choix n'est pas qu'idéologique, il est aussi celui d'un homme souhaitant s'inscrire dans sa communauté de fait. Sa vie professionnelle et familiale fut américaine depuis le milieu des années 1920 et faire ce choix était pour lui accorder sa philosophie et sa vie.

Carl Joachim Friedrich s'est efforcé de concilier son travail scientifique et la mise en pratique concrète des résultats de ses travaux. L'objet de son étude est le pouvoir dans l'ordre politique ; sa finalité est de développer le modèle d'un ordre politique durable ; sa pratique de conseiller est de participer à l'écriture de Constitution.

Son œuvre est abondante : une trentaine d'ouvrages et des centaines d'articles et de brochures. Elle n'est pas accessible en français, sauf *Constitutional Government and Politics, Nature and Development* paru aux États-Unis en 1937 et traduit en 1958 sous le titre *Démocratie Constitutionnelle*¹, quelques articles et un extrait de son *Introduction à la Politica d'Althusius* présentés par Gaëlle Demelemestre dans son livre *Carl Joachim Friedrich, Pouvoir et fédéralisme*². Ses premières contributions scientifiques sont en allemand – en particulier son introduction à l'œuvre d'Althusius³ – ainsi que la première version de son excellent cours de philosophie du droit⁴. Par la suite, il écrira en anglais, assurant souvent une traduction en allemand pour les besoins de son activité de professeur à Heidelberg.

À la fin de sa vie, à un journaliste qui lui demandait qu'elles étaient les auteurs qui l'avaient le plus influencé, il répondit : « C'est difficile à dire. Emmanuel Kant, Thomas d'Aquin et Aristote sont certainement très importants. » Il n'y a pas de doute que son épistémologie est kantienne, que sa philosophie du droit est thomiste et que sa philosophie politique est aristotélicienne. « L'homme est un être politique », sa citation préférée, vient toujours à l'appui de la démonstration de la primauté de la communauté sur l'individu. À ce premier volet théorique de sa réponse, il ajouta un volet pratique : « mais l'homme du commun (*the common man*) lui-même, mes voisins ici et à l'étranger, m'ont appris plus ». On pourrait croire qu'il affirme ainsi son admiration pour Thomas Paine⁵ alors que bien au contraire, critique acerbe de la croyance en la rationalité humaine, il est du côté d'Edmond

¹ C.J. FRIEDRICH, *La démocratie constitutionnelle*, collection « Bibliothèque de la science politique », Paris, Presses Universitaires de France, 1958.

² Gaëlle DEMELEMESTRE, *C. Joachim Friedrich, Pouvoir et fédéralisme*, Paris, classiques Garnier, 2012.

³ C.J. FRIEDRICH, *preface of Politica Methodice Digesta*, Reprinted from the Third Edition of 1614, by J. ALTHUSIUS, Cambridge MA, Harvard University Press, 1932.

⁴ C.J. FRIEDRICH, *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, Chicago, the University of Chicago Press, 1957.

⁵ T. PAINE, *Common Sense*, 1796.

Burke⁶ et de l'homme façonné par ses traditions, ses croyances et son expérience de la vie au sein de sa communauté. Il écrira ainsi *The New Belief in the Common Man* en 1942 pour sortir l'homme du commun de son isolement et le replonger dans sa communauté. Sa philosophie est celle de l'expérience dans la lignée de William James⁷ et surtout de John Dewey⁸ qu'il cite abondamment.

Pour Carl J. Friedrich, la liberté politique s'expérimente à deux niveaux : pour l'individu, c'est simplement « être un membre égal de la communauté⁹ » ; pour la communauté ou la collectivité, c'est l'indépendance de la communauté d'abord, et éventuellement la participation aux décisions quand la communauté participe d'une entité plus large comme une fédération. La communauté est un espace de solidarité fermé sur lui-même qui ne s'ouvre qu'avec prudence pour se fédérer avec d'autres dans un espace politique plus large, régional et à terme mondial.

Carl J. Friedrich en tient pour le retour du droit naturel. Le chapitre XIX de son ouvrage *Philosophy of Law in Historical Perspective*¹⁰, s'intitule d'ailleurs « Renouveau du Droit naturel en Europe et en Amérique ». Il y affirme dès la première phrase que « le droit naturel n'a jamais vraiment disparu de la pensée juridique Européenne et Américaine¹¹ ». Cependant la prépondérance du « positivisme sceptique » dans la philosophie du droit de la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle a retiré au Droit toute capacité de résistance face aux totalitarismes. Avec Duguit il proclame haut et fort que « refuser d'obéir une loi qui est contraire à ce qui est juste est totalement légitime¹² ». Et il en appelle à « une norme de justice sur laquelle évaluer le Droit positif » ce qui est très exactement au fondement du droit naturel du passé. Mais il ne s'agit pas de revenir « aux éternelles vérités », il faut refonder le droit naturel. Parmi les pistes qui lui apparaissent comme les plus fructueuses il y a celle tracée par Leonard Nelson¹³ fondée sur la dignité humaine et « l'auto-détermination rationnelle ».

Il y a une nature humaine commune et c'est en elle que trouve leur source les libertés. Elles sont indispensables à l'homme, sans elles il ne peut se réaliser totalement, il a besoin d'indépendance, de participer à la vie de sa communauté et de créer. Mais la reconnaissance des libertés n'est pas un absolu, elle est relative à l'ordre politique voulu par la communauté.

La pensée politique de Carl J. Friedrich est l'antithèse du libéralisme. Cela le conduit à des prises de positions provocantes qui peuvent expliquer le peu de références qui sont faites aujourd'hui à sa pensée. Pour lui, si tous les hommes ont les mêmes droits dans la communauté, ils n'en jouissent pas au même degré et c'est en grande partie leur choix que d'exercer ou non leur liberté. Il ira jusqu'à écrire que la grande majorité des hommes ne souhaitent pas la liberté politique, et ne

⁶ E. BURKE, *Reflections on the Revolution in France*, 1790.

⁷ W. JAMES, *The Varieties of Religious Experience*, 1902.

⁸ J. DEWEY, *Experience and Nature*, 1925.

⁹ C.J. FRIEDRICH, *Rights, Liberties, Freedom*, *University of Pennsylvania Law Review*, 1942, p. 312.

¹⁰ C.J. FRIEDRICH, *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, Chicago & London, University of Chicago Press, 1963.

¹¹ *Ibid.*, p. 178.

¹² L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 1928, p. 661.

¹³ L. NELSON, *System der philosophischen Rechtslehre und Politik*, 1924.

cachera pas qu'il voit là une confirmation de l'argument d'Aristote sur l'esclavage par nature de certains hommes¹⁴. Aussi provoquantes que soient les conclusions auxquelles son concept du *common man* le conduisent, elles lui fournissent cependant la grille de lecture du totalitarisme qui l'a rendu célèbre. Ce renoncement de l'homme à la liberté politique individuelle au profit de la liberté d'indépendance collective lui sert aussi à comprendre la formation des ordres politiques dans les pays en voie de développement en Afrique, et, plus particulièrement de celle de la Chine. La combinaison du parti unique, pourvoyeur d'une élite, de la conquête de l'indépendance nationale et du développement économique est une conjonction politique qui trouve sa place dans son modèle d'ordre politique. S'il n'a pas exploré plus avant cette piste, le concept de liberté de création politique pourrait nous être utile aujourd'hui pour expliquer le succès économique et politique de la Chine mais aussi les limites de cette configuration de l'ordre politique chinois.

En effet, si la liberté politique s'exerce à deux niveaux, elle possède également trois dimensions : indépendance et participation, mentionnées plus haut, mais aussi création. La liberté de création est essentielle car elle conditionne la survie et la pérennité de tout ordre politique. Un ordre politique qui ne laisserait pas place à la liberté de création politique ne peut que périr dans le modèle de l'ordre politique développé par Carl J. Friedrich. Mais là encore elle n'est pas individuelle : certains hommes politiques peuvent réclamer la paternité de telle ou telle innovation politique mais c'est à tort ; la liberté de création est toujours le résultat d'un effort collectif. À nouveau, la provocation est au coin du raisonnement : la liberté politique est présente dans toutes les formes d'ordre politique, même les plus autoritaires. En démocratie, les hommes sont plus libres – ceux qui le veulent. Mais la liberté se manifeste nécessairement aussi dans les régimes totalitaires les plus durables, sinon ils disparaissent vite, à l'instar des régimes hitlérien ou mussolinien.

Comme la vérité, la liberté est relative : ses deux niveaux, individuel et collectif, et ses trois dimensions, indépendance, participation et création, permettent à l'homme d'en jouir plus ou moins, quelle que soit la forme de gouvernement. L'homme du commun, celui qui est inscrit dans sa communauté, en jouira davantage s'il est en accord avec « les valeurs, les croyances et les intérêts » de celle-ci.

Carl J. Friedrich est un homme du commun : produit de sa propre expérience, il a passé sa vie investi dans les différentes communautés auxquelles il a participé – universitaires avec la création de nombreux programmes de formation, politiques dans son engagement contre le nazisme et pour la reconstruction de l'Allemagne (Chapitre 1).

La pensée scientifique de l'homme du commun trouve tout autant son inspiration que sa validation dans sa communauté scientifique où la transparence est de mise, tant sur la méthode que sur les critiques. C'est une communauté de pairs (Chapitre 2).

La liberté politique s'inscrit dans une relation dialectique avec l'ordre politique. Pour comprendre le concept de liberté politique, il faut pouvoir l'insérer dans un modèle de d'ordre politique. L'ordre et la liberté dialoguent : l'ordre veut la stabilité ou plus précisément pour Carl J. Friedrich la durabilité, et la liberté, quand elle s'exerce, veut le changement. Le modèle d'ordre politique qu'il propose s'efforce de répondre à ces deux exigences de durée et de changement (Chapitre 3).

¹⁴ C.J. FRIEDRICH, *Man and his Government*, McGraw Hill Book Company, 1957, p. 379.

L'homme du commun est le porteur de la liberté politique. Il incarne l'une des réalisations de l'individu, parmi celles de simple membre de la communauté et celle d'homme exceptionnel (« *uncommon man* ») auquel d'ailleurs Carl J. Friedrich ne croit pas ; il croit en l'homme du commun (Chapitre 4).

L'origine de la liberté politique dans ses aspects collectifs remonte à l'existence des communautés humaines. La liberté individuelle et des droits associés s'affirment à la sortie du Moyen-Âge en Europe et commence leur développement dans l'Angleterre du seizième siècle. La liberté politique s'exprime selon trois dimensions, liées entre elles de façon organique correspondant aux aspirations naturelles de l'homme. (Chapitre 5).

Les deux premières dimensions de la liberté en reprennent les deux formes classiques : privée – publique, individuelle – et collective, que Carl J. Friedrich nomme indépendance et participation. Cela lui permet de les analyser à deux niveaux : l'individu et la communauté (Chapitre 6).

Une troisième dimension de la liberté transcende les deux autres, la liberté de création. Elle est le viatique de tout ordre politique qui ambitionne de durer (Chapitre 7). Et elle aussi ce qui fait dire à Carl J. Friedrich que rien n'est impossible en politique (Conclusion).

CHAPITRE 1

CARL JOACHIM FRIEDRICH, VIE D'UN HOMME DU COMMUN

L'homme du commun est à la fois forgé par l'inscription dans sa ou ses communautés, pour Carl J. Friedrich l'homme peut être de plusieurs communautés – comme un État de plusieurs fédérations – et il forge sa ou ses communautés par sa participation plus ou moins importante et par l'exercice plus ou moins grand de sa liberté. La vie d'un tel homme ne peut se résumer aux dates de sa naissance et sa mort. Ce n'est pas sa façon de penser l'homme, personne aux multiples rôles et fonctions en société, et cette réduction ne saurait rendre justice ni à sa pensée, ni à ses engagements.

Sa pensée est le plus souvent réduite à son analyse du totalitarisme et à sa défense du fédéralisme dans la lignée de Johannes Althusius, alors que son ambition était de penser de façon scientifique les ordres politiques dans leur fonctionnement contemporain et leur devenir. Pour cela, il s'appuiera sur l'histoire (sa méthode au Chapitre 2) et sur son expérience pratique d'acteur politique.

Sa vie, passionnante, est celle d'un homme du XX^e siècle, et plus particulièrement d'un homme de Weimar. Après une rapide biographie, ce premier chapitre retracera ses années de formation, sa participation à la lutte contre le nazisme, son engagement dans la reconstruction et son rôle dans la guerre froide. On y verra que sa conception de la liberté politique n'est pas seulement le fruit de ses lectures, mais aussi et surtout celui de son expérience de jeune étudiant dans la tourmente, de professeur engagé et de conseiller sur le terrain de la Guerre chaude et froide.

1. Carl Joachim Friedrich, une rapide biographie.

Carl J. Friedrich est né à Leipzig en Allemagne le 5 juin 1901 dans une famille de la moyenne bourgeoisie calviniste, de Charlotte, baronne von Bülow, et de Paul Léopold Friedrich. Son père, chirurgien et professeur de médecine est diplômé de l'université de Leipzig où il sera nommé Privatdozent¹ avant d'enseigner à Greifswald en 1903 puis à Marburg à partir de 1907. C'est un spécialiste de la chirurgie thoracique et des infections bactériologiques. Il est reconnu pour être le promoteur de l'usage des gants sans couture en caoutchouc pour prévenir les infections consécutives aux interventions chirurgicales.

Carl J. Friedrich épouse en 1924 Lenore Pelham, avec laquelle il a deux filles et deux fils : dont Otto, journaliste et écrivain dont le livre le plus célèbre est « The city of nets », et Paul, ethnologue et linguiste.

a. Une vie entre l'Europe et les États-Unis

Carl J. Friedrich fait ses études secondaires à Marburg-sur-le-Lahn où il fréquente de 1911 à 1919 le Gymnasium Philippinum. Il y reçoit l'éducation de l'élite allemande de son temps qui met l'accent sur l'apprentissage des langues anciennes (le grec et le latin) et l'étude de la littérature classique.

Ce passage au gymnasium le marquera durablement. Bien que professant et défendant la participation de tous à la vie politique, rejetant l'idée qu'elle est réservée à une élite, il ne pourra se départir d'une certaine fierté de classe comme le signale

¹ Titre académique conférant la capacité d'enseigner (*venia legendi*) une matière à l'université.

la coquetterie qui lui fait écrire dans la case religion de son dossier de naturalisation américaine : « Homère ». Sa réflexion sur l'humanisme, dans sa correspondance, dans laquelle le concept d'homme du commun lui sert de curseur de juste milieu, montre qu'il reste marqué par cette formation classique :

Il y a eu dans le passé et dans quelques cercles humanistes aujourd'hui une forte tendance à penser l'humanisme comme une doctrine élitiste pour quelques-uns seulement. C'était ainsi avec les Stoïques, avec les Humanistes du seizième siècle, et avec les Confucéens. C'est aussi vrai des héritiers d'Irving Babbit, de T.S. Eliot, et d'Ortega y Gasset. C'est ma conviction que l'humanisme aujourd'hui doit être non élitiste. Pour le dire de façon affirmative, l'humanisme doit être basé sur la croyance dans l'homme du commun. Cette croyance présente de sérieuses difficultés mais il faut les affronter. Nous ne pouvons plus accepter le rationalisme facile du dix-huitième siècle tel que présenté dans le *Common Sense* de Thomas Paine. Et maintenant, l'humanisme, le pan-humanisme réclament la reconnaissance que des capacités communautaires de l'homme n'appartiennent pas à une élite intellectuelle et culturelle. Le genre de croyance dont je parle, on peut la trouver dans Dostoïevski, et plus particulièrement dans *Les Frères Karamazov*. Mais on peut le trouver dans la philosophie politique d'Abraham Lincoln et dans les meilleures pensées de Mohandas Gandhi².

La famille Friedrich a développé de forts liens avec les États-Unis, peut-être à cause de l'intérêt du père pour les gants chirurgicaux sans couture inventés par William Stewart Halsted en 1889. Cette hypothèse semble confirmée par la carrière que fit ensuite Otto, le frère de Carl Joachim, dans l'industrie du caoutchouc en Allemagne.

Après la Première Guerre mondiale, Carl et Otto font de fréquents voyages d'étude aux États-Unis. C'est lors de l'un de ces séjours en 1920 que Carl fonde le German Academic Exchange Service³ (Deutscher Akademischer Austauschdienst, www.daad.org). Au travers de cette initiative, il rencontre sa future femme, Lenore Pelham, étudiante au Rockford College dans la banlieue de Chicago.

Après son mariage en 1924, Carl s'installe aux États-Unis en 1926 et décide d'y rester en 1933 après l'avènement de Hitler au pouvoir. Son aversion pour le régime nazi provoquera une rupture avec son frère qui, retourné en Allemagne, servira le troisième Reich et jouera un rôle important dans l'industrie allemande. Ils se réconcilieront après la guerre.

Après la Deuxième guerre mondiale, Carl fera de nombreux séjours en Europe, soit comme conseiller, soit comme professeur à Heidelberg et dans d'autres universités européennes.

b. L'étudiant de « l'école Weber »

Carl J. Friedrich effectue ses études supérieures à Marburg, Francfort, Vienne et enfin à Heidelberg où il étudie sous la direction d'Alfred Weber, le frère de Max Weber. Il obtient un Doctorat de l'université de Heidelberg en 1930 en Histoire et Sciences économiques (*Economics*).

² C.J. FRIEDRICH correspondance avec *The Humanist* [http://philosophia.org/index.php?title=Correspondence_Carl_J._Friedrich].

³ Étrangement le site www.daad.org signale que le service a été créé en 1925 par « a single student » sans mentionner le nom de C.J. Friedrich.

c. *Le vibrant professeur*

En 1926, Carl J. Friedrich est nommé lecteur en science politique à l'université d'Harvard puis professeur assistant et enfin professeur. Ses qualités de pédagogue et son charisme lui confèrent une renommée certaine, comme en attestent de nombreux témoignages. Zbigniew Brzezinski, conseiller du Président Carter, qui fut son étudiant et coécrivit avec lui l'ouvrage célèbre sur le totalitarisme, le décrit comme « un merveilleux et inspirant professeur avec un don unique pour stimuler et enthousiasmer ses étudiants, [...] un être humain chaleureux qui parfois faisait enrager ses interlocuteurs mais savait toujours captiver ceux qui travaillaient avec lui ». « Il était le plus extraordinaire conférencier que j'ai connu » dira le professeur d'administration publique John D. Montgomery, l'un de ses anciens étudiants avant d'ajouter : « il mettait dans tous ses discours et ses écrits un enthousiasme considérable qu'il savait faire passer à ses étudiants. »

Ces qualités lui permettent de construire le réseau de relations, mais aussi de disposer de tribunes publiques pour lutter contre l'Allemagne nazie et préparer l'après III^{ème} Reich. Carl J. Friedrich mettra ses dons d'orateur au service de la Guerre froide et de l'anticommunisme après la Deuxième Guerre mondiale.

En 1955, Carl J. Friedrich fonde The American Society for Political and Legal Philosophy (ASPLP). Cette nouvelle société savante est, comme il la décrit, « fondée par un groupe d'amis professeurs en sciences sociales, droit et philosophie qui partage un intérêt pour les questions traditionnellement traitées sous la dénomination générale de philosophie politique et philosophie du droit⁴ ». Une telle initiative est une application de sa conception de la science et de la connaissance. Toute vérité est relative, que ce soit dans les sciences de la nature ou les sciences sociales ; la recherche scientifique produit des résultats dont le degré de vérité repose sur l'existence d'une méthodologie explicite et sur la validation par le cercle des pairs du chercheur. Il n'y a donc pas de science sans une organisation de la communauté scientifique. Les activités de l'ASPLP sont structurées autour d'une conférence annuelle et la publication d'une revue, *Nomos*, qui reprend les communications de la conférence.

Carl J. Friedrich prend sa retraite de professeur d'Harvard en 1971 mais continue à enseigner comme *visiting professor* au Colby College, à Duke University et à l'Université de Manchester. Il meurt le 9 septembre 1984 à Lexington dans le Massachusetts.

d. *Les titres honorifiques*

Carl J. Friedrich a été président de The American Political Science Association en 1962, du International Political Science Association de 1967 à 1970 et de l'Institut international de philosophie politique en 1969. Outre le titre de professeur émérite de l'Université de Heidelberg en 1966, il a reçu de nombreuses distinctions de la part du Phi Beta Kappa et de l'Academy of Arts and Sciences American. En 1967, il est nommé commandeur de l'Ordre du mérite par le Président de la République fédérale d'Allemagne pour sa contribution au développement de la République fédérale d'Allemagne et ses relations avec les États-Unis.

⁴ C.J. FRIEDRICH, *Authority*, Cambridge, Harvard University Press, 1958.

2. Une pensée formée dans l'Allemagne de Weimar

a. La République de Weimar

En novembre 1918, l'Allemagne politique est profondément bouleversée par la Révolution qui installe la République. C'est la première fois depuis la fondation de l'Allemagne que le gouvernement prend une forme démocratique. Pour la majorité des Allemands, c'est une transformation presque incompréhensible ; le peuple, qui de tout temps avait été sujet de l'empereur ou de ses rois et ducs, devient soudain par le truchement d'une constitution le souverain.

Certes, pour les ouvriers et les soldats qui saccagent les bâtiments publics à Berlin, à Munich et dans toute l'Allemagne, c'est un moment de grand espoir après des années de guerre atroce et insensée. Le renversement de l'empereur va mettre fin à la domination de la noblesse prussienne et à la guerre, et instituer l'égalité entre tous.

Mais pour les conservateurs et les nationalistes, c'est un cauchemar, c'est l'effondrement de l'Allemagne. La destruction de la monarchie et la reddition aux Alliés sont une humiliation et marquent la fin de la quête d'une reconnaissance de la puissance germanique dans le concert des nations.

Pour les intellectuels allemands, c'est une période intense de réflexions et d'affrontements théoriques sur les fondements de la démocratie, le rôle de l'État, l'importance de l'éducation et la place de la religion. C'est dans ce bouillonnement intellectuel que trouvent leur origine non seulement les idées de Carl J. Friedrich mais aussi sa carrière de professeur, de conseiller et penseur politique.

La création de la première démocratie germanique surgit comme de nulle part. Certes, des grèves et des manifestations pacifistes ont eu lieu dans toute l'Allemagne portées par l'impopularité de la guerre, mais personne ne pensait que cela aboutirait à une révolution. L'incapacité de l'empereur, de la noblesse prussienne et des militaires à mener l'Allemagne à la victoire crée le sentiment que le pouvoir politique doit être transféré au parlement, à une forme élue de pouvoir. Cependant, rares sont ceux qui appellent à l'abolition de la monarchie. Ainsi, le 9 novembre 1918, quand le socialiste Philipp Scheidemann du balcon du Reichstag proclame la République Allemande, il le fait sans consultation avec son propre parti. Sa déclaration est en fait une tentative pour apaiser la fureur des manifestants qui demandent la démission de l'empereur. Mais la révolution ne peut plus être stoppée alors que les émeutes d'ouvriers et de soldats se répandent dans tout le pays. L'Empereur et sa famille fuient l'Allemagne tandis que les révolutionnaires prennent le contrôle de l'État et déclarent la fin de la guerre.

En moins d'un an, une coalition de socialistes, de catholiques et de libéraux compose une nouvelle constitution – la Constitution de Weimar – dans laquelle le pouvoir émane du peuple. Durant ses quatorze ans d'existence, la République de Weimar ouvre de nouveaux horizons en garantissant l'égalité aux hommes et aux femmes, en bâtissant une forme d'État providence et en instituant par la loi la liberté de religion et la reconnaissance de toutes les religions. Elle sape toutes les vieilles idées sur l'origine divine de l'autorité et la légitimité du pouvoir monarchique et aristocratique. Elle permet à de nouveaux acteurs politiques d'origines diverses – catholiques, juives, socialistes – de détenir des postes de responsabilité, et ceci pour la première fois. Même ceux qui étaient opposés à la République reconnaissent qu'elle a fondamentalement rompu avec le passé, et qu'après elle l'Allemagne ne pourrait plus revenir à une forme monarchique de gouvernement.

En même temps, Weimar inaugure une décade de misère et de désespérance qui manque de détruire complètement la nation Allemande. En effet, en 1919, les forces alliées obligent l'Allemagne à signer le Traité de Versailles qui retranche une partie considérable du territoire allemand, oblige à payer d'énormes réparations et soumet ses régions occidentales à l'occupation alliée. Liée par l'héritage de ce traité, la République porte le poids des quatre années de guerre perdues. Elle ne pourra jamais surmonter cette blessure initiale et la faiblesse associée.

Dans les années qui suivent la reddition, les Allemands sont soumis à de terribles désastres économiques, comme l'hyperinflation qui fait fondre les économies de millions d'entre eux. Ils sont aussi le témoin de multiples tentatives de coup d'État et d'assassinats politiques sans nombre. La République a également à subir le harcèlement de forces révolutionnaires qui prétendent restructurer la société dans la violence.

Sur le flanc gauche, le parti communiste propose une dictature bolchévique, avec abolition de la propriété privée et destruction des institutions démocratiques. Sur la droite, une nouvelle idéologie hyper nationaliste proclame un nouvel ordre racial et prophétise une expansion impérialiste. Le climat de la république de Weimar, terriblement polarisé et extrêmement violent, est « l'âge des extrêmes⁵ ».

Bien que Weimar fut la première démocratie allemande, les historiens ont débattu longuement la plus ou moins grande imprégnation des idées démocratiques en son sein. Considérant les événements qui émaillèrent l'histoire de la République, les violences et les désordres dont elle fut le théâtre mais aussi et surtout la faible résistance à son démantèlement en 1933, les historiens attribuèrent souvent sa disparition à l'absence d'enracinement intellectuel de l'idée de démocratie. Selon leur analyse, la défaite traumatisante de la Première Guerre mondiale et l'instabilité chronique de la République, assénèrent un terrible coup à la confiance des Allemands dans le progrès, une vie politique pacifiée et dans la société libérale.

Bien que l'idéologie libérale et la démocratie constitutionnelle reçoivent peu de soutien dans la société allemande d'après-guerre, il existe des lieux, des fora dans lesquels les théories démocratiques sont débattus et promus. Weimar n'était pas « une démocratie sans démocrate » comme de nombreux chercheurs ont pu l'écrire⁶. Au cours des années 1920 et 1930, de nombreux intellectuels se sont engagés dans de multiples campagnes pour renforcer les principes démocratiques et construire les fondations théoriques de la République de Weimar. Il s'agissait principalement de démontrer qu'un régime fondé sur l'élection démocratique des dirigeants était le seul système véritablement légitime.

En particulier des institutions universitaires à Heidelberg, Berlin, Francfort et Munich fondèrent des organisations, des lieux de formation pour des étudiants, mais aussi des adultes afin de donner des bases théoriques solides aux défenseurs de la démocratie et de son développement en Allemagne. Ces programmes de formation avaient pour but de répondre à des questions concrètes auxquelles était confrontée la jeune République, comme par exemple : Comment produire une élite démocratique dans un pays où les dirigeants économiques, politiques, universitaires sont depuis toujours des fervents supporteurs de la monarchie ? Quelles sont les relations entre les conditions économiques et les droits politiques ? Est-ce

⁵ E. HOBSBAWN, *the Age of extremes: The Short Twentieth Century, 1914-1991*, New York Vintage, 1994.

⁶ J.-W. MÜLLER, *Constitutional Patriotism*, Princeton University Press, 2009.

qu'une démocratie est obligée d'assurer une distribution équitable des ressources ? Quel est le rôle des religions dans une démocratie ? La séparation de l'Église et de l'État est-elle un risque d'affaiblissement ou une chance de renforcer le pays ? Que doit faire la République vis-à-vis de ceux qui veulent la détruire, comme les communistes et les nationalistes extrêmes ? Quelles doivent être les relations de la jeune République avec les pays voisins ? Faut-il coopérer ou bien se lancer dans une compétition impérialiste ? Toutes ces questions étaient au cœur des débats des intellectuels et des politiciens allemands de cette époque. En tentant d'y répondre de façon concrète, les pro-démocrates furent capables de se faire entendre dans cette Allemagne traversée de tensions.

Carl J. Friedrich et quelques autres comme Ernst Fraenkel (1898-1975), Waldemar Gurian (1902-1954), Karl Loewenstein (1891-1973) et Hans Morgenthau (1904-1980)⁷ étaient convaincus que le système politique démocratique convenait parfaitement à l'Allemagne et qu'il ne s'agissait ni d'une formule imposée aux Allemands par les forces alliées, ni d'une humiliation de plus ou d'un ferment de faiblesse, comme les nationalistes le prétendaient. Ces quatre jeunes Allemands éduqués sous Weimar connurent un destin similaire à celui de Carl J. Friedrich. Ils émigrèrent aux États-Unis à la prise de pouvoir des nazis, puis y collaborèrent après la Deuxième Guerre mondiale dans la lutte des États-Unis contre les nationalismes et le communisme. Leur parcours est raconté dans le livre de Udi Greenberg, *Weimar Century: German emigres and the ideological foundation of Cold War*⁸ dont le chapitre suivant tire l'essentiel des informations sur les activités universitaires et politiques de Carl J. Friedrich au cours du XX^e siècle.

Ces hommes de Weimar s'attachèrent particulièrement à montrer que la séparation des pouvoirs, la pratique de l'élection et l'existence de partis engagés dans une compétition politique pour la conquête du pouvoir n'étaient pas étrangères aux traditions germaniques. Ces jeunes défenseurs de la République démontrèrent aussi que la démocratie n'était pas un facteur de division interne de la nation. Le but de la politique n'était pas dès lors l'unité ou l'homogénéité nationale, mais l'organisation d'une compétition ouverte entre les partis, les groupes et les associations défendant des idées et prétendant à les mettre en œuvre.

Cependant cette argumentation se trouvait fortement mise en défaut par un anticommunisme virulent au sein de la société allemande. Déjà bien avant la Première Guerre mondiale, la crainte du communisme était un sentiment partagé par toutes les classes de la société, quelles que soient les sensibilités politiques, et dans toutes les régions du pays. Le triomphe de la Révolution de 1917 en Russie et la prolifération concomitante des partis communistes dans toute l'Europe accrut d'autant plus

⁷ E. Fraenkel fut un théoricien socialiste qui accompagna les troupes d'occupation américaines en Corée et participa à la définition de la partition entre le Nord et le Sud. Il devint par la suite l'un des plus importants auteurs sur les questions de démocratie et de travail en Allemagne. Waldemar Gurian, journaliste catholique, travailla pour le programme d'expansion culturelle en Allemagne de la fondation Rockefeller. Il forgea « la théorie du totalitarisme » contre le communisme, et devint l'un des spécialistes de l'Union Soviétique les plus en vue aux États-Unis. Karl Loewenstein était avocat. Il travailla pour le département de la justice américaine pendant la guerre. Il y mena des campagnes d'emprisonnement massif en Amérique latine puis fut reconnu comme un penseur de la démocratie et de l'anticommunisme en Allemagne. Hans Morgenthau fut très influent parmi les diplomates américains avec sa théorie « réaliste » des relations internationales au temps de la Guerre froide.

⁸ U. GREENBERG, *The Weimar Century, German emigres and the ideological foundations of the Cold war*, Princeton University Press, 2014.

la crainte que le communisme puisse mettre la main sur l'État allemand, abolissant la propriété privée, détruisant l'organisation sociale existante et supprimant la religion. Pour Carl J. Friedrich, la menace du communisme est bien réelle, car elle est totalement antinomique de sa vision de la démocratie. Il se souvient bien sûr que pendant les années 1920, les communistes allemands se sont opposés ouvertement aux élections et à la séparation des pouvoirs, en les présentant comme un voile masquant l'exploitation capitaliste.

Ce sera une caractéristique constante de la vision de la démocratie par Carl J. Friedrich ; pour lui, la démocratie doit être constamment protégée et il est indispensable de prévoir des mécanismes pour éviter sa subversion par des forces totalitaires et en particulier communistes. D'une certaine manière, démocratie et anticommunisme sont étroitement associés.

b. Carl J. Friedrich de la République de Weimar à la guerre froide

i. Rallier les protestants à Weimar

Fervent soutien de la monarchie et plus encore du nationalisme et de l'impérialisme, les protestants allemands réagirent dans leur grande majorité avec hostilité à l'avènement de la démocratie en Allemagne. La majorité protestante considérait la monarchie protestante comme une marque de l'hégémonie du protestantisme sur la société allemande. À ses yeux, la démocratie, avec ses principes d'égalité politique et son mépris apparent pour l'autorité traditionnelle, n'est qu'un instrument des ennemis de l'extérieur, et en particulier des Français, pour détruire la chrétienté et diviser la nation allemande.

L'hostilité s'intensifia encore plus lorsque la révolution de Weimar sembla réaliser les pires craintes des protestants. Les premières élections portèrent au pouvoir une coalition de socialistes, de catholiques et de libéraux, et la nouvelle République coupa le lien, instauré par la monarchie, entre le trône et l'autel, en décidant que le protestantisme ne serait plus la religion d'État. Les intellectuels et les politiciens protestants s'en prirent immédiatement à la République de Weimar en l'accusant d'être en elle-même une attaque monstrueuse, laïque et étrangère, contre la chrétienté allemande. Le théologien luthérien Emmanuel Hirsch écrivit « l'amour chrétien [...] doit résister au régime démocratique »⁹. Pendant toute la durée de la République de Weimar, la plupart des protestants rejoignirent les partis de droite, espérant que la République serait renversée par un régime autoritaire. Cette opposition constante et virulente fut toujours une menace, une faiblesse pour Weimar.

Cependant, un petit groupe de penseurs protestants s'opposèrent à ce consensus politique. Sous la conduite du pasteur et politicien protestant Friedrich Naumann, des théologiens comme Ernst Troeltsch et Otto Baumgarten exprimèrent publiquement leur soutien à la nouvelle République. Dans leur esprit, la démocratie était un produit inévitable de la modernité et de l'implication des peuples dans la politique. L'Allemagne devait accepter et accueillir cette réalité, au risque d'avoir à affronter des heurts sans fin entre le peuple et l'État. Comme Troeltsch l'exprima avec une certaine anxiété, « c'est seulement en permettant à tous les citoyens de participer

⁹ L. KAPLAN et R. KOSHER (dir.), *The Weimar moment: Liberalism, Political Theology, and Law*, New York, Lexington, 2012.

à la politique de façon démocratique que l'Allemagne pourra éviter un volcan de misère... et de guerres civiles¹⁰ ».

Le plus important de ces penseurs protestants fut le sociologue Max Weber. Son argument principal était que les régimes républicains sont les meilleurs mécanismes pour que les dirigeants adhèrent à « l'éthique de la responsabilité ». Pour lui, la catastrophe de la Première Guerre mondiale était la conséquence de l'esprit romantique et irresponsable qui avait imprégné l'ensemble du système politique germanique et l'avait conduit à se lancer dans des aventures brutales et insensées.

Il défendait l'idée que le rôle des institutions politiques est de faciliter l'émergence de dirigeants talentueux et responsables qui, par la puissance de leur charisme naturel, soient en mesure de guider le peuple entre les tentations « diaboliques » de la politique. En dépit de sa méfiance vis-à-vis du comportement des masses, méfiance qu'il partageait avec la majorité des protestants allemands, Max Weber pensait que le processus électoral était bien plus capable de porter au pouvoir des dirigeants responsables et charismatiques que celui de la monarchie héréditaire. Jusqu'à sa mort prématurée en 1920, il s'efforça d'institutionnaliser ses idées en participant à la rédaction de la Constitution de Weimar. Au début des années 1920, ses disciples s'efforcèrent de convaincre des membres de la communauté protestante de la justesse de ses idées afin de renforcer le soutien à la République.

Cette double ambition de recruter des protestants allemands pour tenter de donner une meilleure assise à la République et de produire une élite démocratique responsable, est au cœur des premiers travaux de Carl J. Friedrich. Il commence sa carrière à l'université de Heidelberg, l'une des plus prestigieuses d'Allemagne. Il y rejoint un groupe de jeunes intellectuels ambitieux, comme Alexander Rüstow et Arnold Bergstraesser, réunis autour d'Alfred Weber, jeune frère de Max et sociologue reconnu. Comme son frère, Alfred est convaincu que la démocratie est le meilleur processus pour faire émerger une élite de « génies créateurs ».

Les premiers efforts de Carl J. Friedrich pour soutenir la République de Weimar se concrétisent par le développement d'une nouvelle théorie politique qui fait de la démocratie une application des principes chrétiens. Il proclame en effet que le génie du protestantisme s'exprime mieux dans les institutions républicaines que dans la monarchie. Selon lui, le système parlementaire de Weimar n'a pas pour origine la philosophie des Lumières et l'anticléricalisme de la Révolution française comme le croit la plupart des protestants, mais plutôt la tradition chrétienne calviniste, développée d'abord en Europe centrale au cours des XVI^e et XVII^e siècles. Carl J. Friedrich écrit que « les centres de la démocratie sont des pays avec une tradition calviniste dominante, comme la Suisse, les États-Unis et la Hollande¹¹ », et non pas la France révolutionnaire. Il y a une connexion organique entre le calvinisme et les politiques démocratiques.

En développant cette théorie qui faisait remonter la démocratie aux croyances calvinistes, Carl J. Friedrich espère pouvoir déconstruire les objections protestantes à Weimar, et rediriger leur volonté politique en faveur de la démocratie. Au centre

¹⁰ E. TROELTSCH, « Die deutsche Demokratie », in H. BARON (dir.), *Spektatortriebe: Aufsätze über die deutsche Revolution und die Weltpolitik*, Tübingen, Mohr, 1924.

¹¹ C.J. FRIEDRICH, Preface of *Politica Methodice Digesta*, reprinted from the third edition of 1614, by J. ALTHUSIUS, Cambridge MA, Harvard University Press, 1932, p. xvii

de sa généalogie de la démocratie, il place l'œuvre d'un théoricien politique allemand, Johannes Althusius (1563-1638). Ce juriste important de la ville de Emden publia une série d'ouvrages sur la politique, la religion et le droit. Bien que ses écrits aient attiré quelque attention pendant la période impériale, en particulier celle de Otto von Gierke, le théoricien du droit public allemand¹², ils n'étaient plus étudiés pendant la période de Weimar.

Pour Carl J. Friedrich Althusius est un géant de la pensée religieuse et de la réflexion politique moderne, « le plus clair et le plus profond penseur que le calvinisme a produit dans le domaine de la science politique et de la jurisprudence ». Il est le premier à expliquer que le pouvoir émane du peuple et non de la monarchie, et que les croyances et pratiques protestantes sont par nature démocratiques et non monarchiques. En 1926, Carl J. Friedrich se lance dans le projet de réinstaller Althusius et ses idées au cœur de la pensée politique occidentale. Après de longues années de collecte de rares manuscrits, il publie en 1932 une nouvelle version du monumental *Politica Methodice Digesta* (Analyse systématique du politique) de 1614. Dans une longue introduction, Carl J. Friedrich développe l'idée que la « cosmologie calviniste » d'Althusius, qui ouvre la voie à la démocratie moderne, n'est pas fondée sur « l'humanisme des lumières françaises » mais sur « l'éthique protestante ».

Le but de la théorie d'Althusius est de fonder un régime politique fédéral basé sur un *foedus*, (alliance, convention en latin), un lien spirituel entre Dieu et le peuple. Selon Althusius, l'objectif de la politique est de créer et de maintenir des conventions entre les humains. Ces accords sociaux et politiques sont l'équivalent des alliances bibliques, comme celle entre Dieu et Noé ou celle entre Dieu et le peuple d'Israël. À la différence des monarchies, ces liens bibliques s'appuient sur le consentement des citoyens. Comme le peuple d'Israël choisit d'entrer dans l'alliance avec Dieu, le peuple de l'ère moderne du politique est libre d'entrer dans une alliance politique. Althusius fait l'hypothèse que chaque citoyen, s'il a le choix, préférera rejoindre une alliance volontaire plutôt que de se soumettre à une autorité monarchique. Dès lors, il affirme de façon radicale que l'autorité politique appartient non pas aux dirigeants mais au peuple. Le droit de souveraineté « n'appartient pas à des membres individuels, mais à tous les membres de l'alliance pris ensemble [...] [l'État] peut être constitué non pas par un membre, mais par tous les membres pris ensemble ». Les alliances sont fondées sur des associations, ou des groupes, dans lesquels les individus viennent ensemble pour coopérer sur les affaires publiques. Le but de la théorie politique est de fournir des modèles pour la création de ces associations. Ce sont ces associations plutôt que le roi qui possèdent l'autorité ultime pour légiférer. Seuls des régimes fondés sur de tels groupements peuvent créer des communautés politiques qui sont « saintes, justes, confortables et heureuses¹³. »

Selon Carl J. Friedrich, cette identification du groupe comme la source de l'autorité politique est une innovation fondamentale qui trouve son origine dans l'esprit calviniste. C'est le produit du concept de prédestination, la croyance que Dieu a

¹² O. VON GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Breslau, M. & H. Marcus, 1913.

¹³ Traduction de la version anglaise du *Politica* de J. ALTHUSIUS publié par C.J. FRIEDRICH en 1965, Indianapolis, Liberty Fund, 1995, p. 21.

sélectionné quelques âmes pour être sauvées alors que toutes les autres sont destinées à la damnation éternelle. Selon Carl J. Friedrich, « la terreur indicible de compter parmi les damnés » conduit les calvinistes à chercher des signes terrestres qu'ils figurent parmi les élus. Max Weber, dans sa fameuse théorie du capitalisme, affirme que les calvinistes regardent les succès économiques et la richesse matérielle comme un signe d'un heureux destin¹⁴. Carl J. Friedrich y ajoute que les calvinistes voient également de tels signes dans l'élection à la participation aux affaires politiques. En contribuant à la prospérité de la communauté politique, ils pensent pouvoir être parmi les heureux élus. Pour Carl J. Friedrich, « cela montre pourquoi le calviniste orthodoxe doit considérer la vie dans la communauté politique [...] comme la seule estimable ... [dans le calvinisme] les fonctions politiques ou sociales ont une signification religieuse, chaque fonction est imprégnée d'un profond sentiment religieux. » Les calvinistes sont les premiers à considérer la sauvegarde d'une communauté politique pacifique, juste et égalitaire comme un signe de la grâce divine. La politique est une façon de remplir ses devoirs religieux.

Écrivant pour un public protestant, Carl J. Friedrich met encore plus en avant la raisonnement d'Althusius selon lequel une convention politique, pour être pacifiée et harmonieuse, doit être fondée sur cinq associations dans lesquelles l'autorité politique repose sur le peuple : deux sont des associations privées – la famille et la corporation professionnelle (*collegium*) – et trois sont publiques – la ville, la province et l'État. Dans la vision d'Althusius, chaque association publique est dirigée par un conseil de représentants des associations du niveau inférieur. Le conseil de la ville, par exemple, serait composé des représentants des familles et des corporations. Les représentants de plusieurs villes composeraient le conseil de la province. Chaque conseil disposerait d'une autonomie pour légiférer et adapter sa propre convention aux besoins de ses membres. Au sommet de la structure, l'État gère les relations entre toutes les associations. « Les membres du royaume, ou de cette association universelle, écrit Althusius, seront des villes, des provinces, et des régions agréant entre elles de constituer un seul corps fondé sur une union et une communication mutuelle¹⁵. » Dans cette conception décentralisée, le pouvoir serait diffusé dans les différents niveaux et institutions, toujours ouvert à négociation et débat.

Dans ce récit de Carl J. Friedrich, dès lors, c'est le modèle calviniste, plutôt que l'humanisme laïque, qui donne naissance à la démocratie constitutionnelle moderne, aussi bien en Europe qu'aux États-Unis. Althusius établit clairement que l'autorité politique réside dans le peuple et son appel à une coopération politique pacifiée entre les groupes est la fondation intellectuelle des démocraties modernes. Elles ne trouvent donc pas leur ancrage dans les droits individuels ou dans la souveraineté nationale mais dans la vision religieuse d'Althusius d'une société politique fondée sur la convention. Ces idées calvinistes des XVI^e et XVII^e siècles se sont propagées en Angleterre et aux États-Unis pour asseoir des régimes constitutionnels et finalement démocratiques. « Un chemin très claire, conclut Carl J. Friedrich, conduit du concept de groupe coopératif d'Althusius aux institutions américaines¹⁶. »

¹⁴ M. WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 1905.

¹⁵ J. ALTHUSIUS, *Politica*, p. 67.

¹⁶ C.J. FRIEDRICH, Preface of *Politica Methodice Digesta*, p. lxxiv.

Poursuivant le raisonnement, Carl J. Friedrich soutient que la mise à jour des racines althusiennes de la démocratie moderne permet d'identifier trois fondements pour légitimer la République de Weimar. Premièrement, le travail d'Althusius révèle que le système républicain n'est pas le produit d'une sécularisation destructive, comme beaucoup d'allemands le croient ; au contraire c'est l'accomplissement de pensées chrétiennes ; « rien, plus clairement que le travail d'Althusius, ne montre qu'un État coopératif, une démocratie, ne peut durer qu'entre des hommes animés par la pensée chrétienne¹⁷. » La République protège la conviction calviniste que l'autorité politique repose dans le consentement des communautés et non pas dans la monarchie héréditaire. La pensée d'Althusius est accessoirement une preuve de supériorité intellectuelle du protestantisme ; par conséquent, la démocratie n'est pas une façon de saper le rôle éminent que la communauté protestante a joué en Allemagne, c'est même une façon de lui donner un nouveau souffle.

Deuxièmement, Althusius montre que ce sont les groupes et non les individus qui sont au fondement de l'autorité politique. Seuls les partis, les syndicats, les associations politiques peuvent se mettre d'accord pour fonder une convention politique – une alliance – ce qui ne peut être le rôle d'un dirigeant autoritaire comme avait pu l'être l'empereur. Carl J. Friedrich rappelle constamment ce principe que seul des groupes d'individus peuvent constituer une alliance ; « le groupe [...] est composée de membres, et ces membres tous ensemble possèdent [...] l'unité du groupe. Seulement ce qu'ils décident conjointement peut être considéré comme la réalisation de l'unité collective du groupe¹⁸. » La structure décentralisée du système parlementaire n'est pas la mise en œuvre d'un individualisme libéral destructeur. Bien au contraire, la démocratie est fondée sur des communautés religieuses unifiées, telles que les protestants allemands les conçoivent. Conventions et Républiques affaiblissent l'individualisme en renforçant les liens communautaires. Dans les « groupes inclusifs » que la vie démocratique encourage, « l'individu tend à disparaître » pour ne faire qu'un avec la communauté. Carl J. Friedrich défend l'idée que les concepts politiques qui constituent la République, comme celui d'égalité des droits politiques pour tous, « ne sont pas des droits individuels prenant racine dans le groupe [...] ces sortes d'idées n'ont rien à voir avec « les droits naturels de l'homme¹⁹. » Dès lors, les institutions de la République ne sont pas issues des idéologies libérales occidentales. Les protestants allemands peuvent s'en emparer tout en rejetant toute idée de laïcisation et d'individualisation de la société.

Troisièmement, le travail d'Althusius fournit à Carl J. Friedrich la preuve que la République de Weimar n'est pas un corps étranger imposé à l'Allemagne par les pays occidentaux. En effet, sa démonstration vise à apporter la preuve que la démocratie a germé sur le sol allemand même, dans des cités comme Emden, des décades avant que d'autres nations s'en emparent. La théorie d'Althusius a émergé organiquement des premières cités modernes allemandes comme Francfort ou Nuremberg. Ces villes ont été les premières à développer « les institutions complexes décrites par Althusius ». Dès lors, l'institutionnalisation de la république en Allemagne n'est que la restauration d'une tradition locale. Après avoir essaimé avec les puritains, ces traditions reviennent de l'Atlantique dans leur lieu de naissance.

¹⁷ *Ibid.*, p. LXXXII.

¹⁸ *Ibid.*, p. LXXIV.

¹⁹ *Ibid.*

Comme Carl J. Friedrich le dira dans une conférence, la constitution de Weimar est l'application des idéaux allemands. Ce devrait être « une source de fierté pour chaque allemand²⁰ ».

Au travers de récits du caractère transnational de la circulation des idées religieuses, Carl J. Friedrich cherchait aussi à encourager la coopération du gouvernement de Weimar avec d'autres pays. En particulier, il suggère que l'Allemagne et les États-Unis partagent une histoire spirituelle et intellectuelle commune qui remonte au 17^e siècle et qui doit donc être poursuivie, voire renforcée, dans ces années 1920. C'est ce qu'il s'efforcera lui-même de mettre en pratique.

Sa théorisation calviniste de la naissance des idées de démocratie présentant le défaut d'exclure les autres religions, il tentera par la suite de les inclure. Cependant il restera toute sa vie fidèle à cette idée d'idiosyncrasie entremêlant religion, démocratie, coopération internationale, aussi bien dans sa vie intellectuelle de professeur d'université que dans sa carrière de conseiller auprès des gouvernements aussi bien américain qu'européens. Ce deuxième volet de son activité s'appuiera principalement sur la conviction qu'une démocratie ne peut prospérer que si elle s'appuie sur une élite qui la soutient, en comprend les ressorts profonds et les bénéfiques pour la paix et la stabilité sociale.

ii. Former une élite démocratique

La campagne de Carl J. Friedrich pour renforcer la participation des protestants à la République de Weimar ne se limite pas à la glorification de l'esprit calviniste. Pour lui, la question de l'éducation et de la formation d'une élite dirigeante dans une société démocratique est toute aussi importante. Comme la plupart des protestants allemands de la classe moyenne, Carl J. Friedrich et les membres de « l'école Weber » sont persuadés que la majorité des citoyens ne sont pas prêts pour une vie politique démocratique, et qu'une élite gouvernante ne peut pas émerger spontanément du peuple ; il lui manque les connaissances nécessaires et la vision pour participer aux affaires publiques.

Carl J. Friedrich l'écrit sans détour en reprenant les mots d'Althusius : « l'homme moyen est inconstant, violent, sans jugement, envieux, sauvage, turbulent, séditionnaire, frivole, oublieux, changeant, et singe ceux qui gouvernent²¹ ». À la lumière de cette franche hostilité vis-à-vis des gens ordinaires, le succès de la démocratie repose sur la capacité de la communauté associée de produire des dirigeants visionnaires et responsables. La vision d'Althusius d'une communauté coopérative nécessite que « les hommes éduqués gouvernent les États ». Ces hommes qui œuvrent dans les intérêts de la communauté au niveau local, régional et national sont là pour aider les masses à transcender leur mesquinerie et à porter le bien public.

Les citoyens peuvent s'améliorer par eux-mêmes au travers de la coopération et l'engagement public, mais il revient aux dirigeants de piloter la politique et d'aider les gens ordinaires à faire les bons choix politiques. Carl J. Friedrich est convaincu que la formation de cette élite est une clé pour le bon fonctionnement et la survie de la démocratie. Cette conviction est le moteur de son engagement institutionnel dans ses années Weimar. Par la suite, il poursuivra jusque dans les années 1960 cet

²⁰ C.J. FRIEDRICH, *Lecture on the German constitution 1919, 1926*.

²¹ C.J. FRIEDRICH, *Preface to Politica methodice digesta* de J. Althusius, 1932, p. LXXI.

engagement dans l'établissement d'institutions destinées à l'éducation démocratique. À ses yeux, une bonne éducation doit instiller la moralité, l'éthique et la responsabilité nécessaires pour assurer le bon fonctionnement d'une démocratie de l'alliance.

Cette pensée patricienne de Carl J. Friedrich prend son origine dans une méfiance commune de la bourgeoisie protestante allemande à propos des masses, mais pas seulement ; elle est également le propre de l'élite culturelle et gouvernante. Depuis le 19^e siècle, les dirigeants politiques et les intellectuels allemands ont craint que l'implication croissante des citoyens ordinaires dans la politique ne mette à mal l'ordre « naturel » de la société. Ils y voient le risque que la politique soit placée sous la domination de foules brutales, non éduquées et irresponsables. L'hostilité de la bourgeoisie protestante vis-à-vis de la République de Weimar vient de cette peur que la démocratie porte au pouvoir des irresponsables et en particulier les classes ouvrières. Ernest Troeltsch l'exprime parfaitement quand il met en garde contre le risque de voir le gouvernement de Weimar apporter le « chaos et le nivellement [...] la diffusion sournoise de la médiocrité qui mettra tout à bas²² ». Alfred Weber, le mentor de Carl J. Friedrich, partage également cette méfiance vis à vis des masses. Comme son frère Max, son soutien à la démocratie émane de la conviction que le système électoral démocratique est meilleur que le système héréditaire de la monarchie pour faire émerger des dirigeants « responsables », qui peuvent contrôler le peuple.

Dans une tentative d'apaiser cette crainte, Carl J. Friedrich avance que la formation d'une élite responsable et pro-démocratique peut contrecarrer le danger de la brutalité des masses et défendre la convention sociale. Pour lui, cela se traduit par la nécessité de former un bataillon de fonctionnaires d'État, non élus, qu'il appelle la « bureaucratie responsable ». Celle-ci utilisera sa position centrale dans l'État pour contrebalancer la pression subie par les politiciens élus. À la différence des politiques élus, les bureaucrates peuvent s'abstraire des pressions des groupes d'intérêt. Ils peuvent défendre l'intégrité de la convention sociale en protégeant les intérêts de tous les membres de la communauté, et pas seulement de ceux qui ont gagné les élections. C'est pourquoi, pour Carl J. Friedrich, une bureaucratie responsable était indispensable au bon fonctionnement d'une démocratie ; « non seulement nous devons rejeter l'idée que démocratie est opposée à bureaucratie, mais de plus nous devons reconnaître que le futur de la démocratie dépend de sa capacité à conserver une bureaucratie reconnue en tant que telle²³. » La bureaucratie éclairée et responsable joue un rôle essentiel car « si un gouvernement populaire est incapable de maintenir une hiérarchie bureaucratique, il ouvre la voie à la dictature²⁴. »

Le modèle pour cette bureaucratie, Carl J. Friedrich le trouve à Heidelberg. En tant qu'étudiant d'Alfred Weber, il trouve son inspiration dans l'institution de sciences politiques que ce dernier a fondé en 1918, dans laquelle il a d'abord étudié puis enseigné. Pendant les années 1920, la grande majorité des universitaires alle-

²² E. TROELTSCH, « The German Democracy », in *The Weimar Republic Sourcebook*, edited by A. KAES, M. JAY and E. DIMENBERG, 90. Berkeley, Los Angeles and London: University of California Press, 1994.

²³ C.J. FRIEDRICH, *Responsible Bureaucracy. A study of the Swiss Civil Service*, New York Russel, 1932, p. 14.

²⁴ *Ibid.*, p. 28.

mands – professeurs et étudiants – restent hostiles à la démocratie et à la République. Espérant le retour de la monarchie ou l’installation d’un régime autoritaire, les universités allemandes n’offrent aucune formation sur la théorie et l’histoire démocratique. Weber et ses étudiants sont parmi les premiers à essayer d’accompagner la République en développant un programme de formation de recherche qui lui est favorable. En 1924, « l’école Weber » devient l’*Institut für Sozial und Staatswissenschaften* (Institut pour les sciences sociales et politiques), connu rapidement sous l’acronyme d’InSoSta. Pendant toutes les années 1920, l’Institut propose des cours et accompagna des recherches sur l’économie allemande, la science politique, la sociologie, l’histoire, la géographie et le droit, avec l’intention affichée de produire une élite favorable à la démocratie. Des milliers d’étudiants suivent les formations pour se préparer à des carrières dans les administrations locales et nationales. Ainsi, en 1924, le ministre de l’Éducation et de la Culture de l’État de Bade agréa l’InSoSta comme le meilleur institut de formation pour former les fonctionnaires.

Pour Carl J. Friedrich, l’InSoSta est le prototype d’une éducation de haut niveau en Allemagne, le cœur d’un nouvel ordre intellectuel et politique. C’est seulement au travers de ce type de formation que la démocratie constitutionnelle de Weimar pourra trouver l’élite dirigeante responsable dont elle a besoin pour survivre et prospérer. Le principal rôle de cette formation académique est de produire une administration d’État qualifiée qui puisse contrebalancer la démagogie des politiciens élus. C’est pourquoi Carl J. Friedrich en appelle à la collaboration étroite entre les institutions universitaires et les instances gouvernementales démocratiques ; « l’enseignement public et les universités remplissent une fonction d’intégration des organisations d’éducation dans l’appareil d’État²⁵. »

Ce qui fait l’originalité du modèle que Carl J. Friedrich a en tête et dont InSoSta est la première réalisation, ce n’est pas seulement le contenu pro-démocratique des enseignements mais aussi le cadre institutionnel dans lequel il doit se développer. Carl J. Friedrich croit que la création d’une élite responsable ne peut pas être laissée soit à l’État seul, soit au secteur privé seul. Au contraire, cette création ne peut être achevée que par modèle de coopération entre des dirigeants de l’administration, des universitaires et des philanthropes issus de la société civile capable de produire une matrice hybride d’idées et de pouvoir.

Dans l’Allemagne de 1920, c’était une idée radicalement nouvelle. Sous l’empire et sous la République de Weimar, l’État permettait des investissements privés dans les domaines de la biologie et de la chimie mais conservait un strict monopole dans le domaine de la formation au droit, à la théorie politique et aux humanités. Carl J. Friedrich ouvrit une brèche dans ce monopole en mobilisant des organisations philanthropiques et des bienfaiteurs privés pour créer avec InSoSta un centre universitaire semi-indépendant. Pour cela, il se servit du réseau des anciens élèves d’Alfred Weber dont la plupart travaillaient dans l’industrie allemande. Même si les membres d’InSoSta hésitaient à mettre en œuvre cette nouvelle politique de financement, Carl J. Friedrich y voyait un moyen de garantir l’indépendance de l’Institut par rapport à l’État et, plus encore, de créer un attachement du monde de l’industrie et du commerce allemand pour les idées démocratiques.

En fait, les soutiens à InSoSta ne vinrent pas principalement de donateurs allemands mais de riches philanthropes venus d’outre atlantique. Carl J. Friedrich avait

²⁵ *Ibid.*, p. 24.

conclu de son étude sur Althusius que les États-Unis constituaient une application des idées des premiers « démocrates » allemands – consentement du peuple, décentralisation des pouvoirs, et coopération entre groupes d'intérêts. Pour lui, les Américains avaient mis en place les institutions que la République de Weimar tâtonnait encore à construire pour l'Allemagne. Il était donc convaincu que les universitaires et les philanthropes américains pourraient être des alliés naturels d'un renforcement des idées démocratiques en Allemagne.

La Fondation Rockefeller vint concrétiser cet espoir. Créée en 1913, elle cherchait à développer la coopération internationale et la formation scientifique. En 1924, après plusieurs années de délibération, ses dirigeants décidèrent de tourner leur attention vers l'Allemagne. Ils souhaitaient investir dans des institutions qui feraient la promotion d'une compréhension globale entre les nations, la démocratisation et la paix. La fondation considérait en effet ces trois éléments comme étroitement intriqués. Au travers de Carl J. Friedrich, InSoSta devint la porte d'entrée pour cette intervention. En 1924, John V. Van Sickle, économiste et directeur de la Fondation, rencontra Carl J. Friedrich à New York, puis Alfred Weber et Arnold Bergstraesser à Heidelberg. À la suite de ses rencontres, la Fondation commença à financer généreusement les programmes de formation de l'institut, dans le but de renforcer le sentiment démocratique et républicain en Allemagne.

Tout au long des années 1920, les investissements de la Fondation Rockefeller dans InSoSta augmentèrent régulièrement. Elle aida d'abord la création d'un centre pour les études anglo-américaines à Heidelberg qui offrait des cours sur les institutions démocratiques anglaises et américaines, sur l'économie et les systèmes juridiques ; c'était le tout premier programme allemand de formation sur les démocraties anglo-américaines. Elle finança rapidement des voyages d'études des membres d'InSoSta aux États-Unis, des publications de l'Institut et des visites d'universitaires américains à Heidelberg. Elle permit également l'expansion de l'Institut en finançant de nouveaux postes d'enseignants et de nouveaux programmes de formation. Alors même que l'Allemagne était en grande difficulté économique pendant la Grande Dépression, John V. Van Sickle se réjouit du succès de son action en Allemagne ; « la décision d'investir [dans InSoSta] a été excellente [...] L'Institut attire des étudiants de toute l'Allemagne de telle sorte que son influence est nationale. »

Ce premier succès incita la Fondation à investir dans d'autres centres universitaires, l'Académie politique de Berlin, l'Institut des affaires internationales de Hambourg et l'Institut pour l'économie mondiale de Kiel, c'est-à-dire toutes les institutions qui soutenaient la République ou, au moins, gardaient une attitude neutre. La Fondation soutint également financièrement de façon plus modeste des programmes de recherche en finance à Bonn, en statistique à Leipzig, en finance internationale à Cologne. À Berlin, elle aida un institut pour la presse moderne, un institut de droit et de droit international et, à Cologne, un institut de droit international. Au moment où la République s'effondra en 1933, la Fondation avait investi 15 millions de dollars en Allemagne, soit sa plus grande contribution mondiale dans un seul pays.

Carl J. Friedrich, qui croyait profondément dans ce lien intrinsèque entre l'Allemagne et la démocratie américaine, joua un rôle clé dans l'inauguration de cette interaction internationale entre l'Institut et la Fondation Rockefeller. Cette collaboration sera le prototype de programmes de formation similaires après la Deuxième Guerre mondiale.

Conformément à sa vision de la démocratie collaborative, Carl J. Friedrich pensait que la future élite gouvernementale allemande avait besoin d'interactions avec ses semblables dans les pays étrangers et en particulier avec les États-Unis. Au travers de ces échanges, les futurs dirigeants développeraient un réseau, une appétence pour la coopération et la négociation internationale pacifique. Il envisageait une nouvelle forme de diplomatie internationale dans laquelle les universitaires travailleraient avec les diplomates et les hommes d'affaires, pour partager des techniques démocratiques de gouvernement. Pour lui, c'était le seul moyen pour dépasser « le nationalisme ou une forme passive de pacifisme²⁶ » et établir un ordre international de stabilité et de paix. C'était une transposition internationale de sa vision de la société nationale pacifiée par l'action d'une élite éclairée et responsable.

Les premières démarches pour créer la relation avec la Fondation furent entreprises par Carl J. Friedrich en 1922 en compagnie de deux autres membres de l'École de Weber, Alexander Rüstow et Arnold Bergstraesser. Ils proposèrent un programme d'échanges international dans lequel les étudiants passeraient un an dans un pays étranger pour apprendre la langue, le système de gouvernement et pour établir des liens avec les futures élites. La création de ce programme expérimental impliquait toutes les institutions qui avaient porté InSoSta, le gouvernement allemand, des philanthropes américains et des universitaires allemands. L'université de Heidelberg accepta rapidement de soutenir ce programme, comme une façon de restaurer l'image d'université prestigieuse qu'elle avait avant la défaite. Les représentants du gouvernement allemand se rangèrent également derrière la proposition comme une action qui pourrait concourir à briser l'isolement diplomatique d'après la Première Guerre mondiale. En dépit de l'hyperinflation et des difficultés économiques, l'État de Bade et le gouvernement fédéral de Berlin acceptèrent de financer un tel programme d'échanges. Pour ce qui est des États-Unis, Carl J. Friedrich s'assura du soutien du Institute of International Education (IIE), une organisation philanthropique financée par la Fondation Rockefeller. Après sa visite à Heidelberg en 1924, son directeur, Stephen Duggan, fit un rapport à la Fondation disant qu'un tel programme d'échanges était la meilleure façon de combattre « les éléments réactionnaires et monarchistes qui contrôlent encore la formation universitaire en Allemagne. » La Fondation alloua 20 000 dollars pour couvrir les inscriptions et les frais de voyage des étudiants allemands venant aux États-Unis. Des figures éminentes de l'université américaine, comme le philosophe John Dewey et le professeur de science politique Charles Merriam, s'engagèrent à participer au programme.

En 1924, l'université d'Heidelberg ouvrit une nouvelle ère de la diplomatie culturelle quand elle lança le premier programme moderne d'échanges étudiant, le Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD²⁷), en collaboration avec les universités américaines de Cornell, Columbia, Yale et John Hopkins. Un premier groupe de 175 étudiants et professeurs, sélectionnés par Carl J. Friedrich et Arnold Bergstraesser, fit le voyage aux États-Unis pour un séjour d'un an. Dans le même temps, 155 Américains arrivèrent à Heidelberg pour suivre les cours de l'InSoSta pendant un an. Jusque dans les années 1930, des centaines d'étudiants participèrent à ces échanges et contribuèrent grandement à la renommée internationale de l'InSoSta. Pour Carl J. Friedrich, pour la Fondation Rockefeller et pour les politiciens

²⁶ C.J. FRIEDRICH, *Der akademische Austauschdienst (1924-1926)*, 1926.

²⁷ En ce début de XXI^e siècle, le DAAD existe toujours et demeure le principal programme d'échanges international pour étudiants allemands.

allemands, ces étudiants constituaient l'avant-garde d'une élite démocratique internationale.

Bien que sans doute totalement ignorants des enjeux théoriques et pratiques placés par Carl J. Friedrich dans ce programme, les diplomates de la République de Weimar comprirent rapidement combien cette initiative pouvait contribuer à relever le prestige de l'Allemagne à l'étranger. Les universitaires allemands avaient participé avant-guerre à des conférences internationales, mais le rapide succès du DAAD et le nombre de participants donnaient une toute nouvelle dimension aux échanges. Les diplomates y virent une magnifique opportunité pour briser l'isolement où le pays restait cantonné. Dès que ce programme fut porté à leur connaissance, des demandes de participation des ambassades allemandes du monde entier déferlèrent sur le bureau de Carl J. Friedrich et des dirigeants de Heidelberg. L'ambassadeur en Chine proposa de financer une délégation d'étudiants chinois et allemands. Le consul de Kobe au Japon invita les professeurs allemands pour visiter le pays et organisa une délégation japonaise à Heidelberg. Des demandes du même type émanèrent d'Argentine et des autres pays d'Amérique latine, déclenchant une avalanche de conférences, de publications et de visites mutuelles.

À l'occasion de chaque rapport, les bureaucrates allemands se réjouissaient du lustre retrouvé de la culture universitaire allemande. L'un des plus exubérants raconte comment, lors d'une conférence du biologiste Wilhem Kolle à Madrid que le DAAD avait financé, l'audience s'écria spontanément « Vive l'Espagne, vive l'Allemagne ! ». Le diplomate en poste précise que les chercheurs espagnols « ne sont pas aussi productifs que ceux des nations du Nord [...] c'est pourquoi la conférence fit une profonde impression [...] Cela montre que nous avons changé notre façon d'être depuis la guerre. » Pendant les années 1920, le gouvernement allemand finança régulièrement les délégations et les voyages en Europe, en Amérique latine et en Asie des membres de l'InSoSta pour des conférences sur l'implication de l'Allemagne dans la coopération internationale.

Plus la popularité du DAAD s'accroissait, plus il fallut ouvrir des branches dans les principaux campus allemands. Les unes après les autres, Berlin, Bonn, Breslau, Fribourg, Danzig, Frankfurt, Giessen, Göttingen, Halle, Hambourg, Iéna, Kiel, Karlsruhe, Leipzig, Marbourg, Königsberg, Munich, Stuttgart et Tübingen ouvrirent des filiales du DAAD. Plus encore, le programme s'étendit au-delà des États-Unis pour devenir véritablement international et constituer un réseau dans lequel la future élite allemande pourrait interagir avec les autres élites politico-gouvernementales. En 1926, Carl J. Friedrich inaugura les premières branches du DAAD en Grande-Bretagne et en France. Dès 1930, le DAAD était présent en Autriche, Irlande, Islande, Hongrie, Suisse, Finlande, Tchécoslovaquie, Canada et Chili, et envisageait de se déployer en Suède, Espagne, Argentine, Australie et Japon. Un année plus tard, bien qu'en plein dans la Grande Dépression, le gouvernement allemand considérait comme une priorité de l'étendre au Mexique, Danemark, en Lituanie et en Afrique du Sud. Avec le DAAD, la vision partagée par Carl J. Friedrich, le DAAD et InSoSta prenait une dimension globale. Les universités allemandes semblaient prendre à cœur leur nouveau rôle de former une élite internationale.

En dépit du succès du DAAD et du début de transformation de l'attitude des universitaires allemands vis-à-vis de la démocratie et de la coopération internationale, Carl J. Friedrich et ses collègues de l'École Weber échouèrent à mobiliser les protestants allemands en faveur de la République de Weimar. Quand la Grande Dépression toucha l'Allemagne, la classe moyenne protestante accompagna le virage du pays vers la droite en adhérant aux idéologies autoritaires et racistes et en

soutenant l'expansion belliqueuse et impérialiste. En effet, nulle autre catégorie de population ne supporta le nazisme avec plus d'enthousiasme²⁸.

Mais la mission d'InSoSta de former une élite démocratique responsable ne disparut pas. En quelques années, les idées démocratiques de Carl J. Friedrich firent leur chemin vers les États-Unis, où les mêmes personnalités et les mêmes institutions reprirent leurs efforts pour transformer le système d'éducation américain et, in fine, revenir en Allemagne.

iii. Transposition d'Heidelberg aux États-Unis

Après la prise du pouvoir par les nazis en 1933, il ne fallut que quelques mois pour que l'enthousiasme de quelques universitaires nationalistes et conservateurs permette au nouveau régime de prendre le contrôle de l'ensemble du système universitaire. Le Troisième Reich révoqua tous les professeurs antinazis et les professeurs juifs, interrompit les programmes d'enseignement démocratiques et imposa l'idéologie raciste. InSoSta figure parmi les nombreuses victimes de cette épuration. Pendant deux ans, son statut semi-indépendant lui permit de continuer à fonctionner mais, en 1935, les dirigeants nazis prirent le contrôle de l'institution et accrochèrent le drapeau à la swastika au-dessus de la porte d'entrée. Les nazis interdirent le financement américain, démantelèrent le DAAD, obligèrent Alfred Weber à prendre sa retraite et ses assistants à s'exiler. En deux ans, l'Ecole Weber fut détruite et sa vision d'une élite démocratique « responsable » réduite au silence. Comme Weber l'écrivit, les bâtiments désertés de l'Institut devinrent un monument à la République morte, ses couloirs vides et ses livres déchirés semblaient « des épaves, pourrissant comme des sacrifices sur la grève²⁹ ».

Cependant, cette destruction totale ne marqua pas la fin de la mission de l'InSoSta de produire une élite démocratique responsable, ni celle de créer le triangle vertueux entre État, université et secteur privé. Bien au contraire, les bouleversements des comportements politiques aux États-Unis dans les années qui suivirent la Grande Dépression offrirent un terrain favorable d'intervention pour Carl J. Friedrich, au cœur même du système universitaire américain. La Grande Dépression et le New Deal inaugurèrent une reconfiguration massive du rôle du gouvernement dans la vie américaine.

Carl J. Friedrich était installé aux États-Unis depuis 1926, suite à son mariage avec Leonore Pelham, citoyenne américaine, et il décida d'y rester définitivement après 1933. Lecteur en science politique à l'université de Harvard depuis la fin des années 20, il y fut nommé professeur en 1936. Depuis son bureau au Department of Government, il commença à lancer des projets sur le modèle de ceux d'InSoSta afin d'inciter le gouvernement américain, l'université et les organisations philanthropiques à travailler ensemble au développement des idées de démocratie, de coopération et de paix. Ces initiatives trouvèrent à nouveau un écho favorable, compte tenu des craintes de certains politiciens et hommes d'affaires de voir les principes du libéralisme mis à mal par la crise économique et les succès des gouvernements autoritaires en Europe et en Asie.

²⁸ M. GAILUS, *Protestantismus und Nationalsozialismus*, Cologne, Böhlau, 2001.

²⁹ S.P. REMY, *The Heidelberg Myth: the Nazification and Denazification of German University*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, p. 40.

Depuis 1930, Carl J. Friedrich avait réussi à s'imposer comme un spécialiste des sciences politiques à Harvard. Cependant, sa vision d'une collaboration État-universités-philanthropes semblait étrange à ses collègues. En effet, en tant que l'une des plus prestigieuses universités du pays, Harvard était très fière de son indépendance vis-à-vis du monde politique. Alors que certaines autres universités s'enorgueillissaient de conseiller les politiciens, Harvard considérait cette fréquentation comme trop risquée pour son indépendance intellectuelle. Robert Hutchins, président de l'Université de Chicago, exprima une position largement partagée dans les institutions académiques selon laquelle les chercheurs doivent se garder de toute tentation de coopération avec le gouvernement. Il était de toute façon peu probable qu'ils puissent produire « quelques corpus de connaissance systémique » qui soient de quelque utilité pour les fonctionnaires du gouvernement³⁰.

Ce sentiment augmenta encore plus avec le New Deal de Franklin D. Roosevelt. Comme leurs confrères de Yale, Princeton et Stanford, les professeurs de Harvard regardèrent la politique populiste du Président avec dédain et ne cherchèrent pas à y jouer un rôle. Même quand la Grande Dépression diminua considérablement les revenus, ils refusèrent toutes les subventions que le gouvernement fédéral leur proposa dans l'espoir de les recruter pour soutenir les nouvelles initiatives sociales et politiques. Rien n'illustra mieux cette réserve que la célébration du tricentenaire de Harvard en 1936. Quand Franklin D. Roosevelt, le diplômé le plus connu de l'université, arriva sur le campus, les étudiants, le corps enseignant et les *alumni* se mobilisèrent pour protester et boycotter les célébrations. Arthur Schlesinger Jr le dit très bien, Harvard en 1936 « était un cocon » ; influencer les politiques et conseiller le gouvernement « n'était pas à l'agenda³¹ ».

À l'opposé, la vision de Carl J. Friedrich de l'éducation de l'élite supposait une collaboration étroite avec l'État. Bien que très peu intéressé par l'aspect social du New Deal, il vit tout de suite les possibilités offertes par le nouvel interventionnisme du gouvernement américain et mesura l'ampleur de l'expansion de l'appareil d'État qui allait s'en suivre. En dépit de la différence entre les traditions intellectuelles allemandes et américaines, Carl J. Friedrich était persuadé de l'universalité de sa théorie ; une bureaucratie responsable, bien formée par des institutions universitaires de haut niveau est la clé d'une démocratie en bonne santé. Dans une longue étude développée en 1935 pour des fonctionnaires gouvernementaux, il reprit ses idées du temps d'InSoSta. Selon lui, l'augmentation considérable de l'interventionnisme du gouvernement américain dans le cadre du New Deal crée des risques pour la démocratie. En créant des programmes sociaux innombrables, des bureaux de coordination, des agences gouvernementales, le Président pourrait obtenir un pouvoir presque dictatorial si la bureaucratie sur laquelle il s'appuie n'adhère pas totalement aux principes démocratiques. Dans le même temps, la création de multiples nouveaux organes gouvernementaux constitue une chance pour former des « élites responsables », attachées à la défense de la démocratie. Des bureaucrates bien formés peuvent contrôler les nouveaux programmes et s'assurer qu'ils servent le bien commun. De plus, un réseau composé d'une élite éclairée serait en mesure de protéger la démocratie du populisme et des politiciens qui la

³⁰ M. KELLER et P. KELLER, *Making Harvard Modern. The Rise of America's University*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 131.

³¹ J. SURI, *Henry Kissinger and the American Century*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2007, p. 100.

représentent. Non élus et donc indépendants de tout intérêt particulier, ils peuvent avoir des points de vue neutres que les décisions en matière de politique publique nécessitent³².

Carl J. Friedrich utilise le contre-exemple des pays européens avec la montée du nazisme qui montre combien il est important d'avoir une élite bureaucratique bien formée et constamment en lien avec les institutions académiques pour éviter que la société ne donne naissance à une dictature. Seule une bureaucratie responsable a le pouvoir d'empêcher les forces « diaboliques » de la politique de détruire l'alliance, « la loi fondamentale du pays³³ ».

Pour les universitaires, fonctionnaires et philanthropes qui soutenaient le New Deal, les idées de Carl J. Friedrich fournirent un cadre utile pour répondre aux défis de la Grande Dépression. Sa vision d'un leadership responsable, bien que non élu, séduisit beaucoup de ceux qui pensaient que la catastrophe économique nécessitait un accroissement des moyens d'actions du gouvernement et une planification centralisée. Son travail ouvrait de nouvelles perspectives en faisant cohabiter le pilotage de l'action gouvernementale par une élite non élue, mais attachée aux principes de la démocratie. De plus, il autorisait l'implication de chercheurs et d'universitaires dans l'action sociale et politique sans pour autant l'associer à une perte d'indépendance ou à une compromission intellectuelle. Stacy May, l'un des dirigeants de la Fondation Rockefeller, écrivit à Carl J. Friedrich que celle-ci était prête à reproduire aux États-Unis les programmes développés à Heidelberg. Comme lui, la Fondation croyait « qu'une active coopération de personnes ayant une expérience académique avec des fonctionnaires gouvernementaux aux prises avec les problèmes réels pourraient être utile aux deux³⁴. »

Le premier à s'intéresser aux idées de Carl J. Friedrich fut Otis Wingo, qui avait fondé en 1933 le National Institution of Public Affairs à Washington DC, une école privée pour la formation des fonctionnaires gouvernementaux. Il trouva dans Carl J. Friedrich un allié. En 1934, il recruta Carl J. Friedrich afin de siéger dans un comité consultatif pour l'administration Roosevelt. Pendant deux ans, Carl J. Friedrich présida la Commission of Inquiry on Public Service Personnel, un thinktank créé par le Social Science Research Council, organisme indépendant de recherche sur la législation gouvernementale. Les personnalités siégeant dans ce conseil, le premier du genre dans l'histoire des États-Unis, sont révélatrices de la volonté de l'administration Roosevelt de distiller dans le secteur public des idées provenant du milieu intellectuel ou académique. À côté de Carl J. Friedrich et de Wingo, il y avait aussi L. D. Coffman, président de l'université de Minnesota, et Louis Brownlow, directeur de la Public Administration Clearing House à Chicago. Après avoir conduit des interviews dans tout le pays, la commission proposa un plan pour un nouveau programme de formation des administrateurs et des bureaucrates de l'État. Ce cursus serait proposé par les universités du pays pour former des fonctionnaires à développer des politiques « scientifiques » et « rationnelles » dans le domaine de la Grande Dépression.

³² C.J. FRIEDRICH, *Responsible Government Service under the American Constitution*, New York et Londres, McGraw-Hill, 1935, p. 111.

³³ *Ibid.*, p. 68 et C.J. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Politics*, New York, Harper, 1937, 20-40.

³⁴ Lettre de Stacy May à J. Conant et C.J. Friedrich 18 avril 1935, archive C.J. Friedrich.

Alors que Princeton, Yale et d'autres prestigieuses universités montrèrent peu d'intérêt pour le plan proposé par la commission, Harvard, grâce à Carl J. Friedrich, proposa de créer un espace pour faciliter cette collaboration État-Université. En Mars 1934, Carl J. Friedrich proposa que Harvard ouvre un Institut d'administration publique. Ses contours seraient semblables à ceux de l'InSoSta : mettre ensemble des théoriciens des sciences politiques, des administrateurs publics et des représentants de la Fondation Rockefeller pour former des hommes et des femmes destinés à prendre « des positions de responsables dans la vie publique ». Comme Carl J. Friedrich l'expliqua aux dirigeants de la Fondation, les diplômés étaient destinés à être embauchés par le gouvernement fédéral, les gouvernements des états fédérés et les administrations locales, mais aussi les agences gouvernementales chargées de l'application des lois et des règlements, les associations professionnelles et les journaux. Ils étaient la future élite des États-Unis. En dépit de fortes objections de la part du conseil de l'université, en janvier 1935, Harvard inaugura un programme de formation pour les services publics. Ses étudiants, comprenant syndicalistes, fonctionnaires et jeunes diplômés, allaient suivre trois ans de cours avec Carl J. Friedrich, de conférences de politiciens du Massachusetts et accomplir des stages dans les administrations publiques comme des départements d'infrastructure publique ou des bureaux d'administration de la justice, et cela dans tout le pays. La Fondation Rockefeller, à nouveau, accepta de financer le programme pour cinq ans. Carl J. Friedrich et la Fondation avaient commencé à recréer InSoSta en Nouvelle Angleterre.

La combinaison de financements privés et du soutien politique transforma rapidement l'expérimentation à peine naissante de Carl J. Friedrich en une institution reconnue. En novembre 1935, l'ancien membre du Congrès républicain et fabricant de gants, Lucius Littauer, annonça qu'il soutenait le programme et le finançait avec un don de 2 millions de dollars. Par ce geste, il encourageait Harvard à ouvrir une nouvelle école d'administration publique. Celle-ci représenterait « le meilleur espoir d'éviter le désastre dû à des expérimentations hasardeuses en matière de gouvernement et d'administration » comme il les percevait dans le New Deal de Roosevelt avec l'expansion du rôle de l'État. Dans les idées de Carl J. Friedrich, il pensait avoir trouvé le moyen de canaliser l'énergie déployée par le gouvernement et éviter qu'elle ne s'épuise dans des initiatives sociales. Après que le conseil d'administration de l'université ait tergiversé pendant un an et avant de faire un pas vers l'administration fédérale, l'évolution de la politique les obligea à trancher. La réélection écrasante de Roosevelt en 1936 convainquit les membres conservateurs du conseil d'administration que Littauer avait raison et que le New Deal ne pouvait être contrôlé qu'à travers une collaboration avec le pouvoir fédéral. En décembre 1936, Harvard annonça la création d'une Graduate School of Public Administration, avec Carl J. Friedrich comme directeur. Comme le président de l'université, James Conant, le déclara : « le projet d'offrir un programme de formation pour les services publics au niveau « *graduate school*³⁵ » est totalement nouveau. Il n'y a à ce jour aucun précédent qui puisse nous guider dans ce pays, et très peu ailleurs. » Les professeurs, politiciens et philanthropes (Fondation Rockefeller et Littauer) entraient en territoires inexplorés et Harvard ouvrait ses portes au gouvernement fédéral³⁶.

³⁵ Troisième cycle.

³⁶ KELLER and KELLER, *Marking Harvard Modern*, p. 132.

Ironiquement, la formation dont Harvard espérait qu'elle limiterait l'expansion de l'État fédéral accomplit exactement l'inverse. En effet, les plus puissants encouragements que reçut Carl J. Friedrich pour sa vision de la formation d'une élite dirigeante démocratique lui vinrent du gouvernement fédéral. Comme des fonctionnaires de Weimar, les politiciens américains et les bureaucrates comprirent rapidement que cette nouvelle école était un parfait instrument pour amener l'élite du pays à travailler pour le gouvernement. Dès lors, des hauts fonctionnaires gouvernementaux se précipitèrent de Boston, New York et Washington DC pour prendre part à l'organisation du futur centre de formation. Henry Morgenthau, le puissant Secrétaire au Trésor de Roosevelt, contribua au contenu du programme sur les dépenses fédérales, Rosevell Magill. Le sous-secrétaire au Trésor présenta ses idées sur les faiblesses du système fiscal. Ils furent rejoints par le juge à la Cour Suprême Felix Frankfurter qui donna des cours sur le système judiciaire, mais aussi le journaliste Walter Lippman, Henry Parkman, du Département d'État, qui deviendra le directeur de l'administration civile des forces d'occupation américaines en Allemagne, l'un des plus proches collaborateurs de Carl J. Friedrich, ainsi que des douzaines de professeurs, politiciens des États fédérés, avocats et hommes d'affaires.

Carl J. Friedrich décrit de la façon suivante l'esprit de la formation dispensée : « la formation en théorie politique est de la plus haute importance dans la plupart des postes gouvernementaux. L'école ne cherche pas à former des techniciens experts dans le fonctionnement de tel ou tel service public. Elle cherche plutôt à dispenser la connaissance générale des fondements des principes et problèmes » de la vie publique³⁷. Les fondateurs d'une célèbre école d'administration française auraient pu souscrire totalement à cet objectif.

Les étudiants étaient donc appelés à participer à de nombreux cours sur les idées politiques, le droit et l'histoire. Ils faisaient souvent le voyage Boston – Washington DC pour rencontrer des sénateurs, des bureaucrates, des conseillers fédéraux et acquérir une compréhension générale des fonctions gouvernementales. À la fin des années 1930, la Fondation Rockefeller se réjouit que les résultats de la nouvelle école dépassent de loin ceux d'InSoSta en termes de couverture nationale. Ses diplômés exerçaient des fonctions dans le Département du Trésor, l'Autorité de la vallée du Tennessee, la National Youth Administration, le National Park Service, le Département du Commerce, le Conseil des gouverneurs de la Réserve Fédérale, le Département d'État, l'Armée américaine, entre autres.

Bien que les nouvelles relations entre universités et gouvernement visaient à résoudre des problèmes politiques et sociétaux internes aux États-Unis, elles offrirent aussi à Carl J. Friedrich une possibilité de valoriser l'expertise européenne. Dès lors, aussi bien Carl J. Friedrich que la Fondation Rockefeller virent dans la création d'un InSoSta like la possibilité d'aider les universitaires allemands persécutés et des Européens exilés à s'intégrer aux États-Unis. La Graduate School of Public Administration accueillit nombre d'entre eux, dont Alfred Oppler, ancien juge de la cour suprême Prusse qui exerça plus tard ses talents dans le US War Department et aida à écrire le projet de Constitution japonaise, mais aussi le politicien suédois Nils Harlitz ou le politicien hongrois Joseph Vesekloy. Le plus connu d'entre eux était Heinrich Brüning, ancien chancelier d'Allemagne, qui s'exila aux États-Unis et devint l'un des principaux enseignants en sciences politiques à Harvard. Bien que

³⁷ C.J. FRIEDRICH, *Report on Harvard Graduate School of Public Administration*, novembre 1938, archive Friedrich.

Brüning fut ultra-conservateur Carl J. Friedrich – qui avait désapprouvé les mesures antiparlementaires et d'austérité économique qu'il avait prises au début des années 1930 – avait dû reconnaître en lui un politicien d'une rare intelligence. De facto, les deux hommes réfléchirent brièvement à la création d'un gouvernement allemand en exil³⁸. Carl J. Friedrich participa aussi avec des représentants de la Fondation Rockefeller à la création du American Committee for the Guidance of Professional Personnel qui aida des centaines de professeurs allemands à s'établir aux États-Unis ; la Fondation finança cet effort de 350 000 dollars.

Cette première étape dans l'établissement de relations entre les universités et le gouvernement aux États-Unis prépara le terrain pour ce qui allait se produire pendant et après la guerre. Avec l'entrée en guerre du pays en 1941, les universités comme Harvard devinrent des composants indispensables de l'effort militaire. Le gouvernement américain, non seulement embaucha des professeurs et des chercheurs pour développer de nouvelles armes, comme le napalm ou la bombe atomique, mais aussi pour leurs connaissances des langues, sociétés, pratiques gouvernementales et institutions des pays ennemis. À la différence des empires européens qui avaient accumulé ce type de connaissance au cours du XIX^e siècle, le gouvernement fédéral disposait de très peu d'experts dans les cultures étrangères capables de parler les langues des pays ennemis ou alliés. C'était particulièrement vrai pour les pays d'Asie – Chine, Japon et Corée – mais aussi pour les pays d'Europe. À Harvard, le ministère de la Guerre recruta des centaines d'universitaires issus du département des sciences sociales. Travaillant à la fois à Washington DC et sur le campus d'Harvard, ils analysèrent les rapports d'espionnage, développèrent des campagnes de propagande et commencèrent à planifier les occupations d'après-guerre. Le gouvernement versa des millions de dollars aux universités pour financer des études servant à élaborer les stratégies diplomatiques, militaires mais aussi sociales. Ce financement fédéral obligea les universités à penser de nouveaux contenus de programmes d'enseignement et modifia grandement les orientations des recherches. Cela forgea une relation symbiotique entre le gouvernement fédéral et certaines universités. Les champs d'intervention de l'État, des militaires et des chercheurs se superposèrent comme jamais dans l'histoire des États-Unis. Comme un historien l'écrivit, « Harvard était si profondément intégrée dans l'effort de guerre qu'il devenait difficile de distinguer où l'autorité du gouvernement finissait d'où celle de l'université commençait³⁹ ».

Si la guerre avait intensifié la transformation de l'enseignement et de la recherche universitaire en rapprochant leurs agendas, cette évolution avait été initialisée presque dix ans avant. Ce n'est donc pas un hasard si ceux qui avaient incité Harvard à s'intéresser aux politiques publiques furent les mêmes qui se trouvèrent en première ligne dans l'effort de guerre. Carl J. Friedrich, James Conant, président de Harvard et la Fondation Rockefeller étaient évidemment bien placés pour apporter une réponse aux nouvelles demandes du gouvernement. Et c'est ainsi qu'ils créèrent la Harvard School of Overseas Administration (HSOA) en 1942. Elle forma des milliers de diplomates et de militaires pour les préparer aux occupations d'après-guerre. Dirigée à nouveau par Carl J. Friedrich, elle avait pour directeur délégué le célèbre sociologue Talcot Parsons, qui avait été aussi un élève d'Alfred

³⁸ C.J. FRIEDRICH, *Journal*, archive Friedrich.

³⁹ J. SURI, *Henry Kissinger and the American Century*, Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2007, p. 102.

Weber dans les années 1920. Carl J. Friedrich écrira au War Department que l'objet de HSOA est « de développer un programme intensif de recherches et d'études régionales en portant une attention particulière aux besoins de formation des Américains qui auront à combattre outremer et en connexion avec les tâches de guerre et d'après-guerre auxquelles ils auront à faire face autour du monde⁴⁰. »

Au cœur du programme de formation, Carl J. Friedrich avait placé les idées politiques, les langues, la géographie, l'histoire, l'économie et la culture des pays que les futurs diplômés auraient à occuper, mais aussi et surtout, pour rester fidèle à ses convictions, le fonctionnement des structures institutionnelles démocratiques. Les émigrés d'Europe et d'anciens missionnaires d'Asie aidèrent à planifier la mise en place d'une administration civile, de l'approvisionnement alimentaire et d'un système judiciaire. Des anciens élèves se retrouvèrent en poste à Frankfort, à Tokyo ou à Rome.

Comme l'École d'administration publique qui l'avait précédée, la HSOA était bien plus qu'un centre d'apprentissage des techniques administratives : c'était un lieu où étaient enseignées les valeurs de la démocratie, et en particulier celles du consensus autour d'un contrat social commun. Carl J. Friedrich proposait à ses étudiants de multiples présentations sur « Les structures institutionnelles d'Allemagne », « Lois nazis et lois démocratiques », « L'organisation des religions », « Les relations catholiques-protestants » et « l'État et la religion » par des émigrés allemands comme Arnold Brecht⁴¹, Karl Loewenstein⁴², Heinrich Brüning et le théologien protestant Paul Tillich.

Au fur et à mesure de l'avancée de la guerre, HSOA devint le modèle pour l'établissement d'écoles identiques dans les universités du pays. En 1943, la Fondation Rockefeller organisa une réunion de seize de ces écoles avec des représentants de l'armée, du gouvernement et des universités pour faire reconnaître et avaliser l'enseignement HSOA et en faire le standard. À la suite de cette harmonisation des programmes d'enseignement, une douzaine de nouvelles écoles furent ouvertes. En quelque sorte, la vision d'une élite bureaucratique responsable de la sauvegarde des principes démocratiques telle que portée par Carl J. Friedrich devint un consensus du temps de guerre. Il en restera quelque chose au début des années 2000, même si c'est de façon caricaturale, quand le gouvernement de George Bush aura l'illusion que la démocratie peut s'imposer dans un pays sur la base d'une élite bureaucratique formée à l'étranger. C'était oublier l'enseignement d'Althusius : le pouvoir vient du peuple, c'est son consentement qui forme l'alliance initiale. Carl J. Friedrich ne cessera de le rappeler dans ses écrits théoriques. Pour l'heure, s'ouvre un champ de mise en pratique des idées de Carl J. Friedrich, mais aussi de reconnaissance encore plus éclatante par les Présidents des États-Unis eux-mêmes de sa conception de la démocratie, c'est le début de sa période de plus grande influence sur la politique mondiale, juste après Deuxième Guerre mondiale et pendant la Guerre Froide.

iv. Les universités de la Guerre Froide

Si la Deuxième Guerre mondiale avait permis l'alliance entre les universités et le gouvernement américain avec la bénédiction et la facilitation d'organisations

⁴⁰ *HSOA Annual Report*, archive Harvard.

⁴¹ Juriste allemand, haut fonctionnaire sous Weimar, exilé en 1933.

⁴² Philosophe du droit, Allemand exilé en 1933, spécialiste des constitutions.

philanthropiques comme la Fondation Rockefeller, l'après-guerre et la reconstruction dans le contexte de la Guerre Froide donnera une ampleur encore plus grande à l'alignement des priorités d'action de l'État et de recherches des universités dans le domaine des sciences politiques. Le pouvoir soviétique et sa démonstration de force pendant la guerre sont un sujet d'inquiétude, une menace constante dans les pays occupés. Au lieu d'avoir un effet de démobilisation, la fin de la guerre fit surgir un nouvel ennemi plus diffus que l'Allemagne et le Japon : le communisme. Sa capacité de séduction parmi les peuples assoiffés de paix et d'égalité en fit le nouvel ennemi des diplomates américains, des politiques et des universitaires, et la Guerre Froide s'affirma comme un thème majeur sur les campus. La coopération des talents construite pendant la guerre fut mobilisée à nouveau pour lutter contre la nouvelle menace, le communisme et sa base de diffusion, l'Union Soviétique. De leurs bibliothèques et leurs salles de séminaires, les chercheurs d'Harvard et d'autres universités produiront un « déluge d'études⁴³ » pour guider les diplomates dans leurs combats contre l'expansion communiste en Europe, en Asie et dans le monde entier. Le gouvernement américain encouragera fortement ces efforts et engagera des millions de dollars pour le développement de nouveaux enseignements, l'apprentissage des langues et les recherches. Le combat contre le communisme ouvrit une nouvelle ère des relations entre le monde académique et le gouvernement, celle que les historiens appelèrent « l'université de la Guerre Froide⁴⁴ ».

Pour Carl J. Friedrich et les autres membres exilés de l'École Weber, c'est une formidable chance de participer à la reconstruction de l'Allemagne. Le travail fait au sein de HSOA leur permet d'accompagner les troupes d'occupation en Europe et de participer à l'établissement des nouvelles institutions démocratiques. L'esprit de Weimar, celui de l'université de Heidelberg et l'InSoSta va ainsi faire son grand retour dans la mère patrie.

À Harvard, l'objectif fixé par son président, James Conant, « est de cultiver chez le plus grand nombre de nos futurs citoyens une compréhension des responsabilités et des avantages qui leurs incombent parce qu'ils sont américains et qu'ils sont libres⁴⁵. » Pour lui et pour de nombreux autres professeurs et politiciens, la Guerre Froide est un test de la résilience américaine et de l'engagement de l'élite dans les institutions et les normes démocratiques. Il y avait en effet un risque que la propagande communiste s'engouffre dans l'esprit des jeunes générations ignorantes des avantages de la démocratie et oublieuses de ses valeurs. C'est pourquoi Conant appelle à redoubler d'effort, même après la victoire, pour assurer un soutien sans faille aux institutions démocratiques. Et il voit son université comme à l'avant-garde de cette mission interne aux États-Unis mais aussi externe. C'est une mission globale que l'Amérique s'assigne ainsi.

Les idées de Carl J. Friedrich sont dans cette phase de l'engagement américain comme dans les précédentes une base théorique pour structurer l'environnement académique. Il sort de la Deuxième Guerre mondiale avec des convictions anticomunistes et antisoviétiques renforcées. À ses yeux, l'Union Soviétique est un régime monstrueux qui cherche à asservir le monde entier. Ses dirigeants veulent abolir toute séparation des pouvoirs et détruire les démocraties constitutionnelles.

⁴³ U. GREENBERG, *The Weimar century*, p. 55

⁴⁴ J. SURI, *Henry Kissinger and the American century*, p. 92-137.

⁴⁵ J. CONANT, *My Several Lifes*, New York, Harper & Row, 1970, p. 368.

Pour Carl J. Friedrich, l'Union Soviétique et le communisme en général étaient l'incarnation des masses « irresponsables ». En cherchant à établir une utopie sociale, les communistes alimentent les forces « diaboliques » qui animent les politiques populistes. C'est justement ce que les élites responsables ont pour mission de contrôler.

En 1946, à peine quelques mois après la fin des travaux du HSOA, Carl J. Friedrich rejoint un groupe de professeurs de Harvard pour créer un « comité des études internationales et régionales ». Il est composé entre autres de Talcott Parsons, l'économiste Edward Mason, le spécialiste du Japon et futur ambassadeur à Tokyo Edwin O. Reischauer. Carl J. Friedrich crée un nouveau programme d'enseignement comprenant la théorie économique internationale, les relations politiques, la diplomatie et l'administration publique. Les étudiants se verront formés « aux tendances récentes de la communauté mondiale, aussi bien stratégiques, économiques que constitutionnelles. » Comme le HSOA avant lui, ce cursus vise à former des diplômés pour les institutions politiques. Comme l'un des membres du comité le formula, « notre espoir est de former des étudiants qui agiront aussi bien dans les cercles académiques que dans les politiques gouvernementales⁴⁶ ».

Au départ, l'enseignement portera sur la Chine et le Japon, deux pays cruciaux en Asie, et pour lesquels les diplomates manquaient cruellement de connaissances. Carl J. Friedrich, convaincu que « les concepts politiques et l'histoire sont essentiellement universels⁴⁷ », développa et délivra les premiers cours sur ces deux pays, ainsi que ceux sur les pays récemment libérés de l'empire japonais, la Corée et les Philippines. Cependant, comme les tensions s'exacerbaient en Europe, Carl J. Friedrich et Harvard étendirent leur champ d'intérêt à l'Union Soviétique. En 1947, le comité inaugura un programme complet d'études sur la Russie et les soviets qui devint en 1948 le Russian Research Center, l'une des institutions les plus influentes par ses études sur le régime soviétique. Le centre analysait la politique soviétique, les capacités militaires, les politiques culturelles et les stratégies diplomatiques. La Fondation Rockefeller d'abord principal financeur fut ensuite rejointe par la Fondation Ford.

Après l'intervention soviétique en Tchécoslovaquie en 1948 et la partition de l'Allemagne en 1949, les besoins de la diplomatie américaine en connaissances sur les affaires européennes s'intensifièrent encore plus. De facto, la division du continent européen en deux blocs antagonistes, et par conséquent en deux alliances militaires, l'OTAN à l'ouest et le Pacte de Varsovie à l'est, rendit encore plus vitales pour les diplomates la collecte et l'analyse des informations aussi bien sur les ennemis que sur les alliés. Carl J. Friedrich prit la tête de la division européenne du programme des études régionales à Harvard ; il développa des séminaires de formation sur la Grande Bretagne, l'Allemagne, la Pologne, la Hongrie, la France, et l'Italie. Dans le même temps, les anciens de HSOA, les émigrés allemands comme Heinrich Brüning, poursuivent la formation des diplomates américains sur l'histoire de la politique en Europe et les moyens de combattre le communisme.

Harvard n'était pas la seule université impliquée dans la compréhension des enjeux de la Guerre Froide et le développement des moyens de la gagner sur le plan intellectuel et culturel, tout autant que militaire. Carl J. Friedrich participa à l'un

⁴⁶ *Draft Program for International and Regional Studies 1946*, archives Friedrich.

⁴⁷ *Ibid.*

des plus ambitieux de ces projets, les données régionales sur les relations humaines (Human Relation Area Files, HRAF⁴⁸). Il commença en 1948, piloté depuis l'université de Yale par l'anthropologiste Clellan Ford. Le monde fut divisé en 12 régions, attribuées à 12 universités qui avaient pour mission de collecter des données et produire des analyses sur les principaux champs de bataille de la Guerre Froide. L'université de Chicago, par exemple, fut chargée d'explorer la Pologne, le Laos et l'Inde ; Stanford produisit huit volumes de données sur la Chine ; l'équipe de l'Université d'Indiana se chargea de la Tchécoslovaquie, de la Hongrie et de la Finlande ; Cornell étudia les Philippines. Financé par la compagnie Carnegie et le gouvernement fédéral, le projet HRAF produisit des douzaines de livres à l'intention des diplomates. Certains d'entre eux dans des versions résumées furent distribués aux troupes américaines installées en Europe et en Asie.

Carl J. Friedrich fut le fer de lance de HRAF pour le compte d'Harvard. Sous sa direction, cette université produisit une étude détaillée sur le régime communiste en Allemagne de l'Est, *The German Democratic Republic*, 646 pages d'analyses des institutions, de la politique culturelle, du développement économique, du potentiel militaire et de l'intérêt stratégique pour l'Union Soviétique. L'objectif était d'identifier ce que les États-Unis pouvaient faire pour affaiblir le régime communiste. Carl J. Friedrich écrit dans ce rapport qu'avec un harcèlement constant des Américains et la propagande radiodiffusée au public de l'Allemagne de l'Est, « la plupart des institutions du présent régime tomberaient comme les murs de Jéricho à l'appel des trompettes de ... la démocratie allemande⁴⁹. »

Comme la citation ci-dessus le laisse entendre, l'implication de Carl J. Friedrich dans l'Université de la Guerre Froide est sans nuance et très marquée par une forte intolérance vis-à-vis des idées communistes. Largement partagées par les professeurs et dirigeants des grandes universités américaines, elles ne furent pas épargnées par le maccarthysme⁵⁰.

L'université de la Guerre Froide est particulièrement bien représentée par deux figures de la politique américaine, Henry Kissinger et Zbigniew Brzezinski, deux jeunes Européens immigrés qui étudièrent à Harvard et furent les élèves de Carl J. Friedrich. Jeune et pauvre Juif allemand originaire de Bavière, Kissinger entre à Harvard en 1947 après avoir fait son service militaire et passe la première décennie de sa carrière universitaire sous la tutelle de Carl J. Friedrich. Alors qu'il achève son doctorat, il sert d'éditeur à Carl J. Friedrich pour la monumentale étude sur l'Allemagne de l'Est. Kissinger saura parfaitement utiliser le réseau administratif - diplomatique de Carl J. Friedrich pour créer son Center for International Affairs à Harvard. Après être devenu un théoricien célèbre de la politique internationale, il entrera aux services diplomatiques et devint finalement le Secrétaire d'État de Nixon dans les années 1970. Brzezinski, un réfugié de Pologne, entre à Harvard et collabore avec Carl J. Friedrich dans l'écriture de ses livres les plus anticommunistes. Lui aussi pourra facilement entrer aux services diplomatiques et servira comme consultant diplomatique de John F. Kennedy, puis de Jimmy Carter.

Initié par Carl J. Friedrich à Harvard, le mouvement de collaboration entre les universités et l'administration américaine, débuté avec la Harvard Graduate Public

⁴⁸ C. FORD, *Human Relations Area Files, 1949-1969*, New Haven, Human Relations Area Files, 1970.

⁴⁹ C.J. FRIEDRICH (dir.), *The Soviet Zone of Germany*, New Haven, Human Relation Area Files, 1959.

⁵⁰ E. SCHREKER, *No Ivory Tower: McCarthyism and the Universities*, New York, Oxford University Press, 1986.

School sur le modèle d'InSoSta, représente la norme dans les années 1950. Il faudra attendre les années 1960 et les manifestations contre la guerre du Vietnam pour qu'un mouvement de reflux des universités s'amorce.

v. Le rôle de Carl J. Friedrich dans l'Allemagne d'après-guerre

Quand les troupes américaines et les forces d'occupation arrivent en Allemagne en 1945, elles ne cherchent pas seulement à remplacer la dictature nazie par une constitution, un parlement et des élections ; elles pensent que toute forme de démocratie allemande ne pourra s'installer durablement que si la culture allemande est totalement restructurée sur la base des principes d'anti-impérialisme et d'anti autoritarisme. Dans ce projet, la reconstruction des universités allemandes constitue un facteur clé. Pendant douze ans, les universités les plus renommées d'Allemagne – celles qui formaient l'élite de la nation comme Tübingen, Heidelberg ou Munich – avaient été sous la coupe des nazis. Leurs professeurs avaient collaboré et justifié les visées racistes et impérialistes du Troisième Reich. Il fallait donc dénazifier l'université allemande. Les autorités américaines s'y employèrent pour les sept établissements qu'elles contrôlaient. Cette tâche fut confiée à Edward Hartshorne, un sociologue de Harvard qui avait étudié à Heidelberg du temps de Weimar et avait collaboré avec Carl J. Friedrich dans la Public Policy Graduate School.

Cependant, le retour de Carl J. Friedrich en Allemagne ne se fit pas d'abord sur le thème de l'éducation mais sur celui du constitutionalisme. En 1946, le général Lucius Clay, le commandant de l'occupation américaine en Allemagne, lui demanda de l'aider à formaliser le projet des nouvelles constitutions démocratiques. Ce furent d'abord celles des États de Bavière, de Bade et de Hesse. En 1948, il reçut une mission pour l'élaboration de la Constitution fédérale. Il saisit ces projets comme des champs d'application des idées d'Althusius : le modèle de l'alliance, celui de la décentralisation, celui de la subsidiarité. Il imposa aussi l'idée d'une chambre haute à côté du Reichstag, le Bundesrat, dont les membres seraient nommés par les parlements des États (Länder), exactement comme dans le modèle d'Althusius, son rôle étant de contrebalancer le Reichstag directement élu⁵¹.

Carl J. Friedrich vit ce travail sur les Constitutions comme une première étape dans la construction d'une nouvelle identité politique des Allemands. Elle ne serait plus centrée sur le nationalisme mais sur une implication et une participation active dans les institutions démocratiques. Sa réflexion s'appuyait sur ses convictions acquises à la lecture d'Althusius : la liberté ne peut être protégée qu'à travers l'implication directe des citoyens dans les institutions démocratiques. Via leur participation active dans les associations politiques et en exerçant leurs droits politiques, les citoyens développent un sentiment d'appartenance collective dans une alliance pacifique et autorégulée ; cette appartenance collective remplace la primauté des concepts nationaux de langue, de race, de peuple ou de toute forme d'identité ethnique⁵².

Pour Carl J. Friedrich, la clé pour consolider la démocratie en Allemagne est la formation d'une élite démocratique via la reconstruction du système allemand d'enseignement supérieur. Cette bureaucratie démocratique défendra l'esprit du

⁵¹ C.J. FRIEDRICH, *Rebuilding the German Constitution*, *American Political Science Review* n° 43, 1949, p. 461-482.

⁵² C.J. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Politics*, New York, Harper, 1937.

contrat social, celui d'une interaction pacifique entre les différents groupes de citoyens. Essentiellement, elle développera les lois et les pratiques démocratiques, nécessaires pour écarter les bureaucrates nazis et ceux qui ont des tendances autoritaires. Comme il l'écrit aux forces d'occupation, la formation d'une « bureaucratie responsable » permettra à la nouvelle expérience démocratique en cours de réussir là où la République de Weimar a échoué. « L'échec de la République de Weimar n'est pas dû à des problèmes constitutionnels mais au maintien au pouvoir de l'ancienne bureaucratie impériale. » C'est l'incapacité de la nouvelle administration à déloger l'ancienne qui est à l'origine de la faiblesse du régime. Il poursuit : « la situation était telle qu'aurait pu l'être aux États-Unis si George Washington, après la Révolution, avait proposé de conduire le nouveau gouvernement avec les officiers britanniques et Tory qui étaient en place⁵³ ».

C'est pourquoi Carl J. Friedrich utilisa sa position auprès des forces d'occupation pour intervenir dans la réforme des universités allemandes. Pendant tout le temps de l'occupation, il voyagea entre Berlin, Heidelberg et Munich pour rencontrer les recteurs et les professeurs et « discuter de la place des universités dans le nouveau schéma constitutionnel comme un tout⁵⁴ ». En 1948, il met la main à la création de la nouvelle université de Berlin Ouest, la Freie Universität Berlin (FU). Elle est spécifiquement mise en place pour être le pendant de l'Université Humboldt, contrôlée par les Soviétiques. Il y donne des cours de sciences politiques sur la démocratie et sur le communisme. Les mêmes contenus sont repris ensuite à Marburg, Cologne et Hambourg.

Nulle part ailleurs qu'à Heidelberg, le rôle de l'École de Weber ne fut plus important que pendant cette période de reconstruction. Alfred Weber en fut bien entendu le premier artisan. En 1945, après douze ans de retraite forcée, il était impatient de reprendre ses activités pour soutenir la nouvelle République. Le traumatisme de la guerre et de la destruction totale n'avait pas affaibli ses convictions en faveur de la démocratie et du besoin d'une élite bien formée pour la guider. « Les deux grandes guerres et la période nazie ont privé l'Allemagne de ses meilleurs dirigeants » se désespéra-t-il auprès de l'un de ses visiteurs américains, et il voyait un danger imminent de voir tomber le pouvoir dans des mains « médiocres⁵⁵ ».

Comme au temps de Weimar, Weber était pris par une profonde anxiété. La société moderne était devenue si bureaucratique qu'elle ne laissait plus de place à la liberté humaine. L'économie industrielle et la puissance des États avaient détruit la liberté individuelle et diminué le pouvoir des élus. Aux yeux de Weber, le régime nazi avait été « une bureaucratie totalitaire⁵⁶ », la plus monstrueuse manifestation de ces tendances de la société moderne. Elle était la démonstration de l'incapacité des masses à comprendre et à reconnaître la valeur des libertés démocratiques. Dès lors, il fallait de façon urgente trouver les moyens de former une bureaucratie responsable pour la nouvelle Allemagne, au risque de la voir à nouveau sombrer dans le totalitarisme. C'est ce que Carl J. Friedrich décida de faire en rassemblant ses anciens et ses nouveaux élèves. Il entreprit de reconstruire InSoSta. Dolf Sternber-

⁵³ Memorandum C.J. FRIEDRICH to Henry PARKMAN, the significance of the Constitutional Draft prepared by the SED in 1946 - 18 mars 1947, archive Friedrich.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ C. SCHORSKE, *Journal de voyage*, juin 1950.

⁵⁶ A. WEBER et A. MITSCHERLICH, *Freier Socialismus*, Heidelberg Schneider, 1946, p. 5.

ger, une star montante de la théorie démocratique le rejoignit pour être son assistant, ainsi que Karl Geiber, l'ancien Premier ministre de l'État de Hesse (l'un de ses anciens étudiants) qui vint donner des cours à Heidelberg. Ensemble, ils fondèrent le premier magazine pro-démocratique de l'Allemagne d'après-guerre, *Die Wandlung* (La Transformation). En 1946, ils proposèrent de rouvrir InSoSta à Heidelberg. Le centre de formation, dira Weber, contribuera à achever la révolution démocratique que Weimar avait inaugurée.

Compte tenu de la pauvreté de l'Allemagne d'après-guerre, seuls des fonds américains pouvaient redonner vie au rêve d'Alfred Weber. Et à nouveau, comme au temps de Weimar, c'est Carl J. Friedrich qui fournit la connexion entre la vision éducative d'Alfred Weber et la Fondation Rockefeller. En 1948, les responsables de la Fondation rencontrèrent Carl J. Friedrich et vinrent à Heidelberg pour discuter avec Alfred Weber et Dolf Sternberger. C'est ainsi que la relation que les nazis avaient interrompue dix ans plus tôt fut recréée. À la fin de la même année, InSoSta était remis sur pied et les cours avaient repris. Le gouvernement américain contribua également financièrement sur la recommandation de Carl J. Friedrich. Il s'agissait de faire de Heidelberg le centre intellectuel pour la mobilisation démocratique et anticommuniste.

La réactivation de la collaboration entre la Fondation Rockefeller et les universitaires allemands facilita l'établissement de Carl J. Friedrich comme une figure prééminente de la formation politique en Allemagne, bien au-delà de la période d'occupation. Une fois InSoSta réinstallé, Carl J. Friedrich revint très régulièrement en Allemagne pour enseigner à Heidelberg. En 1956, Heidelberg créa sa première chaire de science politique que Carl J. Friedrich occupa à mi-temps, concomitamment avec son enseignement à Harvard. Dans les années 1950 et 60, Carl J. Friedrich partagea son temps entre Heidelberg et Harvard.

InSoSta sera renommé Alfred Weber Institute. Sous la direction de Carl J. Friedrich et de Dolf Sternberger, son volume d'activité dépassa rapidement celui des années Weimar. De toute l'Europe et des États-Unis, des hommes politiques, des universitaires et des philanthropes convergèrent vers Heidelberg pour discuter de la meilleure façon de renforcer l'intégration de l'Europe de l'Ouest. Parmi ses jeunes étudiants, l'Institut accueillit Helmut Kohl, le futur chancelier allemand.

Heidelberg sera également le lieu de la renaissance du programme d'échanges académiques que Carl J. Friedrich avait lancé avant-guerre. En 1949, un groupe d'officiers anglais d'occupation, qui avaient bénéficié du programme DAAD dans les années 1920, décidèrent de recréer le DAAD. Ils choisirent Heidelberg, le FU à Berlin et l'université de Tübingen pour recommencer les échanges paneuropéens et transatlantiques. À l'été 1950, le premier étudiant français arriva à Heidelberg, à l'Institut Alfred Weber. Une année plus tard, des étudiants britanniques et américains les rejoignent tandis que le premier groupe d'étudiants allemands se rendait à Harvard. Dès l'année 1953, le ministère de la Culture de l'État de Bade avait étendu le programme à l'Italie, la Suède, l'Iran, la Grèce et Israël. Le programme bénéficia à des étudiants mais permit aussi à des professeurs de donner des cours dans les différentes branches du réseau. Ainsi, Hannah Arendt donna des conférences sur la terreur communiste, Herbert Marcuse sur son interprétation freudienne de « perversion totalitaire » du soviétisme, ou encore Arnold Brecht sur les valeurs de la démocratie allemande. Comme il le fit trois décades plus tôt, le DAAD se donnait comme mission de renforcer la démocratie allemande par les échanges intellectuels avec d'autres États démocratiques.

L'influence de Carl J. Friedrich dans l'Allemagne fut si grande dans les années 1950 qu'il réussit avec son ami Bergstraesser à faire inscrire dans le programme des classes du secondaire dans de nombreux États (Hesse, Bade-Württemberg, etc.) un cours de sciences politiques (*Politik*). Les professeurs devaient enseigner la nature du système démocratique, le processus parlementaire et la Constitution. Comme le politologue de Heidelberg, Klaus von Beyne, l'écrivait, les théories de Carl J. Friedrich sur la démocratie pendant les années d'après-guerre étaient « le marqueur d'une époque ... l'enseignement de toute une génération ». Carl J. Friedrich montra ainsi à la jeune génération « qu'il y avait une autre tradition démocratique en Allemagne, qui était l'image inversée de l'année 1933⁵⁷ ». Dans les années 1960, la vision de Carl J. Friedrich d'une éducation démocratique et supranationale était devenue courante en Allemagne de l'Ouest.

⁵⁷ K. VON BEYNE, *Theorie und Politik: Festschrift zum 70. Geburtstag für C. Joachim Friedrich*, The Hague Martinus Nijhoff, 1971, p. VI.

CHAPITRE 2

CARL J. FRIEDRICH, L'HOMME DU COMMUN EN SCIENTIFIQUE

Déterminer le meilleur ordre politique et les conditions de la vie bonne : telle est l'ambition de la vie de Carl J. Friedrich. Et comme il l'écrit dans les premières lignes de la préface de *Man and His Government* (1963), il le fit comme « quelqu'un qui a passé sa vie avec la matière politique, pas seulement en théorie, mais aussi en pratique, pas seulement dans un pays, mais dans de nombreux, pas seulement de façon pragmatique, mais aussi philosophiquement⁵⁸ ». Certes, reconnaît-il, la tâche est presque désespérée et elle ne sera jamais achevée car son terrain est celui de l'expérience de l'homme en politique. Et cette expérience est toujours problématique, elle oppose toujours à l'homme des obstacles qu'il doit surmonter et des problèmes qu'il doit résoudre.

C'est sans doute pourquoi « de *La Politique* d'Aristote aux travaux contemporains » tant de bons esprits s'y sont confrontés car « le destin de l'homme dépend de sa capacité à tisser les relations avec ses semblables dans le maillage solide et durable d'une communauté ordonnée, dans lequel gouvernants et gouvernés sont unis dans la quête d'objectifs communs⁵⁹ ». Les approches de la politique sont de ce fait très diverses : description de faits politiques, classification des modes de gouvernement, exercice de prescriptions morales... La démarche de Carl J. Friedrich se veut quant à elle scientifique. Il s'agit de faire de la science politique ; et comme toute science, elle ne peut prétendre s'abstraire de tout présupposé philosophique et surtout d'une méthode. Car Carl J. Friedrich en tient pour un certain relativisme : il caractérise la démarche scientifique et la solidité des résultats obtenus par la transparence de la méthode. Ce qui va permettre à la communauté des semblables, celle des chercheurs en science politique, de juger de la validité des conclusions, c'est la possibilité de critiquer les étapes de la méthode et refaire le chemin de la pensée pour en vérifier la rigueur. Pour déterminer la méthode scientifique, il faut d'abord justifier qu'une connaissance scientifique de la politique est possible et ensuite déterminer la nature de la science politique. Mais d'abord il faut s'entendre sur ce qu'est la science.

1. Une définition de la science

Dans l'introduction de *The Man and His Government*, Carl J. Friedrich propose une définition de la science : « un corps de connaissances ordonnées, connu et progressivement étendu par les spécialistes du domaine de ce champ de connaissance par l'utilisation de méthodes qu'ils ont, en tant que groupe, acceptées comme opérationnelles pour arriver à ce type particulier de connaissances ». Il ajoute ce qui fait la science c'est premièrement « la méthode » et deuxièmement « la formation des êtres humains engagés dans le travail scientifique ».

La science est un travail collectif reposant sur des méthodes acceptées par ce même collectif. C'est ce qui différencie le scientifique du néophyte ou « du charlatan » : cet accord sur les méthodes. Il est fondamental car il permet l'argumentation structurée entre scientifiques. C'est aussi la condition pour que la science ne soit pas figée dans un état de connaissances donnée mais qu'elle évolue aussi bien en termes de méthodes que d'accumulation de nouveaux savoirs sur la base de l'accord

⁵⁸ C.J. FRIEDRICH, *Man and his Government*, McGraw-Hill, 1963, p. VII.

⁵⁹ *Ibid.*

de la communauté. Il s'agit d'une application à la science des principes politiques d'Althusius : la communauté, l'alliance sur le champ de recherche et, la méthode, le pouvoir aux membres du groupe.

Y-a-t-il des sciences plus scientifiques que d'autres ? À cette question, Carl J. Friedrich répond avec force : Non ! La physique n'est pas plus scientifique que l'astronomie, ni la chimie plus que l'anatomie. Les sciences utilisant des données quantitatives ne sont pas plus scientifiques que celles utilisant les données qualitatives. La raison en est que l'exactitude n'est pas le seul critère d'effectivité de la science, il y a aussi la pertinence et la justesse. Carl J. Friedrich cite Aristote : « c'est le travail d'un homme éduqué de rechercher la précision dans chaque classe d'objets aussi loin que la matière le permet⁶⁰ ».

Cette idée qu'une démarche scientifique est possible dans tous les domaines, Carl J. Friedrich la justifie par l'absurde à partir de l'impossibilité absolue de connaître la « chose en soi ». Il adhère à la position de Kant : la connaissance n'est pas celle des phénomènes eux-mêmes, mais uniquement des descriptions que le savant en fait. Il y a une séparation infranchissable entre le savant et l'objet de sa recherche. Mais il n'en tire pas comme Hegel la conclusion que cela impliquerait une impossibilité de toute connaissance rationnelle. Et qu'il faudrait pour cela rejeter le kantisme. Il constate que l'histoire de la science, des sciences montre un progrès constant de la connaissance. Le savant s'il ne peut atteindre la connaissance parfaite de la chose en soi, n'en progresse pas moins et s'approprie petit à petit le réel. Toutes les démarches scientifiques partagent cette même faiblesse, qu'il s'agisse de sciences sociales ou de sciences de la nature, mais aussi cette même force d'appropriation progressive. Et il écrit :

la science politique a toutes les raisons d'être reconnaissante à Kant, suivant en cela Locke, pour avoir posé que l'expérience humaine est conditionnée par la façon dont opère l'esprit humain, et que même la loi la plus abstraite et la plus générale est conditionnée par les « formes » de pensées que les êtres humains mettent dans toute observations. En bref, [...] nous ne décrivons jamais *seulement* les faits, mais les observations de ces supposés faits⁶¹.

Les sciences de la nature sont différentes des sciences sociales. Mais cela ne veut pas dire pour autant que l'objectif ne soit pas de découvrir des « lois ». Bien au contraire, comme pour les sciences physiques, le but est la découverte de « lois » qui gouvernent des phénomènes répétitifs. Ces lois sont des « formules descriptives » de ce qui apparaît comme des phénomènes observables. « C'est une généralisation hypothétique couvrant un nombre considérable de phénomènes ayant certaines qualités ou propriétés en commun⁶² ». Plutôt que « lois » ou « règles », une dénomination plus juste selon Carl J. Friedrich serait donc « hypothèses » qu'il considère plus compatible avec la science moderne.

Il réfute l'idée que les sciences sociales seraient moins scientifiques que les sciences de la nature, sous prétexte qu'elles ne pourraient pas faire l'objet d'expérimentation contrôlée comme il est possible d'en faire en physique. Certes, les méthodes des sciences de la nature ne sont pas applicables aux sciences sociales, mais pour reprendre l'argument de Stuart Mill dans *System of Logic*, c'est une position de principe que d'affirmer que ne peuvent être scientifiques que les méthodes des

⁶⁰ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*.

⁶¹ C.J. FRIEDRICH, *The Man and his Government*, p. 9.

⁶² C.J. FRIEDRICH, *Constitutional government and politics*, Harper & Brothers, 1937, p. 4.

sciences de la nature. De fait, il serait incongru de les appliquer aux sciences sociales car l'objet des deux types de sciences est différent. L'objet des sciences sociales est la nature humaine. Toute situation sociale soumise à l'étude de la science est faite de phénomènes produits par des êtres humains. La vérification de l'exactitude des lois ou des hypothèses tirées de l'observation ne peut l'être que par rapport à la connaissance de la nature humaine, elle-même acquise par la proximité de l'observateur même de cette nature humaine.

Un des avantages des sciences humaines par rapport aux sciences naturelles est que le scientifique est lui-même l'un des objets, l'un des atomes qu'il étudie. Il peut donc comprendre de l'intérieur les lois qu'il dégage de l'expérience, mais aussi les comportements déviants de ces lois. Ainsi en est-il de la loi selon laquelle par exemple, « l'homme ment ». Bien entendu cela ne veut pas dire que parfois certains dans certaines circonstances ou pour certaines raisons philosophiques ne le font pas. Mais le physicien lui ne saura pas expliquer de façon aussi immédiate les raisons d'une déviation dans la trajectoire d'un électron. Il y a donc une compréhension « sympathique » de l'observé par l'observant dans les sciences humaines.

Une critique de cet avantage « sympathique » pourrait être la complexité des facteurs psychologiques qui influencent la volonté de la personne humaine et donc de l'incertitude que cette multiplicité causale peut faire peser sur la détermination des lois. À cet argument, Carl J. Friedrich répond que la science politique et les sciences sociales en général ne sont concernées que par « un ordre très simple » de facteurs psychologiques qui peut se résumer en « désir de puissance⁶³ », dont l'existence ne fait pas débat même au sein des différentes écoles de psychologie.

L'ultime critique contre les sciences sociales et la science politique en particulier est que le jugement de l'observateur peut être, sera certainement, influencé par sa subjectivité. À cela Carl J. Friedrich répond qu'aucune science aujourd'hui ne peut prétendre à l'infailibilité. Toutes les sciences de la nature ou sociales tendent à apporter une meilleure compréhension de leur objet d'étude ; elles sont toutes conscientes des biais de l'observation. Et, de ce point de vue, il serait particulièrement non scientifique de la part d'un chercheur en science politique d'ignorer le biais subjectif et psychologique inhérent à son observation.

Une connaissance scientifique est donc possible aussi bien dans le domaine de la nature que du social. Dans un cas, il s'agit d'atteindre l'exactitude, dans l'autre la compréhension. On retrouve ici un écho de la pensée de Wilhem Dilthey dans la justification d'une science de l'esprit (*Geitswissenschaft*) ayant pour but la recherche de la compréhension. C'est ainsi qu'une science historique est possible : elle est une science de l'interprétation et elle est scientifique par ce qu'elle s'appuie sur une méthode.

Parler de science dans l'étude des phénomènes sociaux est donc légitime ; quel que soit l'objet, il faudra appliquer les critères posés dans la définition, déterminer le domaine de connaissance, une ou des méthodes reconnues et une communauté de savants.

⁶³ *Ibid.*, p. 7.

2. La science politique selon Carl J. Friedrich

La question centrale de la science politique, de la science du gouvernement, est « comment être bien gouverné⁶⁴ ». Pour autant, il ne s'agit pas de définir le gouvernement idéal ou l'ordre politique parfait, comme les Grecs. Ce qui intéresse Carl J. Friedrich, c'est l'adéquation d'un gouvernement à ses tâches, c'est-à-dire que « les gouvernants garantissent ce que les gouvernés nécessitent⁶⁵ ». Il cherche les constantes dans les différents modèles de gouvernement. Cette quête va selon lui au-delà des jugements sur le libéralisme et le conservatisme, ou le communiste et le fascisme, même s'il considère que ces deux derniers sont voués à l'échec. Du fascisme, il aura été le témoin de son effondrement ; du communisme il ne connaîtra que les fissures.

Cette volonté de se tenir dans son travail scientifique à l'écart de tout jugement de valeur le conduit à qualifier la science politique qu'il appelle de ses vœux de « science politique positive » : « une science politique, non-normative, non philosophique, strictement « positive » est à la fois faisable mais aussi utile⁶⁶ ». Cette science positive a un objet principal le pouvoir, sa détention et sa distribution.

a. Une science positive

La science politique positive que revendique Carl J. Friedrich pose un regard neutre, voulu comme tel, sur les phénomènes politiques. L'étude des idéologies politiques fait partie intégrante de la science politique, c'est un phénomène politique. La question de savoir si les idées contenues dans une idéologie politique sont vraies ou pas est sans fin, et n'appelle pas de réponse absolue de la part du scientifique. Cependant, cette question de la vérité ne peut être ignorée.

L'idéologie politique a tendance à rapprocher la vérité de l'utilité. Est-ce efficace politiquement, c'est-à-dire pour assurer la pérennité du pouvoir, le bien-être des membres de la communauté, etc. Le scientifique ira au-delà dans sa quête de vérité, cherchera à vérifier la correspondance entre les affirmations et les faits, entre les rapports historiques qui sont établis de l'un et de l'autre. Y-a-t-il une correspondance entre le phénomène idéologique A et le phénomène factuel politique B ? Dès lors, il ne s'agit plus d'une vérité absolue mais d'un degré plus ou moins grand de vérité ; « la vérité est une question de degré⁶⁷ ».

En référence à la définition que Carl J. Friedrich donne de la science, la notion de vérité a aussi à voir avec l'autorité. La certification des résultats scientifiques s'obtient par l'approbation de la communauté scientifique. C'est l'autorité de la raison collectivement exercée qui permettra d'établir un degré plus ou moins élevé de vérité. Mais la recherche de la vérité est une tâche sans fin ; « ce qui est vrai à un moment donné cesse d'être vrai dès lors que de nouvelles perspectives se développent ».

Carl J. Friedrich s'efforce de tenir cette position positiviste dans tous ses écrits scientifiques, y compris dans ses analyses de régimes qu'il condamne en tant que citoyen comme les dictatures totalitaires nazie, fasciste et communiste. Il démonte le mécanisme, décrit les institutions. Il s'agit pour lui de dessiner le modèle de la

⁶⁴ *Ibid.*, p. 19.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*, p. 10.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 12.

dictature totalitaire, de vérifier l’assertion de Lénine selon laquelle « Nous avons créé un nouveau type d’État ! ». Quand il se pose la question des libertés politiques dans de tels régimes, il s’efforce de ne pas avoir d’*a priori* et identifie les espaces de liberté d’indépendance, de participation et d’innovation qui lui servent de catégories d’analyse.

b. La science du pouvoir

La relation entre gouvernants et gouvernés caractérise la question politique, et quand il en vient à chercher une définition de la science politique, Carl J. Friedrich constate que le mot qui vient en premier est celui de « pouvoir⁶⁸ ». Il reprend la définition proposée par Laswell et Kaplan, la science politique est « l’étude de l’influence et du pouvoir comme des instruments de l’intégration des valeurs réalisées et incarnées par les relations interpersonnelles⁶⁹ ».

En 1937, dans *Constitutional Government and Politics*, il écrivait déjà que « la science politique est concernée par l’acquisition et la distribution de pouvoir », comme la science économique est concernée par l’acquisition et la distribution de richesse. Il reprend là les mots mêmes de Max Weber :

quand nous disons que quelque chose est « politique », [...], nous disons toujours la même chose. C’est que les intérêts en question dans la distribution ou la préservation du pouvoir, ou un renversement de pouvoir, jouent un rôle décisif pour résoudre la question ainsi qualifiée de politique [...]. Quiconque est actif en politique lutte pour du pouvoir, ou bien le pouvoir au service de ses propres buts, qu’ils soient des idéaux ou purement égoïstes, ou bien le pouvoir pour le pouvoir, en d’autres mots, pour jouir du sentiment de prestige que cela confère⁷⁰.

Dès lors qu’est-ce que le pouvoir ? Le point de départ pour Carl J. Friedrich est Hobbes : « chez *un humain*, la PUISSANCE⁷¹ (considérée universellement) consiste en ses moyens actuels pour acquérir dans l’avenir un bien apparent quelconque. » Cependant, il juge que cette définition est à la fois trop étendue et trop étroite ; trop étendue car elle englobe aussi la richesse, qui est effectivement un moyen du pouvoir, mais pas un pouvoir. Inclure la richesse dans la définition du pouvoir c’est courir le risque d’une confusion entre science politique et science économique. Trop étroite, car elle fait du pouvoir une chose qui se possède, « sur laquelle on s’assoit comme sur un sac d’or⁷² ».

Cette conception par trop étroite est partagée par de nombreux constitutionnalistes comme Montesquieu ou les auteurs de *The Federalist*. Le pouvoir serait quelque chose qui se partage, et le rôle de la constitution est de le partager entre « les méchantes personnes » qui veulent toujours plus... de pouvoir. Cependant, il faut bien admettre que celui qui détient une fonction dans un État, une administration ou une entreprise possède un pouvoir qu’il peut perdre quand il perd la fonction.

Mais le pouvoir n’est pas qu’une chose qui se détient, c’est aussi une relation. Il n’y a pas de pouvoir sans des êtres humains sur lesquels l’exercer ; c’est un pouvoir

⁶⁸ *Ibid.*, p. 11.

⁶⁹ Laswell et Kaplan, *Power and Society*, 1950, p. XII.

⁷⁰ M. WEBER, *Discours sur la politique comme vocation*, 28 janvier 1919.

⁷¹ « Power », in T. HOBBS, *Léviathan*, 1651, chap. 10.

⁷² C.J. FRIEDRICH, *The Man and his Government*, p. 160.

sur quelqu'un, sur quelques-uns. Le pouvoir est donc tout à la fois *possession* et *relation*. Carl J. Friedrich consacre de nombreuses pages à la dissection du pouvoir, son origine, que ce soit la contrainte, l'acceptation ou un mélange des deux, ses moyens d'exercice, la force, l'influence, le contrat.

Si la science politique est celle de la distribution et de la préservation du pouvoir entre les hommes, elle ne peut être science que si elle s'appuie sur une méthode.

3. La méthode de Carl J. Friedrich

Dans *Constitutional Government and Politics*, Carl J. Friedrich donne une première piste de détermination de la méthode d'analyse à appliquer en science politique : celle « historique ou déductive inversée⁷³ » comme le préconise John Stuart Mill. Elle s'appuie sur l'analyse de la société vue comme un organisme dont les faits et les phénomènes sont reliés entre eux par des relations de causes à effets. Mais de l'analyse au modèle d'un ordre politique durable, il faut passer par une phase de construction ; celle-ci s'appuie sur des définitions et des propositions pour arriver à un modèle général « qui sert de matrice⁷⁴ » aux modèles particuliers applicables au cas de chaque communauté politique. Dès lors, Carl J. Friedrich va utiliser deux outils, d'une part l'approche systémique malgré les réticences qu'il a pu exprimer en raison du risque de la voir se transformer en esprit de système ; d'autre part la typologie en s'appuyant sur le concept de « type moyen » qu'il privilégie par rapport au « type idéal » de Max Weber.

a. La méthode historique ou déductive inversée de John Stuart Mill

Selon Stuart Mill, il y a deux types de questions que le chercheur en science sociale doit se poser. Le premier est celui de l'effet produit par l'introduction d'un changement dans l'organisation d'une société, comme une nouvelle loi ou tout changement en train de se produire comme une guerre, un accroissement de population... ; le deuxième type est la compréhension d'un état donné d'une société, les causes qui ont fait ce qu'elle est et les phénomènes qui la caractérisent. C'est la Science générale de la Société⁷⁵. L'état d'une société est l'état simultané de tous les grands phénomènes ou faits d'une société. « Ceux-ci sont le niveau de connaissance, de culture intellectuelle et morale existant dans la société et dans chacune de ses classes ; l'état de l'industrie, de la richesse et de sa distribution, (...) la forme de gouvernement et plus important encore les lois et les coutumes⁷⁶. » Toutes les combinaisons de ces faits de société ne sont pas possibles, il existe des « Uniformités de coexistence », les phénomènes sociaux s'influencent entre eux, l'état des uns cause l'état des autres.

Ces lois qui régissent la coexistence des faits de société à un moment donné dans un état de société sont de « lois dérivées » de celles qui font passer d'un état de société à un autre. « C'est pourquoi le problème fondamental de la science sociale est de trouver les lois par lesquelles un état donné de la société produit l'état de société suivant. Et cela ouvre la grande et controversée question du progrès de

⁷³ C.J. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Politics, Nature and Development*, p. 5.

⁷⁴ *Man and his Government*, p. 661-660.

⁷⁵ J.S. MILL, *The System of Logic*, livre IV, chap. X.

⁷⁶ *Ibid.*

l'homme et de la société⁷⁷ ». Le terme progrès ici ne doit pas être entendu nécessairement dans le sens d'une amélioration, même si John Stuart Mill pense que la tendance est positive.

« Cette progression de la race humaine a servi de fondation à une méthode pour philosopher en science sociale » dont il attribue la paternité à Auguste Comte. Les lois qu'elle permet de découvrir, une fois vérifiées, doivent permettre « de prédire les événements futurs ». Cependant, contrairement à Comte, John Stuart Mill ne donne pas à ces lois le statut de loi de nature ; ce ne sont que des lois empiriques : « la succession des états de l'esprit humain et de la société humaine ne peut pas avoir une loi indépendante en elle-même ; elle dépend des lois psychologiques et éthologiques qui gouvernent l'action des circonstances sur les hommes et des hommes sur les circonstances ». La loi de succession des états de société ne peut acquérir un caractère scientifique que si cette loi empirique est connectée aux lois psychologiques et éthologiques dont elle dépend. Il est nécessaire que la loi empirique s'inscrive profondément dans la nature humaine pour qu'elle permette de prédire l'avenir.

L'Histoire, quand elle est judicieusement examinée, permet de découvrir des « lois empiriques de la société », et le problème de la sociologie générale est de les vérifier, les connecter avec les lois de la nature humaine, et, par déduction, de montrer qu'elles sont bien les lois dérivatives qui expliquent la progression, l'évolution de l'état de la société. John Stuart Mill reconnaît qu'il est difficile d'atteindre un niveau de certitude, et qu'il s'agit plus d'une relation possible de cause à effet. C'est toute la difficulté de cette « méthode déductive inversée » que de mener à bien la vérification indispensable. Il faut que la loi empirique soit détectée dans l'histoire d'un nombre suffisant de pays, d'États ou de sociétés pour qu'elle soit reconnue comme telle.

Plus que vérification, Carl J. Friedrich parlera de « corroboration⁷⁸ », terme qu'il emprunte à Karl Popper. Il appelle ainsi à une révision constante des lois en particulier en science politique « dans laquelle de nouveaux faits se présentent constamment comme nouvelles pratiques ou nouvelles institutions ». Et il cite l'émergence du constitutionalisme moderne ou celle des dictatures totalitaires phénomènes comme des phénomènes inconnus dans l'histoire passée et survenus dans la première moitié du XX^e siècle. Il ne s'agit donc pas simplement de vérifier les faits historiques mais aussi de les corroborer avec les faits présents.

Si l'histoire est le terrain principal de l'expérience en science politique et son objet le pouvoir, sa production est une théorie du politique, c'est-à-dire « un ensemble systématisé de généralisations démontrables ou au moins défendables de façon cohérente, basées sur une analyse rigoureuse de faits vérifiables ». Pour Carl J. Friedrich, cette théorie est une pensée constructive ; elle a pour finalité la description d'un modèle d'ordre politique qu'il soit souhaitable car durable comme la démocratie constitutionnelle, ou critiquable comme le totalitarisme. C'est un exercice risqué qui inévitablement expose l'auteur à des critiques, la plus courante étant justement celle d'être un rêveur ou un « théoricien ». C'est pourquoi la plus grande rigueur est requise non seulement dans l'analyse mais surtout dans l'expression des résultats, en particulier dans les définitions des concepts, la rédaction des propositions (hypothèses, axiomes) et la descriptions des modèles.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ C.J. FRIEDRICH, *The Man and his Government*, p. 9.

b. Une pensée constructive

La pensée constructive s'appuie sur des définitions dont la précision conditionne la solidité de l'argumentation. Elle a besoin aussi de types, non pas à la façon de l'idéal-type de Max Weber, mais d'« *average-type* » (moyen-type) qu'il définit.

i. L'importance des définitions

Une pensée constructive commence par des définitions. Les livres et les articles de Carl J. Friedrich en sont pleins : tout raisonnement commence par des définitions dans lesquelles chaque mot compte. C'est une des principales critiques qu'il adresse à ses pairs passés et présents : « bien souvent l'exercice de la définition s'effiloche en arguments sur les mots, et c'est particulièrement vrai en science politique où les mots ont des connotations émotionnelles dont les théoriciens eux-mêmes ne peuvent se départir⁷⁹ ».

« Une bonne théorisation nécessite des définitions, car sans claires définitions il est impossible d'avancer des propositions qui soient solidement argumentées et démontrables en tant que telles⁸⁰ ». Il est important que les définitions partent des phénomènes à décrire et non pas des mots eux-mêmes. Les mots sont au service de la définition, ce qui a pour effet une certaine complexité, prix à payer de la précision au détriment de la formule séduisante. La recommandation de Carl J. Friedrich est aussi de ne pas inventer des mots nouveaux. Une telle tentation aurait pour conséquence l'incompréhension, ce qui, en matière politique, contreviendrait à un de ses gages de succès principaux, à savoir une bonne communication. La définition d'un concept politique est donc « l'identification d'un phénomène issu de l'expérience primaire dans le champ politique [...] et le désignant avec les termes les plus appropriés pris dans la langue commune ». Une proposition politique est quant à elle une « déclaration explicite à propos d'un phénomène politique⁸¹ ».

ii. Le moyen-type et l'idéal-type

L'autre outil de la pensée constructive est ce que Carl J. Friedrich appelle le « moyen-type » par opposition à l'idéal-type de Max Weber. Il distingue d'abord type et modèle : le type se découvre, le modèle se construit. L'un et l'autre font partie de la typologie, une méthodologie indispensable à la science politique, car « la reconnaissance de ce qui est typique d'une classe de choses ou d'événements sert de soubassement à la formation des concepts ». La formation par Max Weber du concept d'idéal-type est déroutante à deux titres selon Carl J. Friedrich. D'abord il ne s'agit pas d'un type mais d'un modèle. Quand il parle de l'idéal-type de la bureaucratie ou de l'éthique protestante, Max Weber reconnaît lui-même qu'il s'agit d'une construction, d'une « utopie », c'est une distillation de la réalité qui permet de révéler une rationalité interne de la chose ou du phénomène. L'idéal-type est atteint en « mettant en valeur par la pensée » certains éléments de la réalité. C'est dans le choix de ces éléments que se situe la difficulté de la formation de l'idéal-type, les critères de sélection en sont cachés dans le processus intuitif de la pensée ; « une telle base intuitive est indésirable d'un point de vue scientifique car il n'y a pas de moyen de résoudre un quelconque désaccord en se référant à des

⁷⁹ *Ibid.*, p. 2

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

faits ou une documentation scientifiquement certifiés ». Il est impossible d'identifier de façon empirique les fondements de l'idéalisation dans la configuration de l'idéal-type.

Le moyen-type quant à lui est un simple « assemblage de qualités qui, parce que récurrentes dans une certaine classe de phénomènes, ne constitue pas en lui-même une entité singulière mais caractérise toutes celles qui apparaissent dans la réalité ». La découverte de ces « moyen-types » est la base de la construction d'un modèle en science politique. C'est le cas par exemple avec l'identification de la dictature totalitaire comme nouveau type d'ordre politique qui se différencie par des traits particuliers de la démocratie, de la tyrannie ou des treize autres formes de pouvoir que Carl J. Friedrich identifie⁸².

L'autre type utile est le « symptomatique-type ». C'est une entité singulière dans une espèce ou un groupe qui présente à un degré remarquable un trait ou un ensemble de traits caractérisant de façon particulière l'espèce ou le groupe en question. Il est à manier avec précaution car il peut vite tomber dans la caricature. En matière d'institution par exemple, ce serait un parti politique dont l'objectif principal est d'assurer pour son chef un poste au gouvernement, ce parti serait un symptomatique type en ce qu'il présente à un degré élevé une des caractéristiques qui permet d'identifier la classe des partis politiques parmi tous les autres groupes humains.

Le « moyen-type » est selon Carl J. Friedrich d'une plus grande importance dans l'analyse des institutions et des processus politiques. Il sert de base à la construction de modèles dont il distingue deux types : les modèles empiriques basés sur des types empiriquement identifiés, et les modèles utopiques construits à partir de types abstraits résultats d'une libre imagination. Ces derniers sont de peu d'utilité en science politique, « ils servent à mettre en lumière des désaccords avec les gouvernements en place ».

c. L'analyse systémique en science politique

« Notre position est que le système est « réel » il se trouve dans les données politiques organisant les expériences en des ensembles ordonnés⁸³ ». Cependant ce n'est pas par ce qu'il existe, le système, que pour autant il s'offre immédiatement à la compréhension de l'analyste. Cela ne veut pas dire non plus qu'il épuise la réalité, car celle-ci est continuellement changeante. De nouveaux phénomènes apparaissent qui tendent à faire évoluer le système, voire à le détruire pour en produire un autre. Burke disait que la théorie politique avait toujours cinquante ans de retard. Carl J. Friedrich reconnaît que c'est souvent vrai, mais qu'il arrive aussi qu'elle soit en avance quand elle est porteuse d'idées révolutionnaires. C'est la part d'innovation qu'il voit dans la nature humaine et qui caractérise pour partie la liberté politique.

Dès lors, « l'analyse systémique [...] peut être employée utilement par la théorie politique ». L'analogie entre le système politique et le corps humain est récurrente en science politique. Hérodote, Hobbes et bien d'autres l'ont utilisée. Même si ces analogies sont très datées, elles ne révèlent pas moins le caractère systématique de l'ordre politique. « Une théorie politique systémique devrait chercher à identifier

⁸² *Ibid.*, p. 189.

⁸³ *Ibid.*, p. 24.

les fonctions, les processus et leurs interrelations effectives, et déterminer de leur importance constitutive dans les différents systèmes ». En effet, ce qui caractérise un système et ses composants selon Carl J. Friedrich c'est le degré d'interdépendance vitale. La dépendance d'un système politique vis-à-vis de l'un de ses composants se mesure au risque que la déficience de celui-ci fait courir à l'ensemble politique.

4. Relations entre science politique et philosophie politique

Pour Carl J. Friedrich, la science politique et la philosophie sont étroitement imbriquées. Il n'y pas de science politique sans philosophie politique, et sans philosophie tout court. La raison en est qu'il faut toujours passer par la question « qu'est-ce que la vérité ? », car seule la réponse à cette question permet de défendre ses affirmations et ses propositions. « La question ne peut trouver de réponse qu'en relation avec l'expérience humaine ». Si l'empirisme de William James et de John Dewey influence profondément son travail de chercheur, l'admiration et l'affection qui le lieront toute sa vie à Carl Schmitt jouent également un grand rôle dans la fondation de sa philosophie politique.

a. La philosophie de l'expérience

« La réalité qui nous intéresse est celle du champ de l'expérience humaine en politique⁸⁴. », toute compréhension et connaissance scientifique repose sur une expérience de quelque nature qu'elle soit. Pour Carl J. Friedrich, les empiristes, les sensationnalistes, sont dans l'erreur quand ils considèrent qu'il n'y a qu'une forme d'expérience, celle des sens. Ils oublient que ressentir, vouloir, créer, innover font partie de l'expérience humaine. La vie humaine est faite aussi d'expériences intellectuelles et spirituelles. Penser est une expérience autant que voir et entendre. Penser est en soi une des multiples formes d'expérience que l'homme utilise pour se connaître lui-même et le monde qui l'entoure. Rien ne permet de dire que ce mode d'expérience doit être placé au-dessus des autres, ou qu'il doit être fait maître des autres. Penser c'est appliquer « logique et raison, qui sont une « forme première d'expérience par laquelle la situation d'une personne est définie », et elle est reliée aux trois autres formes d'expérience que sont (1) la perception sensorielle, ou l'observation du monde, (2) le choix entre plusieurs enchaînements d'actions, ou la volonté, (3) faire quelque chose de nouveau, inventer ou découvrir. « Quand ces formes primaires de l'expérience sont combinées avec l'expérience de penser, ils apparaissent impliquer des principes *logiques* qui sont *logiquement* en conflit ou en contradiction entre eux⁸⁵ ». Ainsi, l'expérience de succession des impressions conduit au principe de causalité, une hypothèse logique liant les différences observations et les associant dans une suite d'expériences.

Hume a analysé la nature hypothétique du lien de causalité. Kant a montré combien cette loi de causalité était importante pour toute pensée ordonnée des impressions sensorielles, mais qu'en même temps, sans postuler la catégorie de cause, il est impossible de penser sur l'expérience des sens. C'est particulièrement vrai pour des expériences dérivées comme les événements de l'Histoire. Ils se sont produits, mais ne pourront pas se reproduire. Si l'hypothèse de la causalité est généralisée on aboutit au déterminisme absolu, dans laquelle la causalité externe règne en

⁸⁴ *Ibid.*, p. 14.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 15.

maître, comme dans certaines religions « l’islam en premier, le calvinisme et le marxisme ».

En même temps, l’expérience de faire des choix est aussi primordiale pour l’être humain que celle d’observer le monde. Et elle conduit inévitablement à l’hypothèse de liberté. « Il est impossible de s’engager dans l’acte de vouloir si on ne pense pas qu’on peut agir d’une façon ou d’une autre⁸⁶ ». Kant a montré que l’hypothèse de la liberté est une nécessité logique pour la personne agissante, et que celle de causalité en est une pour la personne observant. Cette hypothèse de la liberté conduit à une philosophie de l’indéterminisme, c’est-à-dire « un monde de l’orthopraxie dans lequel les hommes libres, les personnes, décident ce qu’il faut faire en fonction des situations dans lesquelles elles sont placées⁸⁷ ». Cette philosophie a aussi trouvé des expressions religieuses, et en particulier le christianisme, dans lesquelles elle permet d’attribuer une responsabilité aux êtres humains. Le stoïcisme, l’humanisme et le libéralisme l’ont mis au centre de leur conception du monde (« Weltanschauung »), ils en tirent leur force réformatrice du monde.

Il s’en suit, indépendamment des tentatives de réconciliation conduites en premier par Kant, que « la totalité de l’expérience humaine ne peut pas être logiquement cohérente ». L’homme est confronté à des expériences avec des composantes logiquement causées, et d’autres qui sont

librement inventées comme des altérations et des innovations de situation [...]. Une philosophie radicale de l’expérience doit accepter et vivre avec la pluralité du réel, et ne pas interpréter ou argumenter un composant comme un ordre inférieur de vérité. Une telle philosophie empirique apparaît dès lors comme une vue générale du monde, et de l’existence humaine qui commence par tout ce qui est donné à un humain comme expériences primaires, plutôt que de sélectionner l’une ou l’autre de ces données primaires comme prééminente⁸⁸.

Et comme ces expériences primaires apparaissent comme conflictuelles, s’impose l’idée que « le monde et l’existence humaine sont principalement problématiques ». Les problèmes sont la première composante de l’étant comme le dit John Dewey : « le monde est une scène de risques [...] épidémie, famine, manque de récolte, maladie, mort, défaite sont toujours au coin de la rue, de même que l’abondance, la force, la victoire, les festivités et les chansons⁸⁹ ». Une philosophie de l’expérience pourrait aussi bien être appelée une philosophie des problèmes, et cela au sens original que lui donnèrent les grecs, *problema*, un obstacle mis en travers de la route. La question récurrente est de savoir comment l’expérience humaine dans sa multiplicité, sa pluralité, peut être utile pour le progrès de la connaissance. « Le pluralisme est la marque de notre philosophie de l’expérience, et la proximité avec Aristote tient à sa tendance au pluralisme. Et cela a une valeur particulière pour la connaissance dans la sphère politique⁹⁰ ».

Dans cette perspective pluraliste et problématique héritée de William James et de John Dewey, il y a un certain paradoxe à vouloir développer une théorie systématique du politique et des gouvernements. Comme Dewey le fait remarquer dans

⁸⁶ *Ibid.*, p. 16.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*, p. 17

⁸⁹ J. DEWEY, *Experience and Nature*, 1929.

⁹⁰ C.J. FRIEDRICH, *The Man and his Government*, p. 18.

Experience and Nature, les philosophies, qu'elles soient idéalistes ou matérialistes, tendent toutes à occulter une partie de la réalité chaotique de l'expérience humaine pour la réinterpréter et la présenter de façon unitaire. C'est un effort toujours renouvelé pour substituer le stable à l'instable, le certain à l'incertain, la permanence au changement. Dewey appelle cela « le sophisme philosophique » qui « fournit la technique par laquelle les penseurs ont relégué l'incertain et l'incomplet à un état ingrat de non-être, alors qu'ils ont systématiquement exalté le certain et le complet au rang de vrai Être⁹¹ ». À l'opposé, il revendique « une philosophie empirique dans laquelle la pensée est un processus continu de réorganisation temporelle dans un et même monde de choses expérimentées, et non pas un saut de ce monde-là à celui des objets constitués une fois pour toute de pensées⁹². »

Comment sortir de ce dilemme en science politique ? La politique est un univers toujours changeant, dans lequel la stabilité est toujours relative. La question de la durée d'un gouvernement, d'une constitution, est en elle-même une question politique. Vouloir mettre la politique en système pour faire œuvre scientifique, n'est-ce pas une tâche vaine ? La réponse de Carl J. Friedrich est pragmatique. On ne peut pas faire l'économie d'une approche systémique en science politique car l'esprit humain a besoin « de voir les choses comme ordonnées, et donc comme une unité plutôt que comme un chaos⁹³ ». Et il faut reconnaître qu'il n'y a pas que le chaos, mais aussi l'ordre, comme « l'affirmation est aussi réelle que la négation » et donc l'approche systématique a aussi sa place, « cependant le système doit être conçu comme ouvert, plutôt que fermé, dynamique plutôt que statique, en aucun cas le système ou l'ordre ne doivent être fétichisés ». Le moyen pour cela est de toujours se focaliser sur les problèmes, l'approche systémique est au service de la résolution des problèmes.

En ce sens, le penseur politique doit toujours être à la recherche des valeurs qui sous-tendent l'action politique, car « les êtres humains aiment les valeurs et agissent en accord avec elles ». Mais aussi parce que l'écrivain de la chose politique est lui-même engagé dans un acte politique, et que ce qu'il cherche à déterminer c'est l'action juste, c'est la réponse à la question « que faire ? », « que devons-nous faire ? ».

b. L'influence de Carl Schmitt

Selon Uri Greenberg⁹⁴, les théories développées par Carl J. Friedrich dans le cadre de ses activités pendant la Guerre Froide, que ce soit sur la démocratie, la dictature, la représentation ou le totalitarisme, doivent être interprétées et comprises à la lumière de son dialogue avec Carl Schmitt dans les années 1920 et 1930, et de l'influence que ce dernier exerça sur lui, jeune intellectuel du temps de la République de Weimar. Cette relation est tellement étroite que Greenberg la qualifie de relation père-fils.

⁹¹ J. DEWEY, *Experience and Nature*, 1929, p. 52.

⁹² *Ibid.*, p. 68.

⁹³ C.J. FRIEDRICH, *The Man and his Government*, p. 18.

⁹⁴ U. GREENBERG, *The cold war as Constitutional crisis. The Theological Politics of C.J. Friedrich*, Cours donné à the Hebrew University Jerusalem.

Il est vrai que les écrits de Carl J. Friedrich de cette époque regorgent d'expressions d'admiration envers Carl Schmitt, comme des « écrits qui font date » ou « un des plus fins constitutionnalistes⁹⁵ ». Ce dernier joua volontiers le rôle de parrain pour introduire son protégé dans le cercle de l'élite juridique allemande ; il soutint sa candidature comme professeur invité à Heidelberg en 1933 et en fit son traducteur pour la version anglaise de *Die Diktatur*. Leur amitié continua même après la prise de pouvoir par les nazis, s'interrompit pendant la Deuxième Guerre mondiale et repris à l'initiative de Carl J. Friedrich en 1958 avec de fréquents échanges épistolaires et des rencontres en Allemagne.

L'influence de Carl Schmitt sur Carl J. Friedrich est sensible sur plusieurs sujets, même si cela peut sembler contradictoire qu'un défenseur de la démocratie constitutionnelle puisse avoir une filiation intellectuelle avec un défenseur de la dictature dans sa forme la plus totalitaire. Mais il s'agit tout autant de filiation que de confrontation. La filiation est sur le plan des idées, la confrontation sur le plan des méthodes.

i. Une certaine filiation théorique

Dès ses premières années d'enseignement, Carl J. Friedrich exprime ses communautés de vue avec Carl Schmitt. Dans une conférence sur la constitution de Weimar qu'il donne aux États-Unis, il fait sienne la position de Carl Schmitt selon laquelle le président de la République est le gardien de la Constitution, *der Hüter der Verfassung*, jusqu'à la dictature si la sauvegarde de l'ordre politique l'exige. Il assouplira cette position dix ans plus tard dans ses écrits de 1937. Dans *Constitutional Government and Politics, Nature and Development* il se rapproche de la position de Kelsen et admet la possibilité que dans un gouvernement constitutionnel, un tribunal constitutionnel soit une institution appropriée pour être le gardien de la Constitution, au sens de son interprétation et du contrôle des actes du parlement et de l'exécutif⁹⁶.

Dans le même ouvrage, chapitre XIV, il reprend la distinction schmittienne entre dictature du commissionnaire et dictature souveraine, la première consistant à commissionner un dictateur pour une période courte pour sauver et restaurer l'ordre politique existant en cas de crise, la seconde étant la création d'un ordre politique nouveau. Mais s'il le fait, c'est pour la critiquer. Il conteste particulièrement le rapprochement entre dictature commissionnaire et dictature constitutionnelle et les qualifie « d'antithétiques ». Selon lui, « il est inadmissible de placer les dispositions des constitutions modernes concernant la loi martiale et l'état de siège en parallèle avec les commissionnaires des anciennes constitutions, comme cela a été parfois fait ». En effet « quand la dictature constitutionnelle devient permanente, elle devient inconstitutionnelle et conduit à la perversion et à un renversement effectif de l'ordre constitutionnel ». Ce glissement possible du gouvernement constitutionnel vers la dictature commissionnaire puis la dictature totalitaire permis par les dispositions de sauvegarde de l'ordre politique prévues dans les constitutions (comme l'art. 48 de la Constitution de Weimar) l'obsédera toute sa vie. Il y consacra en 1957 un livre, *Constitutional Reason of State*⁹⁷. Toutes les situations

⁹⁵ C.J. FRIEDRICH, *Dictatorship in Germany? Foreign Affairs*, octobre 1930.

⁹⁶ C.J. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Politics, Nature and Development*, 1937, chapitre XII.

⁹⁷ C.J. FRIEDRICH, *Constitutional Reason of State*, 1957, Brown University Press.

de crise à l'occasion desquelles un gouvernement peut invoquer la raison d'État, l'état de siège, l'état d'urgence ou la loi martiale seront pour lui des sujets d'inquiétudes. Il se reprochera de s'être laissé séduire par la pensée de Carl Schmitt et de n'avoir pas vu la dérive totalitaire du nazisme. Dans sa préface à *Constitutional Government* en 1937 il écrira « il y a quelque temps, juste au moment où Hitler prit le pouvoir, je conclusais un article avec la phrase suivante : « dans tous les cas, l'Allemagne restera un État démocratique constitutionnel, avec de fortes tendances socialisantes dont la colonne vertébrale continuera à être son service public professionnel. Les actes des nazis me font passer pour un fou. [...] Je dois avouer que jamais je ne m'étais attendu à une attaque d'une telle violence contre les fondamentaux de notre culture ».

Si donc il est indéniable que Carl J. Friedrich a été séduit par l'analyse faite par Carl Schmitt des questions de raison d'État et du rôle qu'elle joue dans l'émergence des dictatures, il en tirera par la suite des conclusions et des enseignements opposés. Par contre, il gardera l'idée selon laquelle une des caractéristiques des dictatures totalitaires est la prise de contrôle de l'entièreté de la vie économique du pays⁹⁸. Il le verra comme une des conséquences, bien identifiée par Carl Schmitt, de l'absence de barrière posée au rôle de l'État dans une dictature souveraine. C'est la différence entre un « État total faible » fondé sur une constitution comme l'était la République de Weimar et « État total fort » comme le Troisième Reich. Carl J. Friedrich identifiera le début du totalitarisme nazi avec la publication du Plan de quatre ans en 1936. Il montrera que cette caractéristique se retrouve dans l'Italie de Mussolini comme dans le totalitarisme soviétique. Cette emprise économique dans un contexte d'état d'urgence est aussi ce qui l'inquiétera dans le New Deal de Roosevelt. Il y verra aussi le risque du développement d'un État totalitaire aux États-Unis et cela l'incitera à fonder à Boston dans les années 1940 avec d'autres intellectuels le Council for Democracy. Cette organisation publiera de nombreux fascicules pour défendre et promouvoir l'idée de démocratie. Carl J. Friedrich lui-même publiera *Poison in our system*⁹⁹. Ce sont les mêmes motivations de défense de la démocratie et de limitation des interventions économiques de l'État qui l'inciteront à rejoindre le mouvement fondé par Richard Nixon en 1947, Committee for anti-American Activities.

Toujours sur le plan théorique, Carl J. Friedrich retiendra de Carl Schmitt que les formes de gouvernements et les idées politiques contemporaines sont des héritages des rites et croyances religieux, qu'elles résultent d'une sécularisation de concepts théologiques. Dans son essai de 1923, *Roman Catholicism and Political Form*, Carl Schmitt affirme qu'un régime politique ne peut pas fonctionner sur la seule base de la rationalité des lumières, qu'il lui faut être rattaché à des sources pré-modernes d'autorités transcendantes. Les religions fournissent ces sources d'autorité, ainsi que « la nation ». Les systèmes politiques doivent établir une relation de type Dieu-prêtres au sens les prêtres rendent présente la divinité au travers des rites. Ce raisonnement sert de base à la discréditation de la démocratie et des formes constitutionnelles de gouvernement, mais aussi du bolchévisme dans la pensée de Carl Schmitt. Carl J. Friedrich partage cette idée que la religion joue un rôle en politique, même si la forme de gouvernement est totalement sécularisée.

⁹⁸ C. SCHMITT, *Legality and Legitimacy*, trad. Jeffrey Seitzer, Durham & London: Duke UP, 2004, p. 85-94.

⁹⁹ C.J. FRIEDRICH, *The Poison in Our System*, New York: Council for Democracy, 1942.

Pour lui, prétendre que la religion est pur phénomène psychologique est une position intenable en science politique car « la religion, comme la mythologie qui la précède [...] est une expérience primordiale de l'homme ». Croire ou ne pas croire en l'existence de Dieu n'est pas la question, l'analyse empirique des faits politiques atteste que « les valeurs et tout ce qui en dépend, et en particulier la communauté, prend ses racines dans la religion¹⁰⁰ ». Il le montrera dans son analyse du totalitarisme : « le communisme n'est pas chrétien mais il n'aurait pas pu prendre racine sans les fondations laissées par les croyances chrétiennes dans la fraternité des hommes et la justice sociale¹⁰¹ ». La religion se retrouve donc dans tous les ordres politiques et son hypothétique absence ne peut donc être un critère de faiblesse comme le prétend Carl Schmitt.

On voit apparaître ici dans la discussion à distance entre Carl Schmitt et Carl J. Friedrich un concept essentiel pour ce dernier, celui de « communauté ». Et il le prend chez Althusius qui propose un modèle de République dans laquelle ce n'est pas l'individu qui est la base mais la communauté. Cette conception est en accord avec celle de Carl Schmitt qui considère la politique comme anti-individuelle par essence. Elle prend ses origines pour Carl J. Friedrich chez Aristote : « l'homme est un « être politique » au sens d'être communautaire qui ne peut être compris dans le contexte de relations avec des êtres semblables ». Il prend le contrepied des penseurs libéraux en affirmant : « nous ne pouvons pas plus définir l'homme sans une communauté politique que nous ne pouvons définir une communauté politique sans l'homme¹⁰² ». Cette question de la communauté et de son unité sera au cœur des réflexions de Carl J. Friedrich sur la liberté politique, ainsi que de ses engagements politiques au service des États-Unis dans la Guerre Froide.

ii. Un désaccord sur la méthode

Si Carl J. Friedrich a été séduit par la pensée de Carl Schmitt et partage certaines de ses intuitions pour ensuite les retravailler au service de ses combats démocratiques et anti totalitaires, il ne manque pas dans ses écrits d'en critiquer les biais politiques et les faiblesses méthodologiques. Dans les notes du chapitre XIV de *Constitutional Government* à propos de *Der Diktatur*, il écrit que Carl Schmitt « tente une synthèse complète mais malheureusement son analyse historique est gâchée par ses considérations en lien avec les préoccupations politiques du moment, à cette époque l'extension du pouvoir présidentiel ». Il ne manque pas non plus de critiquer la légèreté des analyses de Carl Schmitt comme dans les notes du chapitre XXII de l'ouvrage précédemment cité. À propos de la pratique de la « closure » qui permet de limiter les temps d'intervention des parlementaires en cas d'obstruction procédurale, il écrit qu'« il doit être noté en passant que Carl Schmitt, s'il s'était attaché un peu plus à étudier les opérations concrètes des institutions parlementaires plutôt que les théories à leur propos, n'aurait pas fait toutes les erreurs qui sous-tendent son « élégante » insistance à propos de la proximité entre le parlementarisme et « l'éternelle conversation » romantique. S'il avait creusé un peu plus profond, il aurait découvert que les romantiques d'Angleterre

¹⁰⁰ C.J. FRIEDRICH, *Man and his Government*, p. 117.

¹⁰¹ C.J. FRIEDRICH and Z.K. BRZEZINSKI, *Totalitarian Dictatorship & Autocracy*, 2^e éd., Frederick A. Praeger Publishers, 1968, p. 165.

¹⁰² C.J. FRIEDRICH, *Man and his Government*, p. 37.

(qui ont quelques familiarités avec les méthodes parlementaires) étaient les fers de lance de l'antiparlementarisme ».

Ou encore à propos de sa façon de conduire ses raisonnements, il note dans le chapitre XXV : « Carl Schmitt, *Verfassungslehre* § 20, pousse les questions dans leurs logiques extrêmes, une méthode par laquelle il mélange tous les problèmes politiques qui implique équilibre entre les extrêmes plutôt que d'en suivre un seul ».

On retrouve dans ces critiques méthodologiques la volonté de Carl J. Friedrich de faire une œuvre scientifique. Sa production intellectuelle peut servir des objectifs politiques mais elle est d'abord scientifique, c'est-à-dire tout à la fois objective, sans jugement de valeur, appuyée sur une méthode explicite et soumise à la critique éclairée d'une communauté de pairs. De ce point de vue, Carl Schmitt apparaît comme un penseur fulgurant et un franc-tireur. En même temps, Carl J. Friedrich retiendra trois concepts qu'il retravaillera : la communauté d'hommes comme fondement de la politique et non pas l'individu, la dictature et son lien avec la raison d'État, et la présence souterraine de la religion dans le phénomène politique.

CHAPITRE 3

LE MODÈLE GÉNÉRAL DE L'ORDRE POLITIQUE SELON CARL J. FRIEDRICH

Le travail d'analyse conduit sur l'expérience politique humaine a pour objectif de produire une synthèse sous la forme d'un modèle général de l'ordre politique. Carl J. Friedrich reconnaît que cette ambition n'est pas dénuée de prétention, mais c'est la conséquence de sa pensée constructiviste. C'est une forme de courage que d'assumer le risque d'être traité de théoricien et aussi de tirer les conséquences de l'analyse des systèmes politiques. À quoi bon analyser si ce n'est pas pour proposer une solution au problème qui est somme toute celui de la stabilité des ordres politiques. C'est bien l'ambition de tout rédacteur d'une constitution que de la voir durer, et ce sont les propriétés générales sur lesquelles elle doit s'appuyer que le modèle décrit. Avant d'aborder le contenu du modèle lui-même, il présente quelques méta-caractéristiques qui doivent être précisées.

1. Les caractéristiques du modèle

Le modèle est durable parce que adaptable, scientifique, et universel.

a. Durable

Ce modèle a pour qualité principale d'être durable, non pas au sens d'un archétype aristotélien intangible, mais au contraire comme un système capable de s'adapter aux situations politiques même les plus critiques.

b. Scientifique

Ce modèle n'est ni définitif, ni éternel ; il est, comme dans toute démarche scientifique, le meilleur qui se puisse proposer « compte tenu de l'état des connaissances » de la science politique, c'est-à-dire celle issue d'une méthodologie connue et celle passée au crible de la communauté scientifique. Dans cette mesure, il s'appuie sur des propositions et des définitions qui sont considérées comme vraies « en l'état des connaissances ».

c. Universel

Pour Carl J. Friedrich, les différents niveaux de communautés politiques interagissent entre eux. C'est une résultante de son adhésion au système politique conçu par Althusius. Dès lors, le modèle idéal doit pouvoir s'appliquer aussi bien à un ordre politique mondial qu'à un ordre communal. Ce modèle est général et il peut donc être particularisé pour répondre aux caractéristiques des diverses communautés, mais pas au détriment de sa capacité d'interagir avec les niveaux régionaux ou mondiaux. Ainsi est critiquée la Charte de Nations Unies qui tente de faire un compromis impossible entre le modèle constitutionnel occidental et le modèle totalitaire communiste, car aucun ordre politique national ne peut y retrouver ses principes fondateurs, aussi bien les démocraties que les dictatures. L'interaction fonctionne mal dans tous les cas et ne donne satisfaction à personne, et cela aboutit à des blocages dans le fonctionnement de l'institution.

2. Le contenu du modèle

La proposition fondatrice du modèle est que l'homme n'est pas la mesure de toute chose en matière politique, c'est la communauté. Un ordre politique est fait

pour gérer une communauté. Ensuite le modèle décrit la structuration opérationnelle autour de six caractéristiques principales. Viennent ensuite les fonctions qui doivent être assurées dans l'ordre politique. Enfin, ce modèle conçu pour des ordres politiques nationaux est transposable à un ordre international à venir dont Carl J. Friedrich voit les prémisses dans le monde multipolaire dont il pressent l'émergence. La possibilité d'un tel ordre est fondamentale pour lui comme elle l'était pour Kant, elle est la condition de la paix.

a. La communauté politique

Pour Carl J. Friedrich, « la personne politique est un être vivant en communauté¹⁰³ ». Aucune organisation, aucune institution politique ne peut être créée sans l'existence préalable d'une communauté, une communauté « de valeurs, de croyances et d'intérêts¹⁰⁴ ». Dans les sociétés modernes, la faiblesse des communautés n'est pas tant l'anomie que la dysnomie, c'est-à-dire la division de la société entre ceux qui adhèrent à une valeur et ceux qui en chérissent l'exact opposé. Il prend l'exemple de la propriété privée, qui est une valeur des démocraties alors même qu'au cours du 20^e siècle une partie significative de la population choisit la propriété commune. C'est la création d'une anti-communauté organisée qui peut être le ferment d'une nouvelle communauté, comme les chrétiens dans l'empire romain, les soviétiques en Russie en 1917 ou les bourgeois en France en 1789. C'est pourquoi il est essentiel pour les dirigeants d'un ordre politique de créer les conditions d'un dialogue interne sur les valeurs, d'une « participation » effective des membres.

La communauté politique est un concept séparé de celui l'ordre politique. Ce dernier suppose l'existence préalable de la première. L'ordre politique est au service de la communauté, dès lors se pose la question du critère de choix du bon ordre politique. Les propositions qui voudraient que le critère d'un bon ordre politique soit le bonheur du plus grand nombre (Bentham) ou la sécurité physique des individus (Hobbes) ne peuvent pas être utilisés, le premier parce qu'il n'y a pas de mesure communément acceptée du bonheur, la deuxième parce que la crainte de la mort n'est pas non plus universelle, certains hommes peuvent et effectivement choisissent la mort pour le bien de leur communauté.

Le juste critère du bon ordre politique doit être cherché dans le sujet même de l'ordre politique, c'est-à-dire la communauté ; « un ordre politique est une entité opérationnelle qui permet à un groupe d'êtres humains d'arriver à des décisions et de développer des politiques par le truchement d'institutions qui leur fournissent le moyen d'une coopération effective¹⁰⁵ ». Si le « pouvoir » exercé par cet ordre politique est vu comme bénéfique en dépit des contraintes qu'il impose, si les actions qu'il mène sont considérées comme généralement nécessaires, alors les détenteurs du pouvoir sont légitimes.

Cette légitimité sera d'autant plus solide que les dirigeants prennent leurs décisions de façon rationnelle. C'est ainsi qu'ils peuvent véritablement se prévaloir d'une « autorité ». En effet, celle-ci n'a de consistance que si les dirigeants sont capables d'expliquer la « raison du pourquoi ». Autorité et raison sont intimement

¹⁰³ *Passim*.

¹⁰⁴ *Passim*.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 661.

liées pour Carl J. Friedrich. Pour lui, le raisonnement donne les moyens de la communication, ce qui permet de créer le consensus autour du pouvoir.

C'est ainsi que les actions politiques apparaîtront comme étant « justes » c'est-à-dire « adéquates », cette adéquation « est constatée par le fait que leur évaluation (des actions) par les personnes concernées s'accorde avec les valeurs et croyances de la communauté ». Les lois sont les concrétions des règles issues de la régularité des comportements des membres de la communauté politique.

Ces deux dimensions de pouvoir et de justice circonscrivent les prérequis d'un bon ordre politique. Celui qui satisfait le mieux ces conditions sera dit le meilleur ordre politique possible que ce soit au niveau local, régional, national ou international.

b. Les six caractéristiques essentielles d'un ordre politique

La structuration de l'ordre politique s'appuie sur six dispositions principales : efficacité, limitation des pouvoirs des dirigeants, participation aux décisions politiques, expression des valeurs de la communauté dans le système de normes, résolution des litiges et organisation des partis politiques.

i. L'efficacité du gouvernement

Le gouvernement doit être capable d'agir de façon effective pour assurer les moyens techniques de survie économique et militaire et d'en assurer la planification. Pour cela, dans une société complexe, il doit être capable de faire montre « d'autorité politique » et de « légitimité ». La première est « une qualité de communication » d'un raisonnement politique qui aura « pour conséquence qu'une communauté d'opinions, de valeurs et de croyances, aussi bien que d'intérêts et de besoins, se manifeste ». C'est ce que Carl J. Friedrich appelle une « élaboration raisonnée », ce qui ne présuppose pas son caractère rationnel mais constitue une réponse crédible à la question du pourquoi celui-ci ou ceux-ci plutôt que d'autres détiennent le pouvoir. Cette autorité est une condition de l'exercice du pouvoir, sans elle « une communauté politique ne peut pas durer¹⁰⁶ ». La « légitimité » est la croyance par la majorité des sujets d'une souveraineté qu'elle est fondée sur un bon titre quelle qu'en soit la nature (religieuse, constitutionnelle, coutumière, électorale, etc.). En d'autres termes, un gouvernement ne peut pas fonctionner uniquement en s'appuyant sur un pouvoir principalement coercitif (relation dans laquelle la volonté d'un ou de quelques-uns s'impose à d'autres par la force).

Dans les sociétés modernes, la légitimité et l'autorité doivent être maintenues à une grande échelle pour de grandes populations ; les partis sont les relais nécessaires pour une large diffusion.

ii. L'organisation des partis

Il est une tâche difficile à laquelle les dirigeants des pays développés sont confrontés, c'est celle d'accéder au pouvoir et de maintenir celui-ci suffisamment consensuel pour durer. Il s'agit d'entretenir la croyance qu'ils sont légitimes à détenir le pouvoir, qu'ils en sont les titulaires à bon droit. Et pour cela il faut organiser le soutien populaire.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 231.

C'est la tâche des partis ou des mouvements politiques que d'entretenir la croyance dans la légitimité. La limitation à un seul parti affaiblit la capacité de communication du message de l'élaboration raisonnée, car elle est alors limitée aux seuls membres du parti et non pas à toute la communauté politique. Les dirigeants ont donc intérêt à organiser l'existence de plusieurs partis qui s'accorde au minimum sur la même rationalité de légitimité du pouvoir.

Ce multipartisme n'implique pas pour autant qu'une alternance existe dans l'exercice du pouvoir. Un parti peut jouer un rôle prédominant pendant de nombreuses années sans affaiblir la légitimité et l'autorité. Cette situation peut résulter de la personnalité exceptionnelle d'un chef de parti, comme De Gaulle, Adenauer, ... ou de circonstances exceptionnelles que traversent le pays, comme l'accès à l'indépendance des anciennes colonies.

Le monopartisme tel qu'il se rencontrait dans le bloc communiste au temps de la guerre froide, ou dans les dictatures des années 60, Espagne, Portugal, était donc pour Carl J. Friedrich un facteur de faiblesse de ces régimes, et ne pouvait que saper leur légitimité à moyen terme. En cela l'histoire lui a donné largement raison. Deux autres conséquences résultent de la formule du parti unique, c'est l'absence de limitation des pouvoirs et de participation des citoyens à la vie politique. En effet ce sont les partis qui permettent de réaliser ces deux fonctions.

iii. La limitation des pouvoirs

Une limitation effective des pouvoirs du gouvernement nécessite un gardien dont les pouvoirs et les moyens sont plus grands que ceux d'un simple citoyen. Ce gardien peut être une institution professionnelle, les corporations ont montré leur capacité à jouer ce rôle. Mais les partis peuvent aussi jouer ce rôle. Le besoin d'une telle limitation est la conséquence de la nécessité de la liberté d'indépendance et de la liberté d'innovation dont il sera traité plus avant.

iv. La participation des citoyens

La liberté de participation de chaque membre de la communauté est un besoin absolu, elle est une résultante de la nécessité d'une « égalité politique » et de la « justice ». La première signifie que « dans une communauté tous les hommes se voient attribués la même possibilité de participer aux affaires politiques et à s'efforcer d'obtenir le pouvoir¹⁰⁷ ». cela ne veut pas dire que tous les hommes d'une communauté se sentent appeler à un destin politique, mais que certains d'entre eux le sont, ce sont ceux que Carl J. Friedrich désigne comme les « common men », pour les différencier des citoyens lambda. Ils ont un sens particulier de leur appartenance à la communauté et la volonté de la servir. Ce n'est pas une qualité particulière, comme un quartier de noblesse dans l'ancien régime ou une élection divine ou une sélection dès le plus jeune âge comme dans les régimes dictatoriaux. Tout homme peut se découvrir une vocation au service public à tout âge, c'est une possibilité toujours ouverte, c'est en ce sens que c'est une égalité politique d'accès aux fonctions.

Il résulte de cette définition deux propositions essentielles, 1 - La liberté politique n'est compatible pleinement qu'avec la légitimité démocratique, 2 - La liberté politique accroît la fluidité de l'accès au pouvoir.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 292.

La « justice » est au cœur de la politique. C'est l'essence même de la politique que d'argumenter sur le juste et l'injuste, de comparer le traitement fait aux uns et aux autres. La justice est une notion hautement dynamique, elle cherche à associer les valeurs de la communauté à ce qui est fait en son nom. Or les valeurs évoluent. « La justice n'est pas un absolu, c'est toujours une tâche à accomplir¹⁰⁸ ». C'est pourquoi le juste s'évalue en fonction des arguments rationnellement élaborés par le juge dans son jugement, par l'homme politique dans son action, compte tenu des valeurs de la société à un moment donné et des précédents. La participation de tel ou tel à la décision politique est aussi une question de justice. Quel que soit le processus de désignation celui-ci doit être juste, c'est-à-dire ne pas contrevenir aux valeurs de la communauté.

Ni l'autorité, ni la légitimité ne peuvent être maintenues sans le test périodique de la participation des citoyens. Ce test est fourni par le processus de représentation dans lequel les partis jouent un rôle essentiel. Une pratique des régimes dictatoriaux est de substituer à la représentation le référendum, qui est une façon de faire approuver les décisions politiques sans véritable participation. C'est une tentation à laquelle les régimes démocratiques peuvent aussi succomber au risque de perdre leur légitimité.

La maximisation de la participation ne peut être obtenue que par la décentralisation. La participation effective du « *common man-citizen* » nécessite la décentralisation dans sa plus grande expression. Les méthodes à utiliser à cet effet sont l'autonomie des gouvernements locaux (du village aux régions ou provinces) et le fédéralisme.

v. L'expression des valeurs de la communauté

Un bon ordre politique doit garantir que les valeurs, croyances et intérêts communs des membres de la communauté soient reflétés dans le système normatif, les lois et les règlements. C'est un défi toujours recommencé en raison de l'évolution constante et l'émergence de nouvelles valeurs. Les valeurs de la communauté doivent être inscrites d'une façon ou d'une autre dans ses coutumes, ou dans une constitution écrite. Il est important que la « rigidité » des textes porteurs des valeurs soit plus grande que celle des lois ordinaires. Un processus d'amendement doit être prévu mais d'une complexité suffisante pour empêcher que des prises de pouvoir comme celle d'Hitler ou de Mussolini ne puissent se produire.

La solution est dans le processus de production des normes. Il doit être flexible et doit être organisé pour garantir l'efficacité du gouvernement tout en limitant ses pouvoirs, en permettant une participation effective des membres de la communauté et en étant guidé par un objectif de justice. C'est le cœur du système législatif. Les débats, les désaccords sur la justice des normes est le propre de tout processus législatif et justifie l'existence même des partis et des mouvements de citoyens. Si le processus ne permet pas de faire émerger un consensus, de résoudre le conflit de valeurs, le modèle prévoit un dispositif de résolution des litiges.

vi. La résolution des litiges

Tout ordre politique est un système en évolution constante, les désaccords sur les valeurs font partie du processus de changement, néanmoins ils nécessitent un moyen de résolution à court terme. Celui-ci est nécessairement basé sur ce qui est

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 257.

« juste » à un moment donné, c'est-à-dire une décision élaborée de façon raisonnée sur les valeurs, les croyances et les intérêts de la majorité des membres de la communauté inscrits dans les lois et les règlements au temps de la dispute. Cela n'exclut pas que des valeurs émergentes, défendues avec « autorité », puissent aussi être prises en compte dans la résolution du désaccord. Cela fait partie du processus d'évolution de l'ordre politique.

L'existence d'une procédure de résolution des désaccords sur le juste et l'injuste dans la décision politique est d'une nécessité absolue pour garantir la paix interne de l'ordre politique. Mais cela suppose que les dirigeants de l'ordre politique soient conscients que « toutes règles n'existent que pour le moment présent¹⁰⁹ ». Les arbitres de ces litiges, le plus souvent des juges, doivent être indépendants des partis politiques. Ils doivent aussi être plus que des juristes, c'est-à-dire être capables d'apprécier « les aspirations de la communauté ». Si ce sont des juristes, ils risquent de verser dans le positivisme de la norme et du précédent, mais ils ne peuvent cependant pas les ignorer. Si leur nomination est politique, ils peuvent être de bons juges de l'évolution des valeurs, au risque d'être partiaux. La nomination des juges de la chose politique constitue donc, selon Carl J. Friedrich, un défi pour nos démocraties.

Ce dilemme expose assez bien le point de vue de Carl J. Friedrich sur le Droit : un phénomène politique, ni un pur acte de la volonté (*Quod placet principi legis habet vigorem*), ni une pure application de la raison (*ultima ratio* de Cicéron), mais un composé des deux. Il doit y avoir de la raison dans la création de la loi, car sans élaboration raisonnée il ne peut pas y avoir communication du sentiment de justice, et donc ni autorité ni légitimité des dirigeants. Mais la loi est aussi la concrétion des valeurs, des croyances et des intérêts de la communauté, et par conséquent un acte de volonté.

c. Les fonctions de l'ordre politique

Les fonctions d'un ordre politique sont au nombre de quatre selon Carl J. Friedrich : défendre la communauté, régler les litiges entre les membres de la communauté, créer les règles à suivre par tous et exécuter les opérations communes. Pour ce faire, la communauté dispose de quatre ressources : les militaires et les diplomates, le judiciaire, le législatif et les administrateurs (la bureaucratie). À ceux-ci, il faut ajouter un cinquième : la fonction de négociation entre les tendances politiques et celle d'organisation de la succession des dirigeants. Ces cinq fonctions forment l'organisation de base de tout ordre politique. L'histoire des ordres politiques est celle d'une différenciation progressive de ces fonctions, du primitif prêtre-roi aux régimes constitutionnels. L'humanité est d'ailleurs toujours tentée de revenir au modèle initial à travers des systèmes totalitaires et des dictatures.

d. Un modèle pour l'ordre politique international

L'appartenance d'un individu à un ordre politique n'est pas exclusive ; sa multiplicité est même pour Carl J. Friedrich une condition de stabilité des ordres politiques. Parmi les libertés les plus essentielles, la participation ne peut être effective que dans un cadre décentralisé (voir ci-dessus) dont le fédéralisme offre le modèle

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 668.

idéal. Les communautés politiques et donc les ordres politiques qui les organisent se superposent du local au national.

Carl J. Friedrich se réjouit de voir les balbutiements de nouveaux ordres régionaux (Europe), et internationaux (les Nations Unies). Mais les conditions du succès, du chemin vers la paix sont les mêmes que pour les ordres nationaux. La première, essentielle, est la fondation d'une communauté politique sur des « valeurs, croyances, intérêts » communs. C'est sur cette base qu'un ordre politique ayant les caractéristiques du modèle et ses fonctions – militaire, judiciaire, législative et administrative – pourra exister ; aucune de ces caractéristiques et fonctions ne peut manquer pour en attester l'existence. C'est pourquoi si Carl J. Friedrich voit les prémices d'ordres régionaux et d'un ordre international à l'orée des années 1960, il mesure aussi tout le chemin à parcourir.

CHAPITRE 4 L'HOMME EN COMMUNAUTÉ

Dans la pensée de Carl J. Friedrich, le concept de liberté politique et ses dimensions ne peuvent pas être pensés hors du cadre de la communauté. Cette inscription implique une différenciation des hommes en communauté, entre les simples membres de la communauté, les hommes moyens (*average men*) et les hommes du commun (*common men*). Cette différence est importante pour saisir un des aspects le plus contestable de sa pensée : la liberté n'est pas également distribuée entre les hommes. À ce propos, il se plaît souvent à citer la formule de George Orwell dans *La ferme des animaux* : « Nous sommes tous égaux, mais certains le sont plus d'autres ». Il n'est pas loin de penser que nous sommes tous libres, mais que certains le sont plus que d'autres. L'homme du commun est de ceux-là et :

La foi en l'homme du commun est le cœur du crédo démocratique. On ne peut concevoir sans elle l'idée de liberté populaire. Comment un peuple peut-il être libre si ses membres ne peuvent pas penser et agir par eux-mêmes ? Et pourquoi devraient-ils être libres si leurs pensées et leurs émotions n'étaient pas dignes de respect¹¹⁰ ?

1. La nature de l'homme

Sur la nature de l'homme, Carl J. Friedrich se déclare sans ambiguïté aristotélien – l'homme est un être politique – et tout aussi franchement contre Hobbes et le libéralisme. Sur l'homme politique, il distingue l'homme apolitique, sans conscience politique (*average man*) du « *common man* » qui participe à la vie politique, et, à l'intérieur de la catégorie des « *common men* », il y distingue ceux qui contrôlent l'action des dirigeants et les dirigeants, ceux qui ont des « *rules* » (équivalent de *Herrschaft*, que Talcott Parsons traduit par « *imperative control* », terme que Carl J. Friedrich approuve mais lui semble trop lourd à utiliser).

Fidèle à sa méthode historique et empiriste, Carl J. Friedrich écrit « comme les données scientifiques et historiques ne donnent aucun témoignage d'homme en dehors d'une communauté [...] il apparaît que cette position (celle de Hobbes et de ses successeurs du courant libéral) est intenable ». Il est impossible de définir l'homme sans sa communauté politique. Toutes les données scientifiques corroborent l'affirmation d'Aristote selon laquelle « l'homme est un être politique » au sens d'un être communautaire qui ne peut être compris que dans le contexte des relations avec ses semblables. Toute recherche en science politique sur la nature humaine doit partir de cette donnée de base de toute expérience politique, la communauté. Que le trait commun à tout être humain soit de vivre en communauté a toujours semblé en contradiction avec la variété des communautés politiques. C'est un thème central de la science politique depuis Aristote. Carl J. Friedrich s'en empare pour expliquer le paradoxe par l'identification des quatre traits principaux de la nature humaine qui viennent s'ajouter à celui de vivre en communauté. La vie communautaire de l'homme étant donnée, la variété des communautés politiques s'explique par quatre traits de la nature humaine : l'adaptation, l'orientation vers des fins, la conscience de soi et la communication par un langage. Ces caractéristiques impliquent le concept de raison : ce sont des qualités qui ne peuvent pas être mises en œuvre sans la raison.

¹¹⁰ C.J. FRIEDRICH, *The New Belief in The Common Man*, 1942.

a. L'adaptation

La capacité d'adaptation est la qualité qui permet à l'homme d'inventer de nouvelles façons de répondre à des situations nouvelles. Elle s'exprime particulièrement quand la situation peut sembler une impasse, lorsqu'il en fait un nouveau point de départ. C'est un trait qui est à la base de la liberté d'innovation.

L'étude des situations et des réponses aux situations est dès lors un élément essentiel de l'analyse en science politique. Mais il ne s'agit pas seulement des actes, les pensées et les sentiments sont aussi importants. Selon Carl J. Friedrich pour comprendre la politique américaine, il est plus important de s'intéresser aux émotions et aux sentiments des américains qu'à leurs actions. De même, une réponse à une situation peut être une pensée ou un sentiment, et il serait trompeur dans l'analyse politique de ne pas en tenir compte. Comme toute réponse à une situation crée une nouvelle situation, différente de la précédente : « $S(1) + R = S(2)$ ¹¹¹, où $S(1)$ et $S(2)$ sont la situation de départ et d'arrivée et R la réponse. L'infinie complexité des relations politiques est traçable à travers cette adaptabilité, trait primordial de la nature humaine.

b. L'orientation vers des fins

L'être humain est capable de se fixer des objectifs sur une très longue période, c'est ce qui le différencie des autres primates. Si ces derniers sont capables de se projeter vers un avenir et poursuivre des intentions uniquement sur une courte période, l'homme peut le faire y compris sur des durées qui excèdent sa propre existence. Et cette capacité est liée à la mémoire. Elle rappelle les événements passés, et c'est ainsi que la consistance dans l'intention est maintenue. « L'homme ne peut pas être sans objectif, pas plus qu'il ne peut être sans réponse à des situations, ou sans communauté¹¹² ». Cet « étant avec objectif » (*being with purpose*) est le fondement du raisonnement : « on n'a pas besoin d'adopter l'idée cynique de Hobbes que la raison est calcul, pour percevoir le lien étroit entre l'intention et la faculté de raison qui sert de base à la plupart des lois naturelles¹¹³ ».

Les objectifs particuliers sont très variés. Ils incluent les besoins physiques qui s'imposent à l'homme, comme la nourriture, l'habillement et l'habitation. Ces besoins élémentaires se sont développés en une grande variété de préférences individuelles ou collectives, déterminées par le climat et une infinité d'autres facteurs. Il en est évidemment de même dans la sphère politique. Comme elle montre la même diversité dans les objectifs et les conséquences pratiques, « il est impossible en conséquence de décrire tout homme comme n'ayant qu'un seul et même objectif (qu'une seule et même fin), que ce soit le pouvoir, l'ordre, la liberté ou tout autre chose¹¹⁴ ». L'homme n'est pas caractérisé par la singularité de ces fins mais par leur variété, variabilité due à son adaptabilité à son environnement (la référence à Montesquieu est fréquente dans les œuvres de Carl J. Friedrich et il en est un grand

¹¹¹ Carl J. Friedrich est familier de ces formules mathématiques pour représenter les propriétés politiques. C'est une façon de rappeler l'ambition scientifique de son travail.

¹¹² *Ibid.*, p. 41.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Carl J. Friedrich précise à ce stade de l'analyse que le terme objectif doit s'entendre aussi comme une fin, c'est-à-dire quelque chose qui n'est pas extérieure mais intérieure à la personne.

admirateur). La multiplicité des fins est un des traits communs de l'humanité, « il est dans un sens très basique, un être pluriel¹¹⁵ ».

Cette pluralité des fins se manifeste dans chaque homme comme l'a montré Talcott Parsons¹¹⁶, un homme joue dans sa vie sociale plusieurs rôles et poursuit plusieurs fins. À cause de l'orientation de l'homme vers des fins, il est impossible d'écarter dans les sciences sociales le point de vue téléologique. Il faut donc s'intéresser aux fins du passé, du présent et du futur, « une science politique ne tenant pas compte des valeurs est dès lors une contradiction dans les termes, elle n'est plus une science¹¹⁷ ».

c. La conscience de Soi

L'expérience primaire qui éclaire la recherche des fins est celle du Soi. Il est « ce quelque chose en l'homme qui persiste alors qu'il grandit, mûrit, vieillit et meurt ». C'est pour chacun ce qui lui est identiquement propre en dépit de toutes les évolutions et les transformations qu'il a vécues. Le Soi peut être décrit comme « l'agrégation de la mémoire du passé ». Chaque homme expérimente cette rencontre de soi avec soi-même. Il se vit ainsi comme unique et suppose aussi cette singularité chez les autres humains, c'est ce qui le distingue des autres. Cela peut être totalement imaginaire, mais vécu ici et maintenant comme porteur de liberté du « Je », l'unique avec toutes ses propriétés. Ce Soi a besoin d'autres Sois pour exister car il ne peut faire l'expérience de sa différence sans être confronté à celle des autres. Il a besoin de la communauté pour se vivre comme « Soi ». Et comme les autres sont différents, la communauté nécessite une adaptation et des fins communes. « Une telle communauté de fins d'une communauté de « Sois » ne peut jamais être complètement commune du fait que les Sois sont séparés et dispersés. Le ferment de la communauté de fins est, qu'en même temps, seule la communauté permet aux êtres humains de devenir Soi¹¹⁸ ».

d. La communication par un langage

Le rassemblement d'êtres humains en communauté et l'expérience de la confrontation des Sois sont inconcevables sans la faculté de communiquer. Une communauté implique un langage. C'est pourquoi, pendant un temps, il a été considéré comme le trait caractéristique de l'homme, mais ce n'est que l'un d'entre eux. Il fournit des *symboles*. Ce symbolisme sert à exprimer des expériences externes au parleur, mais aussi des expériences internes qui doivent être transposées par empathie, sympathie ou analogie à l'auditeur. Tout langage est écoute autant que parole, les oreilles sont autant un organe du langage que la langue et le larynx.

Le langage est incorporé dans la culture, comme celle-ci dans le langage. Ils ne peuvent pas vivre séparés l'un de l'autre. Cependant, cela ne veut pas dire qu'une langue peut exprimer tout ce que contient une culture. Au contraire, l'expérience montre que toute langue se trouve toujours à court d'expression pour exprimer la richesse et la variété de l'expérience humaine. C'est même la raison d'être des

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 42.

¹¹⁶ T. PARSONS, *The social system*, 1951, p. 25.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 43.

poètes dans toutes communautés. C'est aussi une des caractéristiques de la politique que d'être toujours à la recherche du mot juste.

Dès lors, la langue est aussi une limite de la communauté. De nombreux conflits politiques proviennent de raccourcis verbaux ; ces difficultés prennent racine dans l'interpénétration du langage et de l'expérience qui est la cause d'une confusion entre la chose et le mot pour la dire. L'homme cherche l'essence de la réalité dans les mots qui décrivent la réalité telle qu'elle est vécue. C'est ainsi que les symboles linguistiques en viennent à remplacer la réalité à laquelle ils se réfèrent.

Le langage fournit le moyen de communication non seulement dans l'espace mais aussi dans le temps. Il lie le présent avec son passé et son futur. La culture humaine est un immense entrepôt d'expériences passées qui ne serait pas accessible et transmissible de générations en générations sans le langage. Et c'est particulièrement vrai pour les institutions politiques qui sont des excroissances d'expériences passées et transmises par le langage, communiquées. Dans les faits, le « temps » émerge du langage, parce qu'il permet aux politiques de communiquer non seulement entre eux mais aussi avec le passé et le futur. C'est ce que nous dit Burke dans son discours sur la constitution du 7 mai 1782, même s'il ne mentionne pas le langage en tant que tel. Pour Burke l'homme apparaît comme prisonnier du langage du passé, tel qu'il est incorporé dans les institutions qu'il connaissait. Ainsi, il peut affirmer que « l'espèce est sage, et ... en tant qu'espèce, elle a toujours raison ». Pour Carl J. Friedrich, cette phrase exprime la version historicisée de la *volonté générale* de Rousseau.

La relation du langage à la nationalité et à la race a été une arme majeure dans l'argumentation des hommes politiques du 20^e siècle. Le nationalisme a postulé cette relation étroite, et toutes les réfutations scientifiques des anthropologistes et des linguistes n'ont rien pu faire contre les passions levées par ces affirmations. La raison en est politique : le lien entre nationalité et race est totalement spécieux ; ce qui ne l'est pas, c'est qu'un langage commun ou son équivalent dans les habitudes langagières est l'un des liens structurant des communautés politiques.

À côté de l'appartenance à une communauté, les trois autres caractéristiques de l'être humain politique que sont l'adaptabilité, l'orientation vers des fins et la conscience de soi sont reliées dynamiquement au langage. On ne peut pas tendre vers un objectif, une fin, ni avoir une identité, sans le langage. Chaque personne exprime sa personnalité avec le style de son discours, plus qu'avec tout autre moyen. C'est pourquoi les politiciens doivent être des « orateurs ». Leur façon de communiquer vers leurs supporteurs produit des émotions, des pensées, et d'autres expressions d'identité qui les lient en une communauté qui est continuellement renouvelée par la parole et l'écoute.

2. L'homme du commun

La combinaison de ces caractéristiques – la vie en communauté, l'adaptabilité, l'intentionnalité, l'identité et le langage – forme ce qu'Aristote appelait un être politique. Et la *polis* est l'espace de manifestation de ces qualités humaines. Mais pour Carl J. Friedrich, si tous les êtres humains portent en eux ces qualités, elles ne sont pas nécessairement existantes mais constituent des potentialités : « la nature humaine commune n'est pas une réalité, mais une potentialité¹¹⁹ ».

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 40.

Pour que l'être humain accède à la vie publique, il faut passer par un point de catalyse qui est celui de la *personne*. Reprenant le sens originel du mot qui est celui du masque des acteurs qui permet de cacher leur identité pour ne laisser apparaître que le rôle qu'ils jouent, Carl J. Friedrich note que le sens du mot s'est complètement renversé aujourd'hui pour devenir l'exact opposé. Une personne est constituée par la multiplicité des rôles qu'elle peut jouer, « en dépit de la multiplicité des fins, des rôles et des fonctions, aussi bien remémorés que potentiels, il y a une unité englobante qui les lie tous ensemble dans une personne¹²⁰ ».

Cette personnalité est vécue par chaque individu mais il ne peut la *prouver*, et c'est cette expérience qui du Soi fait une personne. C'est la nécessité de *prouver* ce qu'on est aux yeux des autres qui est le catalyseur du passage de la personne privée à la personne publique, et

c'est seulement quand la communauté est composée de telles personnes qu'elle devient une communauté *politique* au sens strict car seules ces personnes peuvent ordonner leurs relations en communiquant entre elles et ainsi élaborer des rôles et des fonctions pour exister. À ce point, nous passons de la sphère personnelle à la sphère publique. Ainsi l'ordonnement de leurs relations fait que ces personnes s'exposent les unes aux autres. Elles deviennent un *public*¹²¹.

C'est de là que naît la différenciation entre les gouvernés et les gouvernants. Il ne s'agit donc pas de prédestination, ni d'élection particulière, ni d'être porteur du bon sang ou non, mais de profil psychologique. Mais pour décrire ce phénomène la pensée moderne, et en particulier aux États-Unis, Carl J. Friedrich a forgé la notion « d'homme du commun » (*common man*), c'est-à-dire la capacité, la potentialité, de tous à gouverner. « Ce n'est pas l'homme moyen, mais l'homme du commun, c'est-à-dire, tout homme dans sa participation communautaire¹²² ». Comme cette participation varie énormément d'un homme à l'autre, les Américains ont eu besoin d'introduire une composante normative, un point d'excellence ; c'est ainsi qu'Abraham Lincoln est l'incarnation du Common Man. La vraie signification de cette notion d'homme du commun est que tout le monde n'est pas nécessairement apte à gouverner ou à critiquer le gouvernement, mais qu'on ne peut pas prédire l'existence de ces capacités chez les êtres humains.

Il y a deux sortes d'hommes du commun : ceux qui sont effectivement au pouvoir et qui mènent les *opérations* du gouvernement, et ceux qui *contrôlent* le gouvernement. Carl J. Friedrich note que c'est comme dans la religion judéo-chrétienne : les plus humbles peuvent être élus, ceux qui sont particulièrement dotés au sens charismatique de I Corinthiens 13, à la différence de la foi démocratique au sens le plus large, c'est-à-dire « incluant sa perversion totalitaire », où les plus modestes peuvent non seulement contrôler le gouvernement mais aussi gouverner. L'autre différence est que la foi religieuse est totalement transcendante et dépendante de la révélation, alors que la foi démocratique peut et doit être sujette à l'analyse scientifique empirique et à l'exploration rationnelle.

Celle-ci montre que la notion d'imprévisibilité de la distribution des gouvernants et des contrôleurs est due à la combinaison des qualités humaines évoquées précédemment – adaptabilité, intentionnalité, identité, langage. La façon dont les

¹²⁰ *Ibid.*, p. 46.

¹²¹ *Ibid.*, p. 47.

¹²² *Ibid.*

individus sont plus ou moins dotés de ces qualités est imprévisible en elle-même, et il n’y a donc pas de base à la théorisation d’une élite naturelle.

3. Le rôle de la raison dans le gouvernement des hommes

Les qualités, les traits caractéristiques de l’homme sont fondés sur l’usage de la raison. Faut-il pour autant se fier aux capacités rationnelles de l’homme en matière de gouvernement ? La réponse de Carl J. Friedrich est franchement négative. Il s’en prend pour ce faire à Thomas Paine l’accusant de rationalisme excessif dans sa célèbre affirmation : « Je suis certain que quand les opinions sont libres, en matière de gouvernement ou de religion, la vérité va finalement et avec force prévaloir ¹²³ ». Carl J. Friedrich formule trois propositions à l’encontre de cet excès d’optimisme. La première est que « les jugements politiques de tout homme sont faillibles¹²⁴ ». La raison en est que la justesse politique n’est pas dans le calcul rationnel fondé sur des expertises et des critères techniques mais dans les effets que les décisions politiques auront sur les gens, sur leurs préférences et sur le jugement de valeurs qu’ils en tireront.

La seconde proposition est que « ce n’est pas le jugement politique d’un individu qui est recherché dans le contrôle du gouvernement, mais celui d’un groupe de personnes ». Or un groupe n’est pas gouverné par la raison, comme le dit Goethe : « La majorité est insensée, l’intelligence est seulement dans quelques-uns¹²⁵ ». Il est gouverné par autre chose et c’est ce que Abraham Lincoln exprime bien en disant « Souviens-toi, Dick, de rester proche du peuple, il est toujours dans le vrai, et ne trompera personne ». Le « vrai » du peuple dépend en effet de ses préférences en termes de valeurs et non pas de rationalité technique.

La troisième proposition est que « les jugements politiques sont des jugements collectifs à propos de besoins communs ». En effet, ces jugements sont faits sur des propositions de changement de situations ou de pratiques existantes fondées sur des raisonnements d’experts. Mais la question n’est pas de savoir si ces propositions sont justes en elles-mêmes mais en quoi elles vont aller à l’encontre ou correspondre aux valeurs, aux croyances, aux coutumes, aux habitudes et aux intérêts de la communauté politique.

La quatrième proposition est que le caractère (vigueur et fermeté morale) est important dans la formation du jugement politique. Or « l’intelligence met en danger le caractère », au sens où la raison pourra toujours expliquer un écart ou une rupture par rapport aux valeurs, croyances, habitudes de la communauté qui fondent les critères politiques de l’acceptation d’une proposition politique.

Ces quatre propositions constituent le fondement de la « croyance dans l’homme du commun », c’est-à-dire dans l’idéal démocratique, même si elles mettent de côté les prémices rationnelles de cette confiance dans son rôle en politique. L’existence de l’homme du commun prend ses racines dans les déclarations des révolutions françaises et américaines : « nous tenons ces vérités comme évidentes ... que tous les hommes naissent libres et égaux ». Concernant l’égalité le présent chapitre a montré que chez Carl J. Friedrich, il s’agit d’une égalité des possibilités, voyons ce qu’il en est de la liberté politique.

¹²³ T. PAINE, *The Age of Reason*, 1794, p. 286.

¹²⁴ C.J. FRIEDRICH, *Man and his Government*, p. 49.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 70.

CHAPITRE 5

ORIGINE ET DYNAMIQUE DE LA LIBERTÉ POLITIQUE

L'existence des libertés politiques ne va pas de soi, ni la liste de ces libertés, et encore moins la forme que prend leur reconnaissance. Carl J. Friedrich le montre bien en parcourant l'histoire de la politique, des grecs au vingtième siècle. Cela lui permet d'identifier les moments clés auxquels elles émergent et dès lors ce qui les fonde. En reprenant l'idée de la convention, du *foedus* d'Althusius, il conclut que ce sont les membres de la communauté, les hommes du commun, qui définissent les libertés et donc les limites qui doivent être posées au gouvernement, et les obligations qu'il doit remplir pour préserver les libertés et les rendre effectives. Les hommes du commun sont les auteurs de la charte constitutive de la communauté politique...

1. Origine des libertés politiques

Les libertés politiques trouvent leur origine d'une part dans la vie communautaire, et d'autre part dans la préservation d'un espace privé. La première semble inhérente à la nature de l'homme « être » politique, l'autre est nécessité par la limitation du pouvoir du gouvernement.

a. Les libertés inhérentes à la vie en communauté

Le concept de liberté politique ne va pas de soi. Carl J. Friedrich aime à rappeler que le discours funéraire de Périclès rapporté par Thucydide dans le chapitre 35 du livre II de ses *Guerres du Péloponnèse* ne fait pas mention de libertés politiques. Il célèbre « la liberté comme indépendance et bonheur d'être « amoureux de la beauté et de la sagesse ». Les citoyens des cités grecques et de Rome n'avaient aucune liberté d'opinion et de croyance¹²⁶ ». Mais ce dont il est question ici ce sont les libertés privées, Carl J. Friedrich voit comme tous les historiens de la chose politique la naissance des libertés publiques dans les cités grecques. De même pour ce qu'il appelle les libertés collectives, il crédite les communautés humaines, de tout temps, d'une volonté de liberté d'indépendance et de liberté de participation dans la gouvernance des regroupements en coalitions, en ligues, ou en entités fédératives. C'est le propre d'une communauté humaine que de revendiquer son autonomie et son droit à faire valoir ses intérêts vis-à-vis d'autres communautés auxquelles elle s'allie ou auxquelles elle est contrainte de se soumettre. A cet égard la désapprobation par Thucydide du comportement des Athéniens vis-à-vis des Méliens illustre la conscience que les anciens avaient que les relations de pouvoir entre les cités, entre les communautés doivent laisser place à une négociation dans laquelle l'autonomie et la participation du dominé doivent être prise en compte par le dominant.

Ce qui donc ne va pas de soi, c'est la liberté individuelle, et pour Carl J. Friedrich elle restera toujours, de ce fait, secondaire. Elle aura toujours vocation à s'effacer devant les exigences des libertés politiques de la communauté. La raison d'État, la guerre, la menace d'une scission, ou même une crise économique peuvent être de bonnes raisons pour suspendre les libertés privées à condition que ce soit prévu dans la charte constitutionnelle (chapitre 7).

¹²⁶ C.J. FRIEDRICH, *Limited Government. A Comparison*, Prentice-Hall, Inc. Englewood Cliffs, 1974, p. 26.

b. La limitation des pouvoirs des gouvernements

Pour Carl J. Friedrich c'est l'émergence de la religion chrétienne et son évolution postérieure à St Augustin vers moins de dogmatisme et plus de tolérance qui crée le terrain favorable à l'apparition de la liberté politique. St Augustin voyait dans tout gouvernement la conséquence du péché originel, bon ou mauvais les hommes devaient souffrir les comportements du Prince. C'est St Thomas d'Aquin qui introduit l'idée d'une restriction imposée au pouvoir du gouvernement. Celui-ci doit respecter la loi divine qui est aussi la loi naturelle. L'objectif de la loi édictée par le Prince doit être le bien commun. La définition de ce bien commun implique la prise en compte des besoins des membres de la communauté. Il en résulte que « les gouvernants et les gouvernés sont liés les uns aux autres sur la base d'une loyauté réciproque¹²⁷ ».

Mais Carl J. Friedrich ne peut néanmoins expliquer les premières affirmations, les premières revendications de libertés privées, il en reste à des suppositions. Il voit l'Angleterre comme le lieu de première formalisation de ces libertés : « Aux seizième et dix-septième siècles, la classe marchande devint prédominante, au début elle soutint les rois Tudor contre l'aristocratie féodale, puis finalement, elle n'eut plus besoin de la monarchie¹²⁸ ». Et c'est ainsi que la constitutionalisme a commencé son développement.

Pour Carl J. Friedrich il est important de se souvenir que les révolutions anglaises prennent leurs racines dans l'obligation du serment des hauts dignitaires de la couronne imposée par Henri VIII. Après la séparation de l'église d'Angleterre de l'église catholique dictée par les caprices matrimoniaux du Roi, celui-ci exigea une allégeance exclusive à sa personne même si ses actions contrevenaient à l'autorité du Pape et de l'Église de Rome. C'était dénier leur liberté de conscience à ses sujets. Et c'est pourquoi le premier des droits privés est la liberté religieuse. Le second est la propriété privée et il résulte de la lutte entre le Roi et le parlement anglais. Si les lois sont édictées par le « Roi en son parlement », le règne des Tudor n'en fut pas moins émaillé de conflits sur la question de la « prérogative » royale de lever de nouveaux impôts ou de nouvelles taxes.

Une fois établie l'existence de certaines libertés politiques individuelles, la question est celle de l'identification de ces libertés. La libre propriété et la liberté de religion ne sont que deux des libertés reconnues par les constitutions contemporaines, comment expliquer cette prolifération.

2. La dynamique organique des libertés politiques

Carl J. Friedrich reprend la segmentation classique des libertés en trois catégories, les libertés privées, les libertés publiques, et les libertés sociales, tel qu'elles apparaissent successivement au dix-huitième, dix-neuvième et vingtième siècle. Il voit dans la dynamique de leur création une logique organique, tout en déniait paradoxalement tout caractère naturel à ces libertés.

a. Une origine naturelle

Carl J. Friedrich transpose la classification des libertés en privées, publiques et sociales en indépendance, participation et création. Il procède pour ce faire à une

¹²⁷ *Ibid.*, p. 26.

¹²⁸ *Ibid.*

forme de distillation des libertés pour extraire dans chaque classe un droit principal. Il commence par écarter la propriété privée parce qu'elle est soumise à d'importantes limitations aujourd'hui à cause « du besoin largement ressenti d'un plus grand contrôle social et d'une restriction de la concentration du pouvoir économique¹²⁹ ». Les libertés privées se concentrent en un droit de « conviction religieuse », les libertés de participation en droit de vote, et les libertés sociales en droit au travail. Ces droits « illustrent la liberté d'indépendance, la liberté de participation et la liberté de création, [et] sont liés à la capacité d'un être humain de devenir un Soi complet, une personne entièrement développée¹³⁰ ». Ces trois libertés sont donc éminemment associées à la nature humaine. Elles apparaissent même comme former de ce fait la totalité des libertés nécessaires à l'accomplissement de l'homme, car le priver de ces libertés c'est le « déshumaniser ». Et Carl J. Friedrich conclut la démonstration ainsi:

Le fait que chacun de ces droits puissent s'exprimer comme des possibilités, comme un pouvoir de l'homme pour attendre la réalisation de soi, est le cœur de tous les droits. Ainsi nous pouvons dire que le droit le plus étendu est le droit à l'autoréalisation qui peut aussi être simplement appelé le droit à la liberté¹³¹.

Enfin pour qu'aucun doute ne subsiste sur le caractère naturel de ces droits et libertés, il en appelle à Baruch Spinoza : « le droit naturel de l'individu est ainsi déterminé non par la raison, mais par le désir et le pouvoir¹³² ».

Ces libertés sont naturelles et en même temps elles ne le sont pas dans leur inscription constitutionnelle.

b. Une pratique politique

Il semble que si les droits sont naturels, ce qui ne l'est pas c'est leur inscription dans les constitutions. Pour preuve Carl J. Friedrich prend l'exemple de la constitution américaine. L'histoire de la proclamation de la « Bill of Rights » montrerait que la consécration des libertés n'est pas naturelle car leur publication est le résultat d'une négociation entre les fédéralistes et les représentants des États fédérés.

Ce qu'il veut dire c'est que l'inscription des droits et libertés est un acte volontaire de la communauté qui la porte. En effet le choix, la sélection des libertés varient en fonction des pays. En ce sens « ils ne sont pas naturels mais politiques¹³³ », ce sont les hommes du commun qui en décident et qui ont aussi la clé pour les modifier.

Si la variabilité de leur inscription dans les constitutions enlève aux libertés leur caractère naturel, un deuxième facteur renforce leur nature politique, c'est la capacité ou la volonté de les faire appliquer. Deux cas se présentent, celui des dictatures totalitaires et celui des pays démocratiques. Dans les premiers l'introduction de droits et libertés dans la constitution est généralement de façade. Dans les démocraties la difficulté de la mise en œuvre effective des libertés est due à deux phénomènes l'ignorance des droits et la faiblesse politique minorités auxquelles elles s'adressent.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 67.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 70.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² B. SPINOZA, *Traité théologico-politique*, chap. 16.

¹³³ C.J. FRIEDRICH, *Limited Government. A Comparison*, p. 83.

La méconnaissance des libertés fondamentales peut être aussi bien le fait des autorités que des citoyens. La Jurisprudence des cours constitutionnelles est pleine de cas d'interprétation biaisée des dispositions constitutionnelles, ou de lois votées par les parlements en contradiction avec les protections des libertés. Mais l'ignorance est encore plus fréquente, méconnaissance non seulement des dispositions constitutionnelles, et plus encore des moyens de les faire respecter. Enfin Carl J. Friedrich note que l'organisation politique des populations concernées joue un rôle fondamentale. Il reprend une citation de Martin Luther King dans sa *Letter from a Birmingham Jail* :

Nous n'avons pas fait le moindre progrès dans les droits civils sans une pression légale et non violente qui soit déterminée [...] Nous avons appris au travers d'expériences douloureuses que la liberté n'est jamais donnée volontairement par l'oppressé, elle doit être demandée par l'oppressé.

Et ajoute : « une telle demande est futile et inefficace, à moins qu'elle ne soit organisée, le pouvoir du nombre repose sur la capacité d'organisation¹³⁴ ».

Il en résulte que le juge, en dépit de tous les services qu'il a pu rendre à la cause des libertés, n'en est pas le meilleur gardien. Pas plus que toute autorité publique, à moins que le public ne soit toujours en alerte et prêt à agir, individuellement ou collectivement, pour protéger les droits qu'il estime correspondre « aux valeurs, croyances, et intérêts de la communauté¹³⁵ ». et de conclure : « en dernier ressort seul l'homme du commun lui-même peut être le gardien de ses droits, les droits communs à tous les hommes¹³⁶ ».

¹³⁴ *Ibid.*, p. 77.

¹³⁵ *Passim*.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 80.

CHAPITRE 6

LES LIBERTÉS POLITIQUES D'INDÉPENDANCE ET DE PARTICIPATION

Carl J. Friedrich distingue, nous l'avons vu, précédemment trois dimensions à la liberté politique, indépendance, participation et création. Il les classe en deux grands types de libertés : celles de sélection et celles d'innovation. Les premières sont celles d'indépendance et de participation ; elles seront étudiées dans le présent chapitre. La troisième, celle de création - qui sera explorée dans le chapitre 6 - entre en action lorsque les choix politiques proposés se présentent comme des impasses.

La liberté est à mettre en relation avec l'ordre, la liberté politique dans l'ordre politique. La valeur de l'ordre a des limites, c'est une évidence pour tous ceux qui privilégient la liberté, et, en retour, la liberté dépend du niveau d'ordre, c'est ce qui caractérise la liberté dans une société de droit. Cette question des limites de la liberté va permettre d'établir les définitions des libertés politiques d'indépendance et de participation, d'en évaluer l'importance relative, de poser la question de maximisation des libertés et d'explorer les relations des deux libertés entre elles.

Carl J. Friedrich écarte de la discussion sur la liberté politique celle de la liberté au sens philosophique et métaphysique. Volontairement, il ne se prononce pas sur l'alternative déterminisme versus liberté de la volonté considérant qu'il s'agit « d'une aporie, un paradoxe que la logique ne peut résoudre¹³⁷ ».

1. Les définitions des libertés d'indépendance et de participation

S'agissant de la liberté politique, Carl J. Friedrich s'en tient à son postulat général concernant toute question politique : elle ne peut être dissociée d'un jugement de valeur. Et dans le cas particulier de la liberté politique, il est que « les hommes doivent être libres ». Cependant, cela ne peut vouloir dire que « les hommes doivent être libres quelles que soient les actions qu'ils veulent mener ». Il doit donc y avoir quelque chose d'autre dans le jugement de valeur. On ne peut se satisfaire de la formule de Kant selon laquelle la liberté de chaque homme doit être compatible avec celle de chacun des autres hommes, il lui manque la définition du critère pour reconnaître cette sorte de liberté.

Pour établir son postulat de départ, Carl J. Friedrich prend appui sur la notion de pouvoir, qu'il définit à la fois comme une relation entre des hommes et une possession détenue par une personne exerçant un rôle politique. Les deux composantes du pouvoir sont la coercition (exercice de la force) et le consentement résultant de la communication d'une élaboration raisonnée. Ces quatre dimensions du pouvoir sont indissolublement liées à celle de liberté, car quand quelqu'un, une personne ou un groupe, a le pouvoir de faire ou de ne pas faire quelque chose, il est dit libre. Cela veut-il dire que liberté est synonyme de pouvoir ? En un sens, oui, dans l'autre, non. Car la question de la liberté, de la liberté politique apparaît en situation de pouvoir quand le pouvoir d'une personne d'agir comme elle l'entend est soumis au pouvoir d'autres personnes. C'est typiquement la situation dans laquelle le pouvoir, lorsqu'il est détenu par certains, met à leur disposition des moyens de coercition. Dès lors, « la non interférence par autrui est la notion élémentaire de la liberté politique¹³⁸ ». Quand un acteur politique apparaît comme

¹³⁷ *Ibid.*, p. 353.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 351.

agissant sans l'interférence d'un autre, *il est dit libre*. *A contrario*, quand un acteur politique a le sentiment qu'il peut agir sans interférence, il est dit *qu'il se sent libre*. Il est évident que quelqu'un peut être libre et ne pas se sentir libre, et inversement, quelqu'un peut se sentir libre et ne pas l'être. L'ignorance de cette distinction est selon Carl J. Friedrich à l'origine de beaucoup de confusion dans les discussions sur la liberté. De plus, « personne n'est jamais complètement libre, il y a toujours des facteurs interférents ».

Dans le domaine politique, il faut distinguer les circonstances qui limitent la liberté de celles qui promeuvent la liberté, et donc différencier la liberté d'indépendance et la liberté de participation. La personne politique est toujours placée dans une « situation de liberté », qu'elle soit positive ou négative :

Quand un être humain, individuellement ou collectivement, agit politiquement – c'est-à-dire qu'il approuve, préfère ou décide des questions de politique – sans interférence avec d'autres êtres humains, il devra être dit libre. Si une telle décision est principalement prise dans la perspective d'être capable de faire ce qu'il veut dans la sphère privée, on parlera de liberté d'indépendance, si c'est dans la perspective de participer à une action de groupe, on parlera de liberté de participation. Mais ces deux dimensions de la liberté sont fondamentalement caractéristiques de situations d'opinions ou d'actions dans lesquelles l'interférence est exclue¹³⁹.

Cette définition suggère que liberté et pouvoir coexistent quand ils sont regardés du point de vue du détenteur du pouvoir, mais sont en conflit quand ils sont considérés du point de vue de celui ou ceux sur lesquels le pouvoir s'exerce. Et que l'appréciation de la liberté est différente dans la situation de pouvoir coercitif ou de pouvoir consensuel. C'est non seulement une sensation conflictuelle pour les acteurs politiques, mais c'est aussi la réalité inhérente à la situation ainsi créée. Dans toutes les situations où des êtres humains agissent selon les préférences voulues par d'autres êtres humains, force est de constater que ces derniers ne sont pas totalement libres. Dans la relation de pouvoir consensuel, l'accord de réciprocité entre le détenteur du pouvoir et les inféodés crée une situation de liberté relative pour ces derniers dans la mesure où le premier, influencé, tient compte des préférences ou anticipe les réactions des inféodés pour s'assurer de la continuité de leur allégeance. Cela a pour conséquence que le détenteur est moins libre. En conséquence, « tous les hommes dans une société politique sont seulement relativement libres, mais le plus ou moins de cette liberté est décisive¹⁴⁰ ».

Pour étendre la sphère de liberté les sociétés modernes ont développé la notion de sphère non politique, c'est-à-dire un espace dans lequel le citoyen bénéficie d'une protection contre toute interférence du pouvoir politique. Cette protection est légitimée par la société démocratique aussi longtemps que le citoyen ne fait pas de tort aux autres citoyens. Mais la délimitation de la sphère privée elle-même pose la question de la limitation plus ou moins grande de la liberté, l'exemple de l'euthanasie en est une illustration.

Si faire un choix est une expérience humaine fondamentale, si faire ce choix sans interférence est une application de la liberté politique, il y a deux types de choix : ceux que l'on fait pour soi-même – le choix d'une religion, quelle maison acheter... – et ceux que l'on fait dans le domaine public – pour qui voter, quelle loi

¹³⁹ *Ibid.*, p. 353.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 354.

adopter... Dans la première il s'agit de non interférence de soi-même par les autres ; dans la seconde, il s'agit de non-interférence collective. Ces deux sphères sont celles du privé et du public ; on peut parler de liberté publique et privée, Carl J. Friedrich préfère les termes de liberté d'indépendance et de liberté de participation.

2. Les limites de la liberté d'indépendance individuelle

Pour Carl J. Friedrich, s'il est possible de définir conceptuellement la liberté d'indépendance individuelle ainsi que les formes qu'elle prend, il est par contre douteux qu'elle soit une préoccupation véritable de l'humanité en général. Les autres formes de liberté priment comme celle de participation et plus encore celle de liberté d'indépendance collective. Écartant les droits sociaux, il privilégie le droit à choisir sa religion et le droit de propriété dans le contenu de la liberté d'indépendance individuelle.

a. Réalité relative du besoin de la liberté d'indépendance individuelle

La liberté de participation, aussi bien de personne que de groupe, est sujette à toutes les vicissitudes du pouvoir, de l'influence, des règles, de l'autorité et de la légitimité. En effet toutes ces relations politiques impliquent une forme d'interférence de la part de celui qui y participe. Elles l'engagent et l'impliquent, et dans le même temps elles causent frustrations et défaites. À tel point que bien souvent, celui ou ceux qui participent à une communauté politique sentent le besoin de s'en retirer pour se ressourcer auprès de leur famille ou se concentrer sur leurs activités professionnelles. C'est plus spécifiquement la famille et la religion qui ont contribué à l'éclosion de la notion de sphère non politique où règne la liberté d'indépendance personnelle, la liberté privée. La plupart des valeurs les plus chères aux hommes sont développées dans cette sphère non politique, et les objectifs politiques sont recherchés dans le but de poursuivre la protection de ces valeurs, croyances et intérêts propres. Il en résulte que plus la sphère de la liberté privée est grande, plus celle de la liberté publique sera petite.

Selon Carl J. Friedrich, la sphère de liberté privée est de façon coutumière délimitée par les « Bill of Rights ». Elles furent initiées au 18^e siècle, négligées au 19^e, et elles ont connues une nouvelle pertinence au 20^e à cause des empiètements que les libertés ont connu au cours de ce siècle. Elles ont connu une certaine évolution que traduisent les termes successifs de « *rights* », « *liberties* » et « *freedoms* », dont les équivalents en français ne peuvent être donnés terme à terme. Les « *rights* » concernent la protection des individus contre l'interférence des gouvernements ; les « *liberties* » résultent des revendications de participation dans la vie publique, comme les « *civil liberties* » aux États-Unis en faveur des minorités opprimées. Elles ont été brandies comme une bannière pour la défense des droits des noirs ou des droits du travail. Enfin, le terme « *freedom* » est apparu lors de la Deuxième Guerre mondiale sous la présidence de Franklin D. Roosevelt dans sa proclamation des « *Four Freedoms* ». Il s'agissait de défendre le rôle du gouvernement dans l'aide aux pauvres pour leur donner accès à une vie décente et dans la protection des faibles contre les puissants. L'accent mis sur la protection des individus dans une expression comme « *freedom for want* » a donné naissance au terme « droits sociaux » (*social rights*). « Ces droits sociaux sont particulièrement importants pour les socialistes et ont créé en quelque sorte un pont entre l'Ouest et l'Est¹⁴¹ ». C'est

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 357.

ainsi que la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1949 fait une large place à ces droits, qu'ils apparaissent aussi dans les constitutions de l'Italie, de l'Allemagne et de la France. Mais lorsqu'il s'est agi de les introduire dans la constitution de Porto-Rico au moment du rattachement aux États-Unis, le Congrès s'y est opposé et les a fait retirer au prétexte qu'ils étaient contraires à la tradition américaine. Dès lors que ces droits sociaux ne sont pas reconnus de façon universelle, ils ne peuvent intégrer le modèle général, et plus encore la réalité du besoin de liberté d'indépendance individuelle peut être interrogée :

L'universalité des préoccupations que suscitent les droits humains suggère que l'ubiquité des menaces émanant des détenteurs du pouvoir est généralement reconnue. Il est cependant douteux que la liberté d'indépendance individuelle soit une préoccupation véritable pour la majorité de l'humanité. Les pays de tradition européenne mis à part, la plupart des hommes semblent être plus authentiquement concernés par la liberté d'indépendance de leurs nations. Un grand nombre est également intéressé à participer plus ou moins librement dans les affaires politiques¹⁴².

b. Le contenu restreint de la liberté d'indépendance individuelle

Si les droits sociaux peuvent être écartés car ils ne sont pas universellement retenus, ils ne font pas l'unanimité des nations, le contenu de la liberté d'indépendance peut en revanche être ramené aux droits originaux, comme dans la Constitution américaine, c'est-à-dire la protection des droits privés. En effet, Carl J. Friedrich interroge la relation entre ordre public et liberté, l'un et l'autre sont liés et interdépendants. C'est dans cette relation que se trouve le fondement de la nécessité pour l'État, le pouvoir, de protéger une certaine liberté d'indépendance, non pas pour l'indépendance elle-même, la vie privée elle-même, mais pour assurer la pérennité de l'ordre public. Mais Carl J. Friedrich entend le rôle de protection de l'État au sens large. Ainsi dit-il, la propriété privée doit être protégée non seulement contre l'emprise du gouvernement lui-même mais aussi contre les prédateurs économiques. C'est ainsi qu'il justifie les lois anti-trust aux États-Unis et en Europe en ce qu'elles protègent le bon fonctionnement du marché et la liberté des acteurs en luttant contre les situations de monopole.

Cependant, il reconnaît qu'à l'origine de la reconnaissance des droits privés, cette idée de stabilité sociale, économique ou politique n'était pas présente. Cette interdépendance de l'ordre et la liberté n'était pas présente à l'esprit des rédacteurs de la « *Petition of Rights* » de 1628. Ils n'avaient qu'un désir, celui de se protéger contre l'absolutisme royal. Deux droits étaient pour eux essentiels : le droit à la propriété privée et le droit à choisir ses croyances et pratiques religieuses. Déjà, chez Bodin, le Roi devait respecter la propriété de ses sujets.

Il est particulièrement significatif pour Carl J. Friedrich que la religion et la propriété, le spirituel et le matériel *ensemble* soient à l'origine des demandes pour la reconnaissance de la sphère privée. Cela veut dire qu'ils sont tous les deux importants pour la dignité humaine, « la dépendance économique vis-à-vis du dirigeant politique paraissait humiliant pour les champions du monde bourgeois ».

Les autres dimensions de la liberté d'indépendance sont la protection contre l'arrestation, la fouille, la saisie arbitraire, la liberté d'expression, la liberté d'organiser sa vie de famille et professionnelle comme on l'entend. Tout cela est limité

¹⁴² *Ibid.*

par la protection de l'intérêt et de l'ordre public. L'étendue de cette liberté d'indépendance varie de pays à pays, mais ce qu'il faut retenir c'est que l'existence d'une sphère privée est généralement reconnue par tous.

La liberté dépend de l'ordre comme il a été rappelé plus haut, c'est l'ordre politique qui en fixe les limites. C'est en cela que l'ordre est le protecteur des libertés.

3. La protection de la liberté

Le gouvernement ne peut pas être tenu à l'écart de la vie privée sans une constitution qui en fixe les limites et définit les procédures pour se défendre contre les empiètements. Ainsi la liberté d'indépendance dépend de l'ordre politique ainsi bien pour les personnes que pour les communautés. Dans une organisation fédérale, ce sera la constitution fédérale qui définira le degré d'autonomie des entités fédérées. Mais c'est aussi vrai de la liberté de participation qui, pour être effective, doit être organisée par l'ordre politique.

Derrière le rôle de la constitution dans la protection des libertés, se profile la question du « gardien de la constitution » en référence au débat entre Kelsen et Schmitt. La position de Carl J. Friedrich reste celle de Schmitt, même s'il ne revendique pas ouvertement sa filiation schmittienne, lui préférant celle de Benjamin Constant en faisant du monarque constitutionnel ou du président constitutionnel l'arbitre neutre au-dessus des pouvoirs séparés (les trois pouvoirs de Montesquieu). Il rapproche cette neutralité de celle de la prérogative royale anglaise défendue par Dicey, y voyant « la sécurité finale des sujets contre les abus des ministres, politiques et leurs semblables¹⁴³ ». Cependant, la stature de la Cour Suprême des États-Unis l'oblige à développer plus avant ses arguments contre le principe de la « judicial review » et de la formation d'une Cour constitutionnelle pour assurer la fonction de gardien. Il fait d'abord de la Cour Suprême une exception due à la confiance de la communauté américaine dans le désintéressement des juges qui la composent. En quelque sorte, si la communauté avec ses valeurs, ses croyances et ses intérêts confie ce rôle à cette cour, elle la légitime quels que soient les éléments rationnels qui puissent être opposés à ce choix.

Mais il n'en demeure pas moins que des juges ne sont pas les mieux placés pour interpréter la Constitution soit parce qu'ils sont par origine et par formation enclins à prendre des décisions conservatrices, soit parce que par profession ils fondent leurs décisions sur des précédents et ne font donc pas preuve d'innovation, et ne sont pas à l'écoute des changements de la société, soit parce qu'ils ne sont pas élus et en conséquence leur légitimité est contestable. Enfin, le risque le plus important pour une Cour Constitutionnelle est d'apparaître politiquement divisée selon les mêmes lignes de fracture que la société entre conservateurs et progressistes, entre libéraux et socialistes. Dès lors, ses décisions deviennent politiques et sont contestées par une part si importante de la communauté qu'elles perdent de leur autorité.

Aussi bien dans la sphère privée que dans la sphère publique, la Constitution cherchera à maximiser la liberté dans les communautés qui la chérissent particulièrement. Mais cela ne va pas sans difficulté, comme Carl J. Friedrich tente de le démontrer par une approche quantitative.

¹⁴³ C.J. FRIEDRICH, *Constitutional Government*, p. 156.

4. La maximisation des libertés

La maximisation suppose une mise en balance des libertés d'indépendance et de participation. En effet, les deux libertés ne peuvent pas être étendues en même temps. Quand la liberté de participation dans les affaires communes est augmentée, cela veut dire que la sphère de la décision communautaire l'est aussi, et en conséquence la sphère de la décision privée est réduite. Pour le montrer, Carl J. Friedrich adopte une symbolisation mathématique. Si A est l'ensemble des décisions à prendre, si p^1 est la somme des décisions privées et personnelles, p^2 la somme des décisions politiques et publiques, alors $A = p^1 + p^2$. Si A est constant, toute augmentation de p^2 provoque une diminution de p^1 . C'est tout le dilemme des collectivisations ou des nationalisations. Si des pans de l'activité sont transférés du privé vers le public, le champ de la liberté de participation s'étend. Encore faut-il que cette dernière soit effective. Dans les sociétés démocratiques, le transfert est sanctionné par une procédure législative ; les problèmes apparaissent quand le législateur confie à des administrateurs de la bureaucratie la gestion de ces activités nationalisées. Il en résulte de facto une réduction de la liberté d'indépendance.

Cette analyse a pu être contestée par certains argumentant que A n'est pas une constante et que l'augmentation de l'intervention de l'État dans la sphère économique augmente la somme totale des choix à faire par un accroissement de l'activité. C'est un présupposé qui n'est pas toujours confirmé, et cet accroissement de l'intervention, que ce soit par la création d'infrastructure ou par la nationalisation d'entreprise, se fait le plus souvent par l'endettement et donc à terme par des levées d'impôts supplémentaires dont la conséquence est la diminution de la liberté d'indépendance.

Il semble donc qu'il n'y a pas d'issue à la maximisation de la liberté. L'idée que « la démocratie accroît la liberté » serait donc fautive ; ce serait en fait « l'égalité de liberté » qui serait accrue. C'est ce qu'affirme Felix E. Oppenheim : « la différence essentielle entre la dictature et la démocratie n'est pas qu'il y est moins de liberté dans l'une que dans l'autre, mais que liberté, et le pouvoir aussi, est mieux distribuée en démocratie¹⁴⁴ ».

Mais est-ce véritablement un problème que la liberté ne puisse pas être maximisée ? Pour Carl J. Friedrich, l'expérience montre « que c'est une erreur de supposer que la majorité des citoyens dans les ordres politiques réels existants désirent une maximisation de la liberté ; c'est une prémisse du libéralisme classique que tous les êtres humains préfèrent être en position de faire le plus de libres choix possibles, c'est-à-dire de décider par eux-mêmes plutôt que de suivre la suggestion ou même le commandement d'autres », comme le fait remarquer John Stuart Mill dans *On Liberty*. Les études « historiques, sociologiques et psychologiques » passées et présentes laisseraient entendre que l'être humain désire *un minimum* de liberté plutôt qu'un maximum. Tous les êtres humains se réjouissent de faire quelques libres choix, mais peu. Ce ne sont que des êtres exceptionnels qui souhaitent bénéficier d'une totale autonomie. En cela, « la morale et la philosophie politique de Kant s'appuie sur l'affirmation fautive que tous les hommes sont autonomes, ou au moins désirent l'être. Sur cet aspect il représente la vieille tradition libérale et ses idéaux ».

Quand cette hypothèse est testée dans un contexte démocratique, elle montre qu'effectivement, lorsque la possibilité leur est offerte de maximiser leur liberté, la

¹⁴⁴ F.E. OPPENHEIM, *Dimensions of Freedom*, New York, St Martin's press, 1961, p. 206.

grande majorité des hommes préfèrent la maximisation des valeurs, comme justice ou sécurité, à celle de la liberté. Lorsque la possibilité d'augmenter leur liberté de participation est proposée, ils ne participent pas. La plupart des hommes préfèrent que les décisions soient prises pour eux. Les expériences montrent que c'est vrai aussi pour les opinions et les actions. Cette tendance des hommes à être indifférents à la liberté la plus radicale, ou l'autonomie la plus entière, n'est pas pour autant condamnable. Elle va avec le désir des hommes de suivre le chemin de moindre résistance.

La maximisation de la liberté n'est donc pas le problème principal des hommes, il s'agit pour eux d'arbitrer entre la liberté privée et la liberté publique, ou pour reprendre les termes de Carl J. Friedrich entre liberté d'indépendance et liberté de participation.

5. Les relations entre liberté d'indépendance et liberté de participation

On l'a vu précédemment, la primauté donnée par Carl J. Friedrich à la communauté sur l'individu lui fera privilégier systématiquement le collectif sur l'individualité, c'est-à-dire la sauvegarde du groupe sur la liberté d'indépendance individuelle. Il en donne plusieurs exemples, celui de la menace de la guerre, celui de la raison d'État, celui du fédéralisme.

a. La situation de guerre

Les Grecs, quand ils se nommaient eux-mêmes *hoi eleutheroi*, les hommes libres, pensaient en termes de liberté de participation à la décision collective. La *polis* grecque connaissait peu de chose de la liberté d'indépendance ; il n'y avait pas de « bill of rights » et la vie des citoyens dans la *polis* n'était en rien libre de l'emprise des interférences publics. Fustel de Coulanges écrit :

C'est une erreur insigne de croire que dans les anciennes cités les hommes étaient libres. Ils n'avaient même pas l'idée de ce que cela voulait dire. Ils ne croyaient pas qu'il existe quelques droits que ce soit contre la cité et ses Dieux ... D'avoir des droits politiques, de voter, de nommer les magistrats, d'avoir le privilège de devenir « archon » c'était la liberté. Mais l'homme n'en était pas moins l'esclave de l'État¹⁴⁵.

Mais c'était une vie de participation constante, en particulier dans les cités démocratiques, dans lesquels les citoyens participaient à la loi, tout autant à l'exécutif et qu'à la justice. Cette liberté de participation était combinée pour chaque cité à la liberté d'indépendance. Carl J. Friedrich prend l'exemple des pays issus des anciennes colonies pour expliquer le rapport entre liberté de participation et liberté d'indépendance pris du point de vue du pays. Ces nouveaux pays sont soucieux à la fois de préserver leur indépendance nationale en même temps que la liberté de participation individuelle, mais ils sont prêts à sacrifier la deuxième au nom de la première si nécessaire. Ces pays, comme les Grecs, pensent ce que les Romains exprimaient avec concision dans la formule « *Inter arma leges silent* », c'est-à-dire « Quand l'indépendance collective est en jeu, la liberté de participation doit être suspendue. » La plus radicale réalisation de cette formule est la dictature romaine qui suspendait la totalité de la machinerie constitutionnelle pendant la durée de l'urgence. Ainsi, la liberté d'indépendance, entendue comme celle du groupe, était

¹⁴⁵ FUSTEL DE COURLANGES, *La cité ancienne*, 1889, p. 298.

privilegiée. Carl J. Friedrich conclut : « je crois qu'une variété de situations historiques suggère que cette primauté est d'application universelle, même dans les pays les plus libéraux, la plupart des citoyens seront prêts à suspendre la liberté de participation quand la liberté d'indépendance de leur pays est en jeu. »

La défense de la communauté politique présente deux faces, l'une externe et l'autre interne. La guerre est la face externe ; la subversion des institutions est la face interne. Cette dernière est envisagée par Carl J. Friedrich sous le chapitre de la « raison d'État ».

b. La raison d'État

Dans une brochure de 1957, *Constitutional Reason of State*, Carl J. Friedrich fait une revue complète de la littérature sur la raison d'État, de Machiavel à Hegel, pour livrer en conclusion sa position sur la façon dont toute Constitution ou Charte de gouvernement doit envisager la nécessité de suspendre les libertés pour protéger l'ordre politique en place.

Il résume en quelques lignes les alternatives proposées par les penseurs politiques. Il y a ceux qui comme :

Milton et Calvin mettent hors la loi [les citoyens qui au lieu de défendre la Constitution s'en déclarent les ennemis], les privent de leur statut de citoyen, les exilent, les suppriment [...]. D'autres qui organiseraient un tribunal spécial [...] pour les priver de certaines de leurs libertés. L'État d'urgence, une forme de dictature constitutionnelle, a aussi ses avocats [...]. D'autres comme Locke qui vont croire en une force inhérente de l'ordre constitutionnel, aussi longtemps qu'il y a forme de « prérogative » (à l'anglaise). Et encore d'autres qui se rangent au côté de Hegel, penseront que c'est plus ou moins une question de force spirituelle, et que rien ne doit être fait, si ce n'est comprendre ces forces historiques en œuvre. Finalement, il y a ceux qui avec Kant qui considéreront le problème comme insolvable sauf dans le cadre d'un ordre universel [...].

Dans sa logique de la primauté de la communauté sur l'individu, Carl J. Friedrich va prendre une position de défense des libertés civiles et politiques. Cela peut paraître surprenant compte tenu de l'importance relative qu'il leur accorde par rapport aux libertés collectives. Mais cela se comprend si on garde à l'esprit que ce qui fonde l'ordre politique, ce sont les valeurs, les croyances et les intérêts des membres de la communauté (Althusius). Et que ceux-ci sont inscrits dans la Constitution. Dès lors, toute atteinte aux dispositions constitutionnelles est une atteinte aux valeurs de la communauté. Il voit dans la proclamation de mesures d'exception, non formellement prévues par la Constitution, « une sape de la foi dans l'ordre constitutionnel lui-même, au risque qu'elle désintègre la volonté de maintenir cet ordre. [...] Combien de temps les droits fondamentaux sont fondamentaux s'ils peuvent être retirés à de grands groupes de citoyens¹⁴⁶ ».

Les mesures d'exception ne peuvent donc pas être laissées dans le domaine des lois ordinaires, elles doivent être constitutionalisées. Mais les pouvoirs d'exception qui en résultent ne doivent pas être exercés par ceux qui les proclament, mais par d'autres spécifiés dans la loi fondamentale.

D'autre part, les actes que peuvent commettre ces citoyens ennemis de leur propre constitution doivent être criminalisés dans la loi pénale ordinaire, comme la divulgation « d'information classifiées à des étrangers, porter des uniformes ou

¹⁴⁶ C.J. FRIEDRICH, *Constitutional Reason of State*, 1957, p. 116.

intimider ses compatriotes ». Mais en aucun cas « ces personnes ne devraient être privées de leurs droits constitutionnels, et les tentatives de les empêcher de chercher la protection de leurs droits fondamentaux doivent être strictement interdites ».

Ce qui est donc plus important que tout dans l'ordre politique et que même la raison d'État ne peut enfreindre, c'est la volonté des membres de la communauté telle qu'elle s'exprime dans la Constitution. Les citoyens ennemis de leur propre communauté restent des citoyens et gardent leurs droits. Il est essentiel qu'ils gardent leurs droits à exprimer leurs convictions, leurs fois, leurs croyances. Cela fait partie du programme du bon ordre politique, c'est sa capacité à transformer sa contestation interne en innovation qui garantit sa longévité, sa durabilité.

c. Le fédéralisme

Carl J. Friedrich est reconnu comme le penseur du fédéralisme au XX^e siècle. Ses contributions aux constitutions des Länder et de l'État fédéral allemands en sont l'illustration. Dans la relation entre fédéralisme et liberté deux dynamiques opposées s'affrontent chez lui. L'une qui voit dans le fédéralisme l'ordre politique permettant l'existence et l'expression effective des libertés, et l'autre qui voit dans les libertés effectivement exercées un frein au fédéralisme.

i. Fédéralisme champ d'expression des libertés

Le fédéralisme tel que le conçoit Carl J. Friedrich en s'inscrivant dans la tradition d'Althusius telle qu'il l'a lui-même présentée et théorisée est une segmentation de l'ordre politique en communautés imbriquées les unes dans les autres. Le niveau le plus bas, mais qui est aussi au fondement de l'ordre politique fédéral est constitué de communautés indépendantes.

Ces communautés fondatrices sont le premier lieu d'expression des libertés politiques. L'homme du commun peut s'y réaliser pleinement en participant à la rédaction de l'alliance, du *foedus*, en contrôlant l'application et le respect.

Dans un article intitulé « Federalism and Opposition »¹⁴⁷ paru en 1966 et traduit par Gaëlle Demelemestre dans *Pouvoir et fédéralisme*¹⁴⁸ il formule les « hypothèses » suivantes (le terme hypothèse chez Carl J. Friedrich est synonyme de « lois » ou de « règles » en science sociale, voir *supra*) :

le fédéralisme (I) augmente les opportunités des minorités dissidentes à faire connaître leurs vues aux autres citoyens et dissidences politiques ; (II) multiplie les opportunités de participer à la vie politique ; (III) accroît le consensus, dans la discussion politique, dans le sens où les solutions envisagées le sont pour diminuer la taille, les ressentiments et le pouvoir de contrainte des minorités défaites, de mêmes que ceux des minorités perturbatrices qui ne peuvent espérer devenir des majorités ; (IV) améliore grandement les chances d'une résolution pacifique des conflits ; (V) aide à résoudre les questions politiques urgente en donnant une opportunité d'expérimenter des solutions sur une échelle limitée, et (VI) développe la confiance et la loyauté envers une politique constitutionnelle.

¹⁴⁷ C.J. FRIEDRICH, « Federalism and Opposition », *Government and Opposition*, 1:3, 1966, p. 286-296.

¹⁴⁸ C.J. FRIEDRICH, *Pouvoir et fédéralisme*, traduction et présentation G. Demelemestre, Paris, Classique Garnier, 2012, p. 163.

Le fédéralisme est donc un creuset de la liberté, mais en même temps il suppose un transfert de compétence à la fédération et donc réduit la liberté de participation de l'homme du commun en même temps qu'elle augmente la liberté de participation de la communauté politique fédérée.

ii. Les libertés comme obstacles au fédéralisme

La liberté de participation a connu une extension singulière en politique avec la création de structure fédérale, aux États-Unis, en Allemagne, en Europe... en ce qu'elle crée une participation des entités fédérées dans l'entité fédérale. C'est une liberté de participation collective. Cependant, Carl J. Friedrich note avec étonnement, mais non sans en reconnaître la rationalité, la réticence des pays et collectivités ayant une forte tradition de liberté de participation et de liberté d'indépendance collective, à rejoindre des entités fédérales.

C'était le cas des cités grecques pour lesquelles le sens de l'indépendance communautaire était si élevé que les restrictions impliquées par une coopération dans une entité plus large étaient difficiles à accepter. Il en est de même aujourd'hui avec la Suisse vis-à-vis de la Communauté européenne, la liberté de participation y est trop développée selon lui pour que là aussi des limites ou des contraintes y soient apportées par l'intégration dans un espace politique plus large. Carl J. Friedrich voit également dans le Royaume-Uni un exemple de cette difficulté à accepter le fédéralisme pour la même raison de forte tradition de liberté de participation. Il se montre là incroyablement visionnaire.

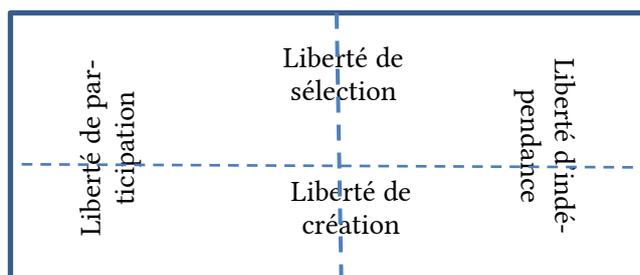
CHAPITRE 7 LA LIBERTÉ POLITIQUE DE CRÉATION

Les deux dimensions de la liberté, liberté d'indépendance et liberté de participation, sont principalement des libertés de choisir, de sélectionner et de préférer. Elles supposent qu'il y ait des alternatives proposées. Mais il y a une autre dimension de la liberté qui est transversale aux deux autres. Elle intervient quand aucune des alternatives n'est acceptable parce que toutes entrent en conflit avec les valeurs, croyances et intérêts de la communauté, ou parce qu'elles ne correspondent pas aux valeurs en question. Il y a une différence considérable entre choisir parmi des alternatives connues et découvrir une nouvelle alternative. Une telle découverte résulte d'un processus de création. Ce qui caractérise la liberté de création c'est son imprédictibilité. Ce qui fait dire à Carl J. Friedrich que rien n'est impossible en politique.

1. Définition de la liberté de création

La création humaine, que ce soit une invention délibérée ou une innovation fortuite, trouve sa source dans la résolution de problèmes. Carl J. Friedrich est fidèle ici à la philosophie de l'expérience de John Dewey. La création manifeste la liberté fondamentale de l'homme. En matière politique, la liberté de création s'exprime en réponse à des problèmes récurrents et pressants qui trouvent leur origine dans de nouvelles situations. Encore faut-il que la communauté politique dans laquelle cela se produit soit réceptive aux changements et ait mis en place des procédures pour les traiter. Nous l'avons vu dans le modèle de l'ordre politique, pour qu'une communauté lui conserve une certaine stabilité, elle doit prévoir des procédures d'acceptation du changement qui préviennent le déclenchement d'épisode révolutionnaire de renversement de l'ordre et d'établissement d'un nouveau. C'est tout l'enjeu des dispositions constitutionnelles d'amendement.

Par rapport aux deux autres libertés, indépendance et participation, le positionnement de la liberté de création est représenté par Carl J. Friedrich par le schéma ci-dessous.



La liberté de création peut intervenir aussi bien en matière d'indépendance que de participation. Il cite comme innovation participative la création de l'élection au suffrage proportionnel ou l'article 88 de la Constitution française de 1958, ou en matière de liberté d'indépendance, la création du droit à la sûreté avec l'habeas corpus serait également un exemple. On voit par-là que la liberté de création joue un rôle considérable en matière politique.

Il va de soi que les révolutions sont propices à l'innovation politique. La révolution de Cromwell par exemple permet de mettre en avant pour la première fois l'idée d'une constitution écrite. Les créations politiques interviennent principalement dans le champ politique lui-même, mais il est aussi des inventions hors de ce

champ qui sont par leur importance historique ou sociale politique comme l'est celle de la bombe atomique.

1. Le processus de création politique

Le processus de création politique est intimement lié à la nature humaine et principalement à sa qualité d'adaptation et de partage de fins communes. Ce processus entre en jeu dans les situations d'impasse politique ou sociétale ; il est collectif et l'idéologie y joue dès lors un rôle majeur. Enfin, ce processus, bien qu'il nous apparaisse parfois soudain dans les situations révolutionnaires, est en fait lent. La création politique demande une longue maturation pour produire ses effets.

a. Lien avec la nature humaine

La capacité à découvrir et à innover est un des traits caractéristiques de l'homme. Il est essentiel en politique. Cette capacité d'innover vient des cinq qualités humaines (Chapitre 4). Ce qui la rend opérationnelle, c'est l'adaptabilité humaine. Sans cette capacité à embrasser la nouveauté et les changements de son environnement, l'homme n'aurait pas pu développer sa créativité. Cette adaptabilité s'exprime de deux façons : l'une passive, c'est l'acceptation de la nouveauté, partagée par la majorité des hommes ; l'autre active, c'est l'invention d'une solution nouvelle face à un problème, ce qu'ont en partage les hommes du commun.

En politique, la vie en communauté et le partage d'objectifs communs est une condition première de la création. À la différence d'autres domaines comme les sciences de la nature ou l'art, l'innovation en politique est un processus collectif. Elle résulte de l'action conjuguée d'un groupe de personnes partageant les mêmes idées, c'est pourquoi l'idéologie y joue un rôle crucial. Il faut que les alternatives proposées qui auraient permis l'exercice de la liberté de participation apparaissent comme une impasse évidente non pas seulement à une personne mais à un collectif pour que le processus d'innovation s'enclenche. Le plus souvent, il est impossible de dire qui a eu l'idée, même si rétrospectivement un « meneur », un dirigeant peut en être crédité ou s'en prévaloir.

Enfin, la conscience de Soi et le langage est moins évidente. Mais le « Soi est le point d'Archimède sur lequel l'homme peut s'appuyer pour sortir le monde de ses gonds¹⁴⁹ ». Et le langage nous conduit directement aux idées et au rôle joué par l'idéologie.

En résumé, la liberté de création est tellement ancrée dans la nature humaine que les régimes politiques les plus totalitaires doivent prévoir une dose de liberté pour assurer leur survie. Et cette créativité sert aussi bien les individus que la communauté.

b. Le rôle de l'idéologie

Du point de vue de la science politique, il n'est d'aucune importance de savoir si les idées véhiculées par une idéologie sont vraies ou pas. Carl J. Friedrich prend l'exemple de l'affirmation dans la déclaration d'indépendance des États-Unis selon laquelle « tous les hommes ont été créés égaux ». Nous expérimentons empiriquement qu'elle est fausse. De même, la déclaration avance de nombreux faits pour démontrer la « tyrannie absolue » du Roi. Certains sont fantaisistes mais cela n'a

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 84.

pas d'importance. Ce qui l'est, c'est que l'affirmation de l'égalité des hommes est idéologique. Au sens où elle reçoit sa signification de ce qu'elle implique politiquement, les privilèges héréditaires sont mauvais et doivent être abolis, et une société sans privilèges est bonne et doit être établie. C'est-à-dire que les hommes doivent être traités comme s'ils étaient égaux, et l'ordre politique doit être organisé selon ce principe.

« Les idéologies sont des systèmes d'idées dirigés vers l'action¹⁵⁰ ». Elles contiennent un programme et une stratégie en vue d'une réalisation, leur fonction est d'unifier des organisations qui sont construites autour d'elles. Tous les systèmes d'idées ne sont pas des idéologies, la pensée d'Aristote ou l'Ancien Testament ne sont pas des idéologies. Cependant, ils peuvent fournir la base d'idéologies mais seulement après avoir été reliés à des actions dans un sens particulier et pour une situation particulière. Les idéologies sont des ensembles d'idées associées à des ordres politiques et sociaux existants, formées pour les défendre ou les modifier. Cette façon de considérer l'idéologie est particulièrement fructueuse pour analyser les dictatures totalitaires.

L'exemple du nationalisme est de ce point de vue éclairant. Ce n'est pas en soi une idéologie. C'est un sentiment et un corps de sensations associés à l'identité d'une nation en particulier. Son seul lien avec la politique est que celle-ci doit tenir compte des traditions nationales. Mais cette expression est tellement vague qu'elle ne permet pas de constituer un corpus idéologique tant qu'elle n'est pas associée à une idéologie spécifique comme le socialisme par exemple. National-socialisme devient par association des deux termes une idéologie. Mais le nationalisme seul ne peut avoir de programme politique que fondé sur l'indépendance politique, économique et culturelle ; mais cela n'en fait pas une alternative structurée aux idéologies concurrentes que pourraient être le libéralisme démocratique, le socialisme démocratique ou le communisme. Entendues dans cette acception, les idéologies ne sont pas mortes et des corpus d'idées orientés vers l'action pour changer la société ne manquent pas.

c. Une lente maturation

« Gouverner c'est inventer¹⁵¹ ». Les institutions politiques qui marquent l'évolution lente de l'homme des communautés primitives aux larges structures étatiques des nations modernes et des organisations régionales et internationales, ont été inventées par l'homme, par des individus qui avaient de nouvelles idées pour régler les problèmes auxquels ils étaient confrontés.

La vérité est que nous savons très peu de chose sur la façon dont ces inventions ont été faites et comment les innovations qui en résultent ont été mises en œuvre. Mais nous pouvons inférer de l'expérience récente qu'elles ne sont pas faites en une seule et unique « descente en piqué ». Elles sont le résultat de l'accrétion de nombreuses petites inventions consolidées sur une longue période. Par exemple, l'infini complexité de la bureaucratie moderne s'est bâtie étape par étape sur des centaines d'années.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 89.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 86.

d. Le rôle de l'élite

La formation des élites révolutionnaires est fortement liée à la question de l'innovation en politique, avec la liberté de faire des choses nouvelles et extraordinaires que l'ordre ancien refuse. Mais ce constat du rôle prédominant des élites dans la création en politique se vérifie au-delà des seuls moments révolutionnaires.

L'existence ou non d'une élite gouvernante, qu'elle agisse à découvert ou de façon souterraine, est une question que Carl J. Friedrich abordera souvent dans ses écrits. Elle est intimement liée à celle de la bureaucratie. Pour lui, élite et bureaucratie sont des catégories de populations qui se superposent souvent dans les régimes aristocratiques, monarchiques et surtout pour le monde contemporain dans les régimes totalitaires. Les partis communistes, le parti fasciste italien ou le parti nazi constituent des élites gouvernantes au sein desquelles les hauts fonctionnaires de la bureaucratie sont recrutés. Dans les régimes démocratiques constitutionnels, il considère que ce phénomène politique d'une élite dirigeante unique n'existe pas. Il identifie une pluralité d'élites – financière, administrative, militaire, industrielle, religieuse... – qui se concurrencent entre elles. Et cette multiplicité ne correspond pas à la définition qu'il donne de l'élite politique, c'est-à-dire « un groupe de personnes qui se distinguent par une aptitude particulière pour la politique qui de façon effective réunissent les postes de pouvoir dans leurs mains, et qui possèdent un sens de cohésion de groupe et partagent en commun *un esprit de corps*¹⁵² ».

Si c'est une particularité qui se rencontre dans tous les régimes autocratiques et totalitaires, elle se rencontre aussi dans les régimes démocratiques à parti unique ou à parti dominant, comme cela a pu se produire pendant certaines périodes aux États-Unis, en France avec le gaullisme, en Allemagne avec Adenauer et particulièrement en Afrique dans les pays nouvellement indépendants où le parti qui conquiert l'indépendance conserve le pouvoir pendant de nombreuses années.

Cette élite est à la fois celle qui porte le changement révolutionnaire ou l'indépendance, mais aussi qui façonne de nouvelles valeurs. En ce sens, elle est porteuse d'innovation et est le fer de lance de la liberté de création politique. C'est pourquoi les innovations politiques se rencontrent dans les périodes de révolution, et au 20^e siècle, la dictature totalitaire est une innovation politique majeure.

3. La dictature totalitaire, innovation politique du XX^e siècle

La plus remarquable innovation politique récente est, selon Carl J. Friedrich, la dictature totalitaire. C'est selon lui une erreur très répandue de penser qu'elle est née de la révolution bolchévique de 1917. Les révolutionnaires russes avaient une idée de la dictature très conventionnelle et la voyait comme une phase transitoire de courte durée. Ils suivaient en cela la théorie développée par Karl Marx. Mais les problèmes auxquels ils furent confrontés les obligèrent à innover de façon massive pour aboutir à la dictature totalitaire en à peine une décennie après la révolution.

L'innovation en politique est un processus collectif (voir ci-dessus). Il suppose donc liberté de participation, ce qui peut sembler paradoxal dans une société totalitaire. C'est là qu'intervient le rôle de l'élite et, dans le cas particulier de l'Union Soviétique, celui des cadres du Parti. Ils ont joué un rôle considérable pour transformer l'idée originale de Karl Marx d'une dictature du prolétariat en une dictature

¹⁵² *Ibid.*, en français dans le texte, p. 333.

totalitaire. Le débat idéologique entre bolchéviques et menchéviques sur le caractère autoritaire ou démocratique de l'organisation du Parti illustre le rôle central du Parti dans l'inflexion du concept de dictature du prolétariat vers celui d'une organisation totalitaire strictement hiérarchisée sous l'emprise d'un chef. C'est la fameuse charge de Trotski contre « la méthode de Lénine qui conduit à ce que l'organisation du Parti se substitue au Parti, puis que le Comité Central se substitue à l'organisation, et enfin le dictateur unique se substitue au Comité Central¹⁵³ ». Cette dispute se conclut par la victoire de Lénine et aboutit à la formation d'un Parti qui tiendra le pays pendant quatre-vingts ans. Pour Carl J. Friedrich, il ne s'agit pas là de la corruption de l'idéologie marxiste initiale – Marx et Engels n'étaient pas explicites sur la façon d'organiser la dictature du prolétariat – c'est une adaptation à la situation politique de la Russie, un produit de la liberté politique créative de l'élite soviétique.

Un autre exemple de la créativité des dirigeants soviétiques est la planification d'État qui n'est pas inscrite dans la doctrine marxiste mais qui était nécessaire au lancement de l'industrialisation massive de la Russie. *A contrario*, Carl J. Friedrich voit dans l'absence d'inflexion d'Hitler sur la question juive l'une des causes de sa chute ; il n'aurait pas reconnu le tort que son antisémitisme faisait à la politique étrangère de l'Allemagne¹⁵⁴. Concernant la Chine, qui est une nation en développement au moment de ses derniers écrits, il se montre très optimiste sur la base de son analyse du parti unique comme moteur d'innovations politiques (élite dirigeante) et du privilège qu'il donne en matière de liberté à celle d'indépendance collective (nationalisme) sur celle d'indépendance personnelle (droit de l'homme).

¹⁵³ C.J. FRIEDRICH et Z.K. BREZEZISKI, *Totalitarian Dictatorship & Autocracy*, New York, Frederick A. Praeger Publishers, 1968, p. 110.

¹⁵⁴ *Ibid.*, Chap. 9.

CONCLUSION

RIEN D’IMPOSSIBLE EN POLITIQUE

La liberté de création en politique est par nature imprédictible. Certes, il serait possible d’identifier des conditions sociales et politiques favorable à l’incubation de nouveaux phénomènes politiques, mais ceux-ci en tant que produits du processus d’innovation sont totalement imprédictibles. Ce qui fait dire à Carl J. Friedrich que tout est possible en politique, y compris l’impossible : « de nombreuses actions déclarées impossibles à certains moments se sont révélées concrètement possibles. Ce qui est signifié, ou pourrait l’être par « politiquement impossible », est contraire à la nature du politique¹⁵⁵ ». Philosophiquement il existe trois types de possible : le logique, l’épistémologique et le métaphysique. Dans le premier sens, tout ce qui est pensable est considéré comme possible, sauf ce qui est contradictoire ; un dirigeant politique sans pouvoir est en ce sens impossible parce qu’il est de l’essence de la direction politique de s’appuyer sur du pouvoir. Dans le sens épistémologique, le plus important pour Carl J. Friedrich, ce qui est possible est ce qui est compatible « avec les conditions formelles de l’expérience, considérées en termes d’intuition (*Anschauung*) et de concept (Kant)¹⁵⁶ ». Enfin, le possible métaphysique ou ontologique est ce qui a la capacité de devenir quelque chose, par opposition à ce qui est déjà quelque chose. Le possible est et avait été déjà reconnu comme tel par Aristote comme une sorte d’étant qui se tient entre l’Êtant et le non-Êtant. L’impossible dès lors est ce qui ne peut jamais devenir réalité.

En politique, ce type d’impossibilité est lié à la nature humaine. Pour cette raison, on trouve ces impossibilités dans les écrits de conservateurs mais aussi chez Machiavel. Ces vues reposent sur des hypothèses dogmatiques qui défient l’analyse et l’expérimentation scientifique. Ainsi, les procédures politiques envisagées par Bentham et son école apparaissent aujourd’hui « impossibles » parce qu’elles reposent sur des présupposés psychologiques faux. Il en est de même de nombreuses propositions des économistes qui supposent que les hommes sont plus rationnels qu’ils ne le sont. Dès lors, « ce ne sont pas des impossibilités politiques mais des impossibilités psychologiques ». De même, il y a les impossibilités légales parce que les Constitutions contiennent des dispositions qui s’opposent aux actions politiques envisagées. À nouveau, ces impossibilités ne sont pas politiques mais légales et de plus, « politiquement parlant, les lois et les constitutions peuvent être changées¹⁵⁷ ».

Un exemple, donné par Carl J. Friedrich, d’impossible politique devenu possible est celui de la question algérienne en France. Elle ne pouvait être résolue sous la Quatrième République car la façon dont le parlement fonctionnait ne permettait pas l’indépendance de cette colonie, avec la Cinquième République cela devient possible. De même quand une réforme de la Constitution apparaît impossible, la survenance d’une révolution la rend soudain possible.

La réunification de l’Allemagne était impossible du temps de Carl J. Friedrich ; elle s’est faite avec la chute du bloc de l’Est. Son optimisme politique est sans faille, il s’appuie sur les cinq qualités de la nature humaine – vie en communauté, adaptabilité, partage d’objectifs communs, conscience de Soi et langage – pour affirmer

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 381.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 384.

« que l'étendu du potentiel créatif dans le champ de la politique est si immense, le nombre d'inventions possibles et les possibilités de leadership exceptionnel si grand », que tout est possible y compris l'extension du fédéralisme jusqu'au point de création d'un ordre politique international réel. Mais c'est une autre histoire.

BIBLIOGRAPHIE

BIBLIOGRAPHIE DE CARL J. FRIEDRICH

- Lecture on the German constitution 1919, 1926*
Der akademische Austauschdienst (1924-1926), 1926
 Préface de *Politica Methodice Digesta*, réimpression de la 3^e édition de 1614, par Johannes Althusius, Cambridge, Harvard University Press, 1932,
Responsible Bureaucracy: A study of the Swiss Civil Service, New York, Russel, 1932
Politica methodice digesta of Johannes Althusius, Harvard University Press, 1932
Responsible Government Service under the American Constitution, New York, McGraw-Hill, 1935
Constitutional Government and Politics, Nature and Development, New York, Harpers & Brothers Publishers, 1937
La démocratie constitutionnelle, Paris, Presses Universitaires de France, coll. « Bibliothèque de la science politique », 1958 [1937]
Report on Harvard Graduate School of Public Administration, archive Friedrich, November 1938
The New Belief in The Common Man, Little, Boston, Brown and Company, 1942
Memorandum Carl J. Friedrich to Henry Parkman, the significance of the Constitutional Draft prepared by the SED in 1946 (18 mars 1947), archive Friedrich
Rebuilding the German Constitution, American Political Political Science Review, 1949
Studies in Federalism, avec R. R. Bowie, Little, Brown and Company, Boston, 1954
Federal Constitutional Theory and Emergent Proposals' in Federalism: Mature and Emergent, Arthur W. Macmahon (éd.) (1955)
The Philosophy of Law in Historical Perspective, University of Chicago Press, 1957
Constitutional Reason of State, the survival or the constitutional order, Brown University Press, 1957
 (dir.), *The Soviet Zone of Germany*, New Haven, Human Relation Area Files, 1959
The Man and his government, an Empirical Theory of Politics, McGraw Hill Book Company, 1963
New Tendencies in Federal Theory and Practice in Jahrbuch des Offentlichen Rechts (en anglais), 1965
International Federalism in Theory and Practice, in Systems of Integrating the International Community, Elmer Plischke (dir.), 1964
An Introduction to Political Theory: Twelve Lectures at Harvard, Harper & Row, Publishers, 1967
Totalitarian Dictatorship and Autocracy, avec S. Brzezinski, 3^e éd., Frederick A. Praeger Publishers, 1968
Limited Government: a comparison, Prentice-Hall, Inc. Englewood Cliffs, N.J. 1974
Federalism, Regionalism and Association, in the European Journal of Political Research, 1974
Pouvoir et fédéralisme, articles rassemblés, traduits et présentés par G. De-melemestre, Paris, Classiques Garnier, 2012

AUTRES ÉLÉMENTS BIBLIOGRAPHIQUES

- J. ALTHUSIUS, *Politica*, Indianapolis, Liberty Fund, 1995
 K. VON BEYNE, *Theorie und Politik: Festschrift zum 70. Geburtstag für Carl Joachim Friedrich*, The Hague, Martisun Nijhoff, 1971
 M. BURGESS, *In Search of the Federal Spirit*, Oxford University Press, 2012
 E. BURKE, *Reflections on the Revolution in France*, 1790
 J. CONANT, *My Several Lives*, New York, Harper & Row, 1970
 J. DEWEY, *Experience and Nature*, New York, Dover Publication Inc, 1925
 L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing & Cie., E. de Boccard Successeur, 1928

- M. GAILUS, *Protestantismus und Nationalsozialismus*, Cologne, Böhlau, 2001
- O. VON GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Breslau, Verlag von M. & H. Marcus, 1913.
- U. GREENBERG, *The Weimart Century, german emigres and the ideological foundations of the Cold war*, Princeton University Press, 2014
- E. HOBSBAUM, *The Age of extrens, the short twentieth Century – 1914-1991*, New York Vintage, 1994
- L.V. KAPLAN et R. KOSCHER (dir.), *the Weimart Moment*, New York Lexington, 2012
- M. KELLER et Ph. KELLER, *Making Harvard Modern: the rise of America's university*, Oxford, Oxford university Press, 2001
- W. JAMES, *the varieties of Religious experience*, 1902
- J.W. MÜLLER, *Constitutional Patriotism*, Princeton University Press, 2009
- L. NELSON, *System der philosophischen Rechtslehre*, Leipzig, Verlag der neue Geist / Dr. Peter Reinhold, 1920
- F.E. OPPENHEIM, *Dimensions of Freedom*, New York, St Martin's press, 1961
- S.P. REMY, *the Heidelberg Myth: the Nazification and Denazification of German University*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002
- E. SCHREKER, *No Ivory Tower: McCarthyism and the Universities*, New York, Oxford University Press, 1986
- J. SURI, *Henry Kissinger and the American Century*, Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2007
- E. TROELTSCH, « The German Democracy », in A. KAES, M. JAY et E. DIMENBERG (dir.), *The Weimar Republic Sourcebook*, Berkeley, Los Angeles et Londres, University of California Press, 1994, p. 89-91
- M. WEBER, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 1905
- A. WEBER et A. MITSCHERLICH, *Freier Socialismus*, Heidelberg Schneider, 1946

COLOPHON

Ce numéro de *Jus Politicum* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).