

DROIT CONSTITUTIONNEL GENERAL

Cours de Monsieur le professeur Denis Baranger

FICHE N°6 : LES RESSOURCES DU DROIT CONSTITUTIONNEL ET LE RAISONNEMENT JURIDICTIONNEL

- **Bibliographie** :

- *JP Blog*, le blog de *Jus Politicum* [www.blog.juspoliticum.com]
- O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994
- C. KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996.
- D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2010.
- P. BON & D. MAUS (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008.
- B. STIRN, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, 7^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2011.

- **Articles pouvant servir de support au cours** :

- D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle » in *Jus Politicum*, n°7, 2012 (<http://juspoliticum.com/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre.html>) ; « Le langage de l'éternité. Le Conseil constitutionnel et l'absence de contrôle des amendements à la constitution » (en anglais) in *Jus Politicum*, n°5, 2010 (<http://juspoliticum.com/The-language-of-eternity.html>) ; « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel » in *Jus Politicum*, n°3, 2009 (<http://www.juspoliticum.com/Le-piege-du-droit-constitutionnel.html>).

DOCUMENT 1 : *Marbury v. Madison* (24 fév. 1803), trad. fr., in E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 1-13.

DOCUMENT 2 : M. Troper, « Argumentation et explication » in *Droits*, n°54, 2011, p. 3-26 (extraits).

[**EN LIGNE**] : T. Hochmann, « Consultation habituelle, censure habituelle (à propos de la décision QPC rendue le 15 décembre 2017 par le Conseil constitutionnel) ». A lire à l'adresse suivante : [<http://blog.juspoliticum.com/2018/01/11/consultation-habituelle-censure-habituelle-a-propos-de-la-decision-qpc-rendue-le-15-decembre-2017-par-le-conseil-constitutionnel-par-thomas-hochmann/>]

I- Le problème de la « supraconstitutionnalité » et les limites matérielles à la révision constitutionnelle

DOCUMENT 3 : Décisions du Conseil constitutionnel :

- a) n° 92-308 DC du 09 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne* (extrait).
- b) n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne* (extrait).

- c) n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne*
- d) n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République.*
- e) n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* (extrait).

DOCUMENT 4 – Avis du Conseil d'Etat n°390-268 du 30 juillet 2015, *Projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires.*

DOCUMENT 5 : B. Genevois, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant » in *RFDA*, 14 (5), 1998, p. 909-921 (extrait).

DOCUMENT 6 : G. Vedel, « Schengen et Maastricht (A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) » in *RFDA*, n°2, 1992, p. 177-180 (extrait).

DOCUMENT 7 : O. Beaud, « « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht » in *RFDA*, n°6, 1993, p. 1056-1064 (extrait).

DOCUMENT 8 : O. Jouanjan, « La forme républicaine du gouvernement, norme supraconstitutionnelle ? » in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *La République en droit français*, Paris, Economica, 1996, p. 267-287.

DOCUMENT 9 : O. Jouanjan, « Révision de la Constitution et justice constitutionnelle – République Fédérale d'Allemagne » in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, X, 1994, p. 229-244.

DOCUMENT 10 : Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe, BVerfG, 2 BvE 2/08 du 30 juin 2009 (décision relative au Traité de Lisbonne) (extraits).

A CONSULTER : *Jus Politicum*, n°18, articles sur le thème « Cours constitutionnelles et révisions de la Constitution : un nouveau regard » [<http://juspoliticum.com/numero/Cours-constitutionnelles-et-revisions-de-la-Constitution-71.html>]

II- La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif

DOCUMENT 11 : G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif » in *EDCE*, 1954, n°8, p. 26-27 et p. 36-43 (extraits).

DOCUMENT 12 : C. Eisenmann, « La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif » in *RDP*, 1972, p. 1369-1374 (extrait).

DOCUMENT 13 : G. Vedel, « Préface » in B. Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, 7ème éd., Paris, LGDJ, 2011, p. v-viii.

DOCUMENT 14 : P. Delvolvé, « L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif » in *Revue française de droit administratif*, 2014, p. 1211 (extrait).

DOCUMENT 15 : F. Melleray, « En relisant la décision Conseil de la concurrence » in *AJDA*, n°2, 2017 (23 janvier 2017), p. 91-94.

DOCUMENT 16 : G. Bigot, « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875 », in *Ce droit qu'on dit administratif, La Mémoire du droit*, Paris, 2015, p.121-148 (extraits).

DOCUMENT 17 : J. Chevallier, « le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel » in *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, p. 17-25 (extrait).

DOCUMENT 1: *Marbury v. Madison* (24 fév. 1803), trad. fr., in E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, Dalloz, 2010.

1

LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS

Marbury v. Madison

5 U.S. (1 Cranch) 137 (24 février 1803)

[Jacques Lambert, « Les origines du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales aux États-Unis. *Marbury v. Madison* », *RD publ.* vol. 48 (1931), p. 1-69]

FAITS

1 Après sa défaite aux élections de novembre 1800, le parti fédéraliste, qui était aux affaires depuis dix ans, ne se résolut point à l'idée de ne plus jouer de rôle dans le fonctionnement de l'État. Dans l'intervalle de temps qui restait à courir jusqu'en mars, date de la passation des pouvoirs au parti républicain, il décida de s'assurer le contrôle du pouvoir judiciaire. Moins d'un mois avant la fin de la législature, le Congrès qu'il contrôlait vota en catastrophe une loi qui créait de nouveaux tribunaux dans lesquels le président fédéraliste sortant, John Adams, nomma quelques dizaines de juges de manière à peupler les cours fédérales de magistrats acquis aux idées plutôt centralisatrices de son parti.

William Marbury faisait partie de la fournée de nouveaux juges. La loi entrée en vigueur, il avait été nommé juge de paix dans le District de Columbia. Sa nomination par le Président sortant ayant été confirmée par le Sénat, il aurait dû, en principe, être en fonctions quand le nouveau Président élu, Thomas Jefferson, s'installerait au pouvoir. Mais l'accomplissement de toutes les formalités requises pour installer les nouveaux juges dans leurs fonctions n'alla pas assez vite. Dans la précipitation de leur dernier jour au pouvoir, et nonobstant la célérité déployée jusqu'à des heures avancées de la nuit par les services de John Marshall – alors, secrétaire d'État dans l'administration du Président Adams, mais déjà nommé pour devenir Président de la Cour suprême à l'expiration de ses fonctions – l'administration sortante n'eut pas le temps de notifier à tous les nouveaux juges leurs actes de nomination. Plusieurs d'entre eux,

dont William Marbury, ne reçurent pas le précieux document et ne purent donc prendre leurs fonctions.

Le lendemain matin, sitôt investi dans ses fonctions, le Président Thomas Jefferson ordonna d'arrêter la procédure de notification de leurs actes de nomination aux nouveaux juges. Les intéressés estimèrent que c'était un abus de pouvoir et ils réclamèrent leurs actes. À la fin de 1801, n'ayant toujours rien reçu en dépit de demandes répétées, Marbury et quelques-uns de ses collègues décidèrent de porter leur affaire devant la Cour suprême. Ils lui demandèrent de prendre une ordonnance d'injonction (*mandamus*) contre le nouveau secrétaire d'État, James Madison, lui ordonnant de s'exécuter en envoyant les actes de nominations dûment signés à leurs bénéficiaires. La Cour notifia la requête au défendeur, lui enjoignant de lui indiquer les raisons pour lesquelles l'injonction sollicitée ne devrait pas lui être adressée. Madison ignora la demande de la Cour suprême et il refusa de comparaître devant elle pour s'expliquer. Là-dessus, le nouveau Congrès vota une loi qui empêcha la Cour de tenir session pendant un an, de sorte qu'elle ne put rendre son opinion dans l'affaire *Marbury* que plus de deux ans après avoir été saisie.

OPINION DE LA COUR (Marshall, Président)

Lors de la dernière session judiciaire, sur le fondement des déclarations écrites faites sous serment, lues et déposées au greffe, la Cour a pris une citation à comparaître dans cette affaire qu'elle a adressée au secrétaire d'État en l'invitant à venir expliquer les motifs qui devraient la conduire à ne pas lui adresser une injonction qui lui ordonnerait d'envoyer immédiatement à Marbury son acte d'affectation en qualité de juge de paix du comité de Washington, District de Columbia.

Aucune explication n'a été fournie, et nous sommes maintenant saisis de conclusions tendant à la délivrance de l'injonction susvisée. Le caractère particulier de la présente affaire, la nouveauté de certaines de ses circonstances de fait, et les réelles difficultés qu'elle soulève d'un point de vue juridique, commandent à la Cour de faire une présentation exhaustive des principes sur lesquels est fondée la décision qu'elle doit rendre.

Du côté du demandeur, ces principes ont été développés à la barre avec beaucoup de science. Pour rendre son opinion, la Cour a adopté un plan qui certes s'écarte de l'ordre adopté par celui-ci pour développer les différents points de sa plaidoirie, mais d'un point de vue plus formel que matériel. Selon l'ordre dans lequel la Cour a envisagé les problèmes soulevés par la présente requête, ont été successivement considérés et décidés les points suivants.

- 1° Le requérant a-t-il un droit à recevoir l'acte d'affectation qu'il exige ?
- 2° S'il a un droit et que ce droit a été violé, les lois de ce pays lui offrent-elles une voie de recours ?
- 3° Si c'est le cas, est-ce que cette voie de recours peut être une injonction émanant de cette Cour ?

La première question à résoudre est la suivante :

- 1° Le requérant a-t-il un droit à recevoir l'acte d'affectation qu'il exige ?

Son droit puise son origine dans une loi du Congrès adoptée en février 1801 et relative au district de Columbia.

Après avoir divisé le district de Columbia en deux comtés, l'article 11 de la loi prévoit : « Seront nommés dans chacun des deux comtés des personnes de bonne moralité aux fins d'exercer les fonctions de juge de paix. Les nominations seront faites par le Président des États-Unis, en fonction des besoins. Les fonctions n'excéderont pas une durée de cinq ans ».

Des témoignages écrits déposés à l'appui de la requête, il ressort que, conformément à la loi, un acte affectant William Marbury comme juge de paix dans le comté de Washington a été signé par John Adams, alors Président des États-Unis ; que cet acte a été revêtu du sceau des États-Unis ; mais que ce document n'a jamais atteint son destinataire.

Pour savoir si cette personne avait droit à recevoir ce document, il est nécessaire de savoir si elle a bien été effectivement nommée dans les fonctions de juge de paix. Car, si elle a été effectivement nommée, la loi lui donne un droit à occuper ses fonctions pendant cinq ans, et elle est en droit d'exiger d'être en possession des actes qui prouvent son titre à occuper ces fonctions et qui, une fois accomplis, sont devenus sa propriété.

L'article II, section 2 de la Constitution prévoit que « le Président désignera et, sur l'avis et le consentement du Sénat, nommera les ambassadeurs, les autres ministres et les consuls, les juges de la Cour suprême, et tous les autres agents des États-Unis, dont la nomination n'est pas autrement prévue ». La section 3 déclare qu'il (le Président) donnera leurs actes d'affectation à tous les agents des États-Unis ». Une loi du Congrès investit le secrétaire d'État des fonctions de garde du sceau des États-Unis, et l'oblige à « publier, enregistrer et apposer ledit sceau sur tous les actes d'affectation civile des agents des États-Unis, qui seront nommés par le Président, avec l'avis et le consentement du Sénat, ou seulement par le Président ; sous réserve que ledit sceau ne sera pas apposé sur un acte d'affectation avant que celui-ci n'ait été signé par le Président des États-Unis ».

Telles sont les dispositions de la Constitution et des lois des États-Unis pertinentes pour la première question de l'espèce. Elles impliquent, semble-t-il, trois opérations distinctes :

- 1° la désignation. C'est un acte qui n'appartient qu'au Président, et qui est purement discrétionnaire.
- 2° la nomination. C'est aussi un acte du Président, qui est aussi discrétionnaire, bien qu'il ne puisse être accompli qu'avec l'avis et le consentement du Sénat.

3° l'affectation. Donner son acte d'affectation à une personne nommée agent des États-Unis, pourrait être tenu comme un devoir imposé par la Constitution. « Il donnera », dit ce texte, « leurs actes d'affectation à tous les agents des États-Unis ».

La nomination à une charge publique, et l'affectation donnée à la personne nommée, ne peuvent évidemment pas être considérées comme une seule et même chose, dans la mesure où la compétence pour accomplir ces opérations est prévue dans deux parties séparées et distinctes de la Constitution. La distinction entre la nomination et l'affectation apparaît plus clairement si on se réfère à l'article II, sec. 2 de la Constitution qui prévoit qu'« une loi du Congrès peut conférer un pouvoir discrétionnaire de nomination des agents inférieurs des États-Unis, au seul Président, aux cours de justice, ou aux chefs de départements ministériels », renvoyant ainsi à des hypothèses où le Président se

verrait obligé de donner son acte d'affectation à un agent qui aurait été nommé par une cour de justice, ou par le chef d'un département ministériel. Dans une telle hypothèse, le fait de donner son acte d'affectation à l'agent nommé serait, semble-t-il, distinct de l'acte de nomination lui-même, et il semblerait douteux qu'il puisse en droit être refusé [...].

Ces considérations ont pour seule finalité de faire mieux comprendre celles qui commandent plus directement l'examen de la présente affaire.

5 Nous sommes en présence d'une nomination faite par le Président, effectuée après avis et consentement du Sénat, et dont la preuve ne peut être autrement rapportée que par l'acte d'affectation lui-même. Dans cette hypothèse l'acte d'affectation et la nomination sont indissociables dans la mesure où il est pratiquement impossible de prouver la nomination si ce n'est par l'acte d'affectation, bien que l'acte d'affectation ne soit pas la nomination elle-même, mais seulement la preuve irréfutable de celle-ci.

Mais à partir de quel moment cet acte d'affectation constitue-t-il cette preuve irréfutable ?

La réponse à cette question est évidente. Étant l'acte exclusif du Président, la nomination ne peut être complètement prouvée que lorsqu'il est démontré qu'il a accompli chacune des étapes qu'il doit accomplir.

Même si l'acte d'affectation, au lieu d'être la preuve de la nomination, devait être regardé comme la nomination elle-même, il resterait qu'il ne pourrait être donné que lorsque serait achevé le dernier acte devant être accompli par le Président ou, au plus tard, lorsque la tâche confiée à l'agent serait terminée.

Le dernier acte que le Président doit accomplir est la signature de l'acte d'affectation. À ce moment, il a déjà pris l'acte de nomination sur l'avis et le consentement du Sénat. Ce n'est plus le moment de délibérer. Il a décidé. Son choix, confirmé par l'avis et le consentement du Sénat, a été fait et l'agent est effectivement nommé. Cette nomination est matériellement prouvée par un acte public et non équivoque ; et comme il s'agit du dernier acte accompli par la personne qui nomme, la possibilité que cette nomination puisse relever d'une opération juridique imparfaite et inachevée doit être exclue.

Lorsqu'il s'agit d'un agent qui n'est pas révocable à volonté, il faut fixer une date à compter de laquelle le pouvoir de l'exécutif sur lui prend fin. Cette date doit être celle à laquelle le pouvoir constitutionnel de nomination est épuisé. Et ce pouvoir est épuisé lorsque le dernier acte requis de celui investi du pouvoir de nomination est accompli. Ce dernier acte est la signature de l'acte d'affectation. Telle est l'idée qui semble s'être imposée lorsque la législature adopta la loi qui transforma le département des affaires étrangères en département d'État. Cette loi prévoit que le secrétaire d'État aura la garde du sceau des États-Unis, « et pourvoira à la publication, à l'enregistrement et à l'apposition dudit sceau sur tous les actes d'affectation des agents des États-Unis nommés par le Président des États-Unis » : « sous réserve que ledit sceau ne sera pas apposé sur un acte d'affectation avant que celui-ci n'ait été dûment signé par le Président ; pas plus qu'il ne sera apposé sur un quelconque acte ou instrument, sans la garantie holographe présidentielle prévue à cette fin ».

La signature est la condition qui garantit l'apposition du grand sceau sur l'acte d'affectation ; et le grand sceau ne peut être apposé que sur un instrument juridiquement parfait. Il sert, par un symbole connu de tous, à authentifier la signature présidentielle.

Il ne doit jamais être apposé avant que l'acte d'affectation n'ait été signé, parce que c'est la signature qui, en tant qu'elle donne force et effet à l'affectation, constitue la preuve irréfutable que la nomination a bien été faite.

L'acte d'affectation signé, c'est la loi, et non la volonté présidentielle, qui détermine la portée de l'obligation du secrétaire d'État. Celui-ci doit apposer le sceau des États-Unis sur l'acte d'affectation, et il doit l'enregistrer.

Il ne s'agit pas ici d'une procédure qui pourrait varier, à la faveur d'un jugement de l'exécutif qui pourrait suggérer le choix d'un autre nom. Il s'agit au contraire d'une procédure précise qui a été soigneusement définie par la loi, et qui doit être strictement accomplie. C'est le devoir du secrétaire d'État que de se conformer à la loi, et en cette qualité, il est un agent des États-Unis tenu d'un devoir d'obéissance aux lois. Sous ce dernier regard, il est, comme on l'a dit fort justement à la barre, sous l'autorité des lois, non sous les instructions du Président. Il accomplit un acte d'administration qui a été ordonné par la loi à un agent précis dans un but précis.

Même s'il fallait admettre que l'apposition solennelle du sceau est nécessaire non seulement à la validité de l'acte d'affectation, mais qu'elle est même nécessaire à la perfection juridique de l'acte de nomination, il reste qu'au moment où le sceau est apposé, la nomination a déjà été faite et l'affectation est valable. La loi n'exige aucune autre solennité ; le gouvernement n'a pas à accomplir d'acte supplémentaire. Ce que l'exécutif devait faire pour investir l'individu des devoirs de sa charge a été accompli ; et, réserve faite de celle qui vient d'être accomplie, l'exécutif ne pourrait pas faire une autre nomination sans le concours d'autres organes [...].

6

6 La Cour est convaincue que lorsque l'acte d'affectation a été signé par le Président, la nomination est faite ; et que l'acte d'affectation est parfait d'un point de vue juridique lorsque le secrétaire d'État y a apposé le sceau des États-Unis.

Lorsqu'il s'agit d'un agent révocable *ad nutum*, la condition qui paraît sa nomination est sans conséquence parce que cet acte peut être retiré à tout moment et que l'affectation conférée à l'agent peut être suspendue à tout instant alors même que celui-ci serait toujours en fonction. Mais lorsque l'agent n'est pas révocable sur simple volonté de l'exécutif, la nomination ne peut pas être révoquée et elle ne peut pas être annulée. Elle a conféré des droits qui ne peuvent pas être retirés.

L'exécutif a un pouvoir discrétionnaire jusqu'à ce que la nomination soit faite. Mais, une fois qu'elle est faite, le pouvoir de l'exécutif sur l'emploi s'éteint dans tous les cas où l'agent est nommé à titre irrévocable. Le droit à occuper l'emploi est alors celui de la personne nommée, et celle-ci a le pouvoir absolu et inconditionnel de l'accepter ou de le rejeter.

Il en résulte que M. Marbury était nommé dès lors que son acte d'affectation avait été signé par le Président et que le secrétaire d'État y avait apposé le sceau des États-Unis ; que dans la mesure où la loi créant cet emploi donnait à son titulaire le droit de l'occuper pendant cinq ans, sans interférence de l'exécutif, la nomination n'était pas révocable ; mais qu'elle avait conféré à l'agent des droits acquis qui sont protégés par les lois de ce pays.

Dans ces conditions, la Cour ne peut pas regarder la rétention de l'acte d'affectation comme autorisé par le droit, mais bien au contraire comme la violation d'un droit acquis, ce qui nous amène au deuxième problème soulevé par la requête, qui est :

7 2° Si le requérant a un droit, et que ce droit a été violé, est-ce que les lois de ce pays lui offrent une voie de recours ?

Il est de l'essence même de la liberté civile que tout individu victime d'un préjudice puisse se réclamer de la protection des lois de son pays. L'un des premiers devoirs du gouvernement est de prévoir une telle protection. En Grande-Bretagne,

le roi lui-même peut être poursuivi, respectueusement, par la voie de la pétition, et il ne manque jamais de se plier au jugement de sa cour [...]

On répète à l'envi que le Gouvernement des États-Unis est un gouvernement de lois, et non d'hommes. Il ne serait certainement plus digne de cette haute appellation si ses lois ne prévoyaient pas des voies de recours en cas de violation d'un droit acquis. Pareille approbation ne peut frapper le système juridique de notre pays que dans un cas présentant des caractéristiques très particulières. La question est donc de savoir si c'est le cas ici et s'il y a dans l'affaire de Marbury un élément qui ferait obstacle à ce que la Cour s'y intéresse ou à ce que Marbury obtienne satisfaction [...]

8 La Constitution des États-Unis confère au Président un certain nombre d'importants pouvoirs politiques à l'égard desquels il dispose d'une entière liberté et dont il ne répond que devant son pays en tant qu'homme politique et devant sa conscience. Pour l'aider dans l'accomplissement de ses fonctions, il est autorisé à nommer des agents qui exercent leurs missions sous son autorité et conformément à ses ordres.

Dans de telles hypothèses, leurs actes sont ses actes ; et quelle que soit l'opinion que l'on peut avoir sur l'usage fait par l'exécutif des pouvoirs discrétionnaires qui sont les siens, il n'en demeure pas moins qu'ils ne sont pas et qu'ils ne peuvent pas être soumis à un quelconque pouvoir de contrôle. Les matières qu'ils traitent sont de nature politique. Elles concernent la nation, non les droits individuels ; et dès lors qu'ils sont confiés au pouvoir exécutif, la décision de l'exécutif s'impose. On percevra mieux les conséquences pratiques de cette analyse en se référant à la loi du Congrès qui établit le département des affaires étrangères. Aux termes de la loi, le devoir du chef de ce département est de se conformer en tous points à la volonté du Président. Il est purement et simplement l'organe par lequel cette volonté est communiquée. Les actes de cet officier ministériel, tant qu'ils sont accomplis dans l'exercice de ses fonctions officielles, ne peuvent jamais être soumis à l'examen du juge.

Mais lorsque le pouvoir législatif entreprend d'imposer à cet agent ministériel d'autres devoirs, lorsqu'il l'oblige à accomplir certains actes et que des droits individuels dépendent de l'exécution de ces actes, cet organe n'est alors que l'agent d'exécution de la loi, il est juridiquement responsable de sa conduite et il ne peut à volonté passer outre aux droits acquis d'autrui.

La conclusion de ce raisonnement est que, lorsque les chefs des départements ministériels sont les agents politiques ou particuliers de l'exécutif simplement chargés de mettre en œuvre la volonté du Président, ou plutôt appelés à agir dans des cas où l'exécutif possède de par la constitution ou de par la loi un pouvoir discrétionnaire, il est parfaitement clair que leurs actes ne peuvent être examinés que d'un point de vue politique. Mais, lorsque la loi leur assigne une obligation spécifique dont l'exécution met en jeu des droits individuels, il est tout aussi clair que l'individu qui s'estime lésé dans ses droits, est juridiquement fondé à recourir aux lois de son pays pour obtenir justice.

Si tel est l'énoncé du droit, voyons alors comment il s'applique au cas d'espèce.

9 Les pouvoirs de proposer au Sénat et de nommer la personne proposée sont des pouvoirs politiques, que le Président exerce de manière totalement discrétionnaire. Lorsqu'il effectue une nomination, il exerce un pouvoir plénier, qui met en jeu dans chaque cas un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Si, en droit, l'agent nommé est révocable *ad nutum* par le Président, une nouvelle nomination peut être immédiatement faite et les droits de l'agent antérieurement nommé

prennent fin. Mais, de la même manière qu'un fait passé ne peut jamais être réputé n'avoir pas existé, la nomination ne peut être anéantie. Par conséquent si l'agent nommé n'est pas révocable à la discrétion du Président, les droits qu'il a acquis sont protégés par le droit, et ils ne peuvent pas être retirés par le Président. L'exécutif ne peut pas les éteindre et l'agent a le pouvoir de les faire valoir en justice de la même manière que s'ils découlaient de n'importe quelle autre source juridique.

La question de savoir si un droit est acquis ou non est par nature une question judiciaire, et elle doit être résolue par l'autorité judiciaire. Supposons que M. Marbury ait prêté serment et qu'il ait commencé à exercer ses fonctions de magistrat et qu'en conséquence, poursuivi en justice, il ait invoqué pour sa défense sa qualité de magistrat, l'autorité judiciaire aurait dû se prononcer sur la validité de sa nomination.

Dans ces conditions, s'il estime que, du chef de sa nomination, il a un droit juridiquement protégé d'obtenir soit l'acte d'affectation qui avait été établi pour lui, soit une copie de cet acte, il s'agit également d'une question susceptible d'être tranchée par une cour de droit et la décision de la cour sur ce point dépendra nécessairement du jugement porté sur la nomination.

Cette question a été débattue, et l'opinion s'est dégagée que la nomination doit être réputée achevée et prouvée au plus tard le jour où, après la signature du Président, le sceau des États-Unis a été apposé sur l'acte d'affectation. C'est donc l'opinion de la Cour que :

1° en signant l'acte d'affectation de M. Marbury, le Président l'a investi des fonctions de juge de paix dans le comté de Washington du district de Columbia ; et que le sceau des États-Unis, apposé sur l'acte par le secrétaire d'État, authentifie, et la signature présidentielle, et la réalité de la nomination ; et que cette nomination a conféré à l'intéressé un droit juridiquement protégé à exercer ses fonctions pendant un mandat de cinq ans.

2° dans la mesure où M. Marbury a un droit à exercer son mandat, il a en conséquence un droit à recevoir son acte d'affectation ; que le refus de le lui délivrer est une violation caractérisée de son droit, contre laquelle les lois de son pays lui ouvrent une voie de recours.

Il reste à déterminer si :

10 3° le requérant est juridiquement fondé à obtenir ce qu'il demande. Cela dépend,

1° de la nature de la demande en justice, et,

2° du pouvoir de la Cour.

1° La nature de la demande en justice [...]

[P]our qu'une injonction soit en l'espèce la voie de recours appropriée, encore faut-il que l'agent à qui elle est censée être adressée soit un de ceux à qui, en droit, un tel acte peut être adressé ; et que la personne qui le sollicite soit bien sans autre voie de recours spécifique et juridiquement protégée.

11 S'agissant de l'agent à qui l'injonction serait adressée. L'intimité des rapports politiques qui s'établissent entre le Président des États-Unis et les chefs de départements [ministériels] rend tout examen juridique des actes accomplis par les titulaires de ces hautes fonctions aussi irritant sous certains aspects que délicat. On peut s'interroger sur l'opportunité de se livrer à ce genre d'investigations. Souvent on se fait une première idée sans beaucoup de réflexion ou d'examen. Dans un cas comme celui-ci, il n'est pas étonnant que la revendication de ses droits par un individu devant une cour de justice – droits sur lesquels la cour a le devoir de se prononcer – puisse être à première vue regardée par certains comme

une tentative d'intrusion dans les affaires du cabinet et d'ingérence dans les prérogatives de l'exécutif.

Il est à peine besoin pour cette Cour de rejeter toute prétention à exercer de tels pouvoirs. Une prétention aussi absurde et extravagante ne pourrait pas être envisagée un seul instant. Le rôle de la Cour est seulement de se prononcer sur les droits des individus, non de s'enquérir de la manière dont le pouvoir exécutif et ses agents s'acquittent des fonctions pour lesquelles ils ont reçu un pouvoir totalement discrétionnaire. Les questions qui sont par nature politiques, ou que la Constitution et les lois placent sous l'autorité de l'exécutif, ne peuvent jamais être discutées devant cette Cour.

Mais, si la question posée n'est pas de cette sorte, si loin de constituer une ingérence dans les secrets du cabinet, elle concerne un acte juridique qui, selon le droit, est enregistré, et dont la loi autorise la délivrance d'une copie, moyennant le paiement de dix sous, s'il ne s'agit nullement de s'immiscer dans un problème qu'on pourrait considérer comme placé sous contrôle d'un agent de l'exécutif, qu'est-ce qu'il peut bien y avoir dans la prestigieuse position de cet agent qui puisse empêcher un citoyen de faire valoir ses droits en justice, ou qui puisse interdire à la cour d'entendre sa requête, ou la priver du droit de délivrer une injonction à l'effet d'ordonner l'exécution d'un devoir qui ne dépend nullement du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif, mais des dispositions précises d'une loi du Congrès et des principes généraux de droit ?

Si l'un des chefs d'un département ministériel commet dans l'exercice de ses fonctions un acte illégal qui cause à autrui un dommage, il ne saurait être prétendu que ses fonctions à elles seules le garantissent contre toute poursuite de droit commun et contre toute exécution d'un jugement rendu par une cour de droit. Comment ses fonctions pourraient-elles l'exempter d'un prononcé judiciaire sur la légalité de ses actes, à partir du moment où, si l'affaire était dirigée contre n'importe quel autre individu, il n'y aurait pas d'obstacle ?

Ce ne sont donc pas sur les fonctions exercées par l'agent contre qui l'injonction est dirigée, mais sur la nature de l'acte à accomplir que doit se déterminer le caractère approprié ou inapproprié de la décision de rendre une ordonnance d'injonction. Encore une fois, lorsqu'il s'agit d'une affaire dans laquelle le chef d'un département ministériel est fondé à exercer le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif et dans laquelle il agit comme simple organe d'exécution de la volonté présidentielle, il faut le répéter : toute tentative de faire contrôler par un tribunal l'exercice de son pouvoir serait rejetée sans hésitation.

Mais lorsque la loi lui fait obligation d'accomplir un certain acte relatif aux droits essentiels d'un individu, que l'agent doit exécuter indépendamment du rapport hiérarchique qui le lie au Président, que celui-ci ne peut pas légalement lui interdire de faire et donc qui ne peut jamais être censé avoir été interdit – par exemple, lorsqu'il s'agit d'enregistrer un acte d'affectation, ou un titre de propriété, revêtus de toutes les formalités requises, ou lorsqu'il s'agit de délivrer copie de l'acte enregistré – dans tous ces cas, on ne voit pas sur quel fondement il serait plus excusable pour les cours de ce pays de ne pas rendre justice et de ne pas rétablir l'individu lésé dans ses droits par rapport à l'hypothèse où les mêmes devoirs seraient exigés d'un individu qui ne serait pas à la tête d'un département ministériel [...]

Certes, l'injonction sollicitée par le demandeur ne concerne pas un acte expressément commandé par la loi.

Elle est d'ordonner la délivrance d'un acte d'affectation, sujet sur lequel les lois du Congrès sont muettes. [...] On a déjà dit que le demandeur a, vis-à-vis de cet

acte d'affectation, un droit acquis dont l'exécutif ne peut pas le priver. Il a été nommé à une fonction dont il n'est pas révoicable à la volonté de l'exécutif. Ayant été nommé à cette condition, il a droit à l'acte d'affectation que le secrétaire d'État a reçu pour lui du Président. La loi du Congrès n'oblige certes pas le secrétaire d'État à le lui envoyer, mais l'acte est remis entre ses mains à l'intention de la personne qui y a droit, et il ne peut pas être plus légalement retenu par lui que par n'importe quelle autre personne [...]

Nous sommes [...] à bon droit en présence d'une demande d'injonction en vue d'obtenir soit l'acte d'affectation lui-même, soit une copie des registres, et la seule question qui reste à trancher est de savoir,

Si l'injonction demandée peut être ordonnée par cette cour.

13

La loi qui établit les cours judiciaires des États-Unis autorise la Cour suprême « à adresser des ordonnances d'injonction à n'importe quelle cour ou à n'importe quelle personne exerçant une fonction officielle, et placées sous l'autorité des États-Unis, dans toutes les affaires où les principes et les usages du droit le justifient ».

Le secrétaire d'État, étant une personne exerçant une fonction officielle et étant placé sous l'autorité des États-Unis, correspond très précisément à la lettre du texte. Si la Cour se trouvait ne pas pouvoir adresser d'injonctions à une telle autorité, ce ne pourrait être que parce que la loi est inconstitutionnelle et, par conséquent, insusceptible à tous égards de conférer le pouvoir et la mission qu'elle s'est proposée de conférer en termes exprès.

La Constitution a remis la plénitude du pouvoir judiciaire des États-Unis à une Cour suprême, et à telles cours inférieures qu'il plaira au Congrès d'établir au gré des besoins. Ce pouvoir s'étend expressément à toutes les affaires survenant sous l'empire des lois des États-Unis. Il en résulte que, d'un certain point de vue, il est susceptible d'être exercé dans la présente affaire parce que le litige porte sur un droit qui a été conféré par une loi des États-Unis.

Dans la mise en œuvre de ce pouvoir, il est prévu que « la Cour suprême aura juridiction de premier degré dans toutes les affaires relatives aux ambassadeurs, autres ministres étrangers et consuls, et dans toutes celles dans lesquelles un État est partie. Dans toutes les autres affaires, la Cour suprême aura juridiction d'appel ».

Au cours des plaidoiries orales, on a insisté sur le fait que, l'attribution initiale de compétence au profit de la Cour suprême et des cours inférieures étant générale et la clause conférant juridiction de premier degré à la Cour suprême ne contenant aucun terme restrictif ou négatif, le Congrès avait conservé le pouvoir de donner une compétence de premier degré à cette cour dans toutes les affaires autres que celles mentionnées dans ledit article pourvu que ces affaires relèvent bien du pouvoir judiciaire des États-Unis.

S'il avait été dans les intentions des auteurs du texte de laisser à l'entière discrétion du Congrès la distribution de la compétence judiciaire entre la Cour suprême et les cours inférieures, il aurait été inutile d'aller au-delà d'une définition des pouvoirs judiciaires et des tribunaux dans le sein desquels ils devaient être logés. Si telle est l'interprétation qu'il convient de retenir, alors tout le reste de l'article est superfluaire et dénué de toute signification. Si le Congrès conserve le pouvoir de conférer à la Cour une juridiction d'appel là où la Constitution a prévu qu'il ne pouvait s'agir que d'une juridiction de premier degré et une juridiction de premier degré là où la Constitution ne parle que de juridiction d'appel, alors la distribution des compétences judiciaires effectuée par la Constitution n'est qu'une coquille vide.

Les termes affirmatifs emportent souvent, dans leur mise en œuvre, négation des objets qu'ils ne visent pas. Il faut alors les interpréter comme refusant ou excluant ceux-ci si on veut qu'ils aient une application effective.

14

On ne saurait supposer qu'une seule clause de la Constitution ait été conçue pour rester sans effet. A moins que les mots ne l'exigent expressément, une telle interprétation serait inadmissible.

Pour préserver de bonnes relations avec les puissances étrangères, la Convention [de Philadelphie] a pris soin d'inclure une disposition qui donne à la Cour suprême juridiction de premier ressort pour connaître de toutes les affaires qui pourraient les affecter. Toutefois, cette disposition ne se serait pas bornée à seulement prévoir cette éventualité si la Convention n'avait eu l'intention d'ajouter d'autres restrictions aux pouvoirs du Congrès. Dire que les cours inférieures auront juridiction d'appel dans toutes les autres affaires, avec telles exceptions que le Congrès prévoira, n'est pas une restriction en soi, à moins que les mots ne soient censés signifier « à l'exception de toute juridiction de premier degré ».

Lorsqu'un instrument jette les bases fondamentales d'un système judiciaire, qu'il divise celui-ci en une cour suprême et autant de cours inférieures que la législature jugera opportun, puis qu'il énumère les compétences, et qu'il entreprend de les distribuer en définissant la juridiction de la Cour suprême par l'affirmation que, dans certaines affaires définies, elle aura une compétence de premier degré et que dans les autres elle aura une compétence d'appel, il semblerait que les mots signifient tout simplement que, dans une certaine série d'affaires, sa compétence est de premier degré, non d'appel, et que dans l'autre sa compétence est d'appel, non de premier degré. Si toute autre interprétation rendait la disposition sans effet, ce serait une raison supplémentaire pour la rejeter et pour s'en tenir au sens évident des mots.

Pour que la Cour puisse prendre une ordonnance d'injonction, il doit être démontré que l'injonction relève de la compétence d'appel, ou qu'elle est nécessaire à l'exercice par la cour de sa compétence d'appel.

On a dit à la barre que la juridiction d'appel pouvait être exercée de bien des manières et que si la législature souhaitait qu'une injonction puisse être utilisée dans ce cadre, il convenait de respecter ce vœu. C'est vrai, mais il faut que la compétence soit d'appel, et non de premier degré.

Le critère essentiel de la juridiction d'appel est de permettre la révision et la correction de jugements rendus dans une affaire déjà initiée, non de créer cette affaire. Une injonction peut certes être adressée à une cour. Mais adresser cet ordre à un agent (de l'exécutif) en vue de l'obliger à délivrer un acte revient au même que former un recours de premier degré pour l'obtention de cet instrument, de sorte que l'injonction requise semblerait relever non de la juridiction d'appel, mais de la juridiction de premier degré. Au surplus, dans le cas présent, l'injonction n'est pas nécessaire à l'exercice par la Cour de sa juridiction d'appel.

Dans ces conditions, il apparaît que le pouvoir d'injonction contre des agents publics qui a été donné à la Cour suprême par la loi établissant les cours judiciaires des États-Unis n'est pas prévu par la Constitution. Il devient donc nécessaire de se demander si une compétence ainsi conférée peut être exercée.

15

La question de savoir si un acte contraire à la Constitution peut devenir la loi du pays est une question d'intérêt fondamental pour les États-Unis mais, heureusement, pas d'une difficulté proportionnée à son intérêt. Pour la résoudre, il n'est besoin que de rappeler certains principes depuis longtemps fermement établis.

Que le peuple ait le droit original d'établir son futur gouvernement sur les principes qui, d'après lui, permettront d'atteindre son bonheur, est le fondement

sur lequel repose toute la société américaine. La mise en œuvre de ce droit original exige une grande énergie et, de ce chef, ne peut, ni ne doit être répétée fréquemment. Aussi bien les principes qui sont ainsi établis sont-ils considérés comme fondamentaux. Et comme l'autorité dont ils émanent est suprême, et ne peut agir qu'exceptionnellement, les principes en question sont conçus pour être permanents.

La volonté originale et suprême organise le gouvernement, et assigne aux différents pouvoirs leurs compétences respectives. Elle peut soit s'arrêter là, soit établir des limites que ces pouvoirs ne devront pas dépasser.

Le gouvernement des États-Unis ressort du deuxième modèle. Les compétences du pouvoir législatif sont définies et limitées ; et c'est pour que ces limites ne soient pas ignorées ou oubliées que la constitution est écrite. A quoi servirait-il que ces pouvoirs soient limités et que ces limites soient écrites si ces dites limites pouvaient, à tout moment, être outrepassées par ceux qu'elles ont pour objet de restreindre ? Lorsque ces limites ne s'imposent pas aux personnes qu'elles obligent et lorsque les actes interdits et les actes permis sont également obligatoires, il n'y a plus de différence entre un pouvoir limité et un pouvoir illimité. C'est une proposition trop simple pour être contestée que soit la constitution l'emporte sur la loi ordinaire qui lui est contraire, soit le pouvoir législatif peut modifier la constitution au moyen d'une loi ordinaire.

Entre ces deux possibilités, il n'y a pas de troisième voie. Ou la constitution est un droit supérieur, suprême, inaltérable par des moyens ordinaires ; ou elle est sur le même plan que la loi ordinaire et, à l'instar des autres lois, elle est modifiable selon la volonté de la législature.

Si c'est la première partie de la proposition qui est vraie, alors une loi contraire à la constitution n'est pas du droit ; si c'est la deuxième qui est vraie, alors les constitutions écrites ne sont que d'absurdes tentatives de la part des peuples de limiter un pouvoir par nature illimité.

16

Il est certain que ceux qui élaborent les constitutions écrites les conçoivent comme devant former le droit fondamental et suprême de la nation, et que, par conséquent, le principe d'un tel gouvernement est qu'un acte législatif contraire à la constitution est nul.

Ce principe est consubstantiel à toute constitution écrite et doit, par conséquent, être considéré par cette Cour comme l'un des principes fondamentaux de notre société. Il ne faut donc pas le perdre de vue dans la poursuite de l'examen du sujet.

Si un acte du pouvoir législatif, contraire à la constitution, est nul, doit-il, nonobstant sa nullité, être considéré comme liant les juges et oblige-t-il ceux-ci à lui donner effet ? Ou, en d'autres termes, bien qu'il ne soit pas du droit, constitue-t-il une règle qui serait en vigueur comme s'il en était ? Ce serait renverser en fait ce qui est établi en théorie ; et cela constituerait, à première vue, une absurdité trop énorme pour qu'on y insistât. Il faut pourtant y consacrer une réflexion plus attentive.

C'est par excellence le domaine et le devoir du pouvoir judiciaire de dire ce qu'est le droit. Ceux qui appliquent une règle de droit à des cas particuliers doivent nécessairement expliquer et interpréter cette règle. Lorsque deux lois sont en conflit, le juge doit décider laquelle des deux s'applique.

Dans ces conditions, quand une loi est en opposition avec la constitution et que la loi comme la constitution s'appliquent à un cas particulier de telle sorte que le juge doit, ou bien décider de l'affaire conformément à la loi et écarter la constitution, ou bien en décider conformément à la constitution et écarter la loi,

le juge doit dire laquelle des deux règles en conflit gouverne l'affaire. C'est là l'essence même du devoir judiciaire.

Si donc les juges doivent tenir compte de la constitution, et si la constitution est supérieure à la loi ordinaire, c'est la constitution, et non la loi ordinaire, qui régit l'affaire à laquelle toutes les deux s'appliquent.

Ceux qui contestent le principe selon lequel la constitution doit être tenue par le juge comme une loi suprême, en sont donc réduits à la nécessité de soutenir que les juges doivent ignorer la constitution, et n'appliquer que la loi.

Mais cette doctrine minerait les fondements mêmes de toutes les constitutions écrites. Elle reviendrait à dire qu'un acte qui, selon les principes et la théorie de notre gouvernement, est radicalement nul, est néanmoins, en pratique, obligatoire en tous points. Elle admettrait que, si le pouvoir législatif venait à faire ce qui est expressément défendu, cet acte, nonobstant l'interdiction absolue, serait en réalité effectif. Elle donnerait en pratique au pouvoir législatif une omnipotence sans limites tout en prétendant restreindre ses pouvoirs dans d'étroites limites. C'est assigner des limites et déclarer dans le même temps qu'elles peuvent être outrepassées à volonté.

Que ceci réduise à rien ce que nous tenons pour le plus grand progrès de nos institutions politiques – une constitution écrite – serait déjà en soi suffisant en Amérique – où les constitutions écrites sont considérées avec un tel respect – pour rejeter cette doctrine. Mais les dispositions expresses de la constitution des États-Unis fournissent des arguments additionnels en ce sens.

Le pouvoir judiciaire des États-Unis s'étend à toutes les affaires survenues sous l'empire de la constitution.

Les auteurs de cette attribution de pouvoir auraient-ils pu vouloir dire qu'en l'exerçant, les juges devraient s'abstenir de rechercher dans la constitution ?

Qu'une affaire survenue sous l'empire de la Constitution devrait être examinée sans considération pour l'instrument sous l'empire duquel elle est née ?

Une telle absurdité ne saurait être maintenue.

Dans certains cas, en effet, les juges doivent examiner la constitution. Et s'il leur est loisible de l'ouvrir, quelles en sont les parties qu'il leur est interdit de lire ou auxquelles il leur est interdit d'obéir ?

Il y a nombre d'autres parties de la constitution qui peuvent illustrer le propos.

Il est dit : « Nul impôt ou droit ne sera levé sur les articles exportés d'un État quelconque ». Supposons qu'un impôt soit levé sur l'exportation du coton, du tabac, ou de la farine ; et qu'une action en justice soit formée pour en obtenir le remboursement. Un jugement devrait-il être rendu dans un cas pareil ? Les juges devraient-ils fermer leurs yeux sur la constitution, et ne voir que la loi ?

La constitution prévoit : « Aucune loi portant condamnation sans jugement ou à effet rétroactif ne sera adoptée ».

Si, néanmoins, une telle loi était adoptée et qu'elle servît de fondement à la poursuite d'une personne, la cour devrait-elle condamner à mort les victimes que la constitution cherche à protéger ?

« Nul » dit la constitution « ne sera convaincu de trahison, à moins de la déposition de deux témoins sur le même acte patent, ou de son propre aveu en audience publique ». Ici, le texte de la constitution s'adresse tout particulièrement aux tribunaux. Il leur impose directement une règle de preuve absolue. Si le législateur changeait cette règle et prévoyait qu'un témoin, ou qu'un aveu hors du prétoire, suffit pour emporter condamnation, le principe constitutionnel devrait-il céder devant la loi ?

De ces extraits, et de bien d'autres qui pourraient être faits, il est clair que les auteurs de la constitution ont envisagé cet instrument comme une règle de conduite tant pour les tribunaux que pour le législateur.

18 Autrement, quelle pourrait être la raison d'obliger les juges à faire serment de lui rester fidèle ? Il n'est pas douteux que le serment vise tout particulièrement leur comportement dans l'exercice de leurs fonctions officielles. Qu'il serait immoral de le leur imposer s'ils devaient être utilisés comme les instruments, mieux comme les instruments conscients, d'une violation des principes qu'ils ont juré de défendre !

De même, le serment qui leur est imposé par la loi à l'occasion de leur prise de fonction, est un témoignage probant de l'opinion du législateur lui-même sur le sujet. Il est formulé en ces termes : « Je jure solennellement que je rendrai la justice sans considération de personnes, que je ferai également droit au pauvre et au riche ; et que je m'acquitterai fidèlement et impartialement des fonctions qui m'incombent en tant que... au mieux de mes capacités et de mon entendement, conformément à la Constitution, et aux lois des États-Unis ».

A quoi servirait-il qu'un juge fasse serment d'accomplir ses fonctions conformément à la constitution des États-Unis, si cette constitution ne lui tenait pas lieu de règle de conduite ? Si elle lui était fermée et ne pouvait pas être examinée par ses soins ?

Si c'était réellement le cas, la situation serait plus grave qu'une solennelle parodie. Imposer ou prêter ce serment serait également criminel.

Il n'est pas non plus complètement inutile de remarquer que dans ce qui est considéré comme la loi suprême du pays, c'est la constitution elle-même qui est d'abord mentionnée ; et non pas les lois des États-Unis en général, mais uniquement les lois prises en application de la constitution des États-Unis.

Ainsi, la terminologie particulière de la constitution des États-Unis confirme et renforce le principe, présumé essentiel dans toutes les constitutions écrites, qu'une loi contraire à la constitution est nulle ; et que les tribunaux, aussi bien que les autres ministères, sont liés par cet instrument.

La citation à comparaître adressée au secrétaire d'État est annulée.

OBSERVATIONS

19 La célébrité atteinte par cet arrêt fondateur (sa renommée est aujourd'hui pratiquement mondiale) s'explique pour deux raisons, l'une de circonstance, l'autre de fond. *Marbury* est d'abord un chef-d'œuvre d'habileté judiciaire. La Cour réussit l'exploit sous la plume de John Marshall de donner satisfaction aux deux parties : Marbury fut reconnu avoir un droit à être nommé, et Madison conforté dans son pouvoir de ne pas le nommer. L'habile Président de la Cour suprême sut dénouer avec élégance le conflit politique que le recours du juge évincé avait fait naître entre lui, un ancien fidèle du parti fédéraliste nommé par le Président John Adams, et le nouveau président des États-Unis, Thomas Jefferson, chef du parti républicain. À l'époque, la question qui passionnait l'opinion était celle-ci : la Cour suprême, présidée par le fédéraliste John Marshall, aurait-elle l'audace de contrôler l'ordre donné à ses services par le nouveau Président républicain de ne pas donner suite aux décisions de

ARGUMENTATION ET EXPLICATION

On peut partir d'une définition simple, mais suffisante pour ce qui va suivre : l'argumentation des juristes est un ensemble d'énoncés visant à persuader qu'une thèse, une décision ou bien encore une institution, est juste, soit parce qu'elle est formellement valide, soit parce qu'elle est conforme à une norme morale, soit parce qu'elle aura des conséquences bénéfiques. Tous les juristes argumentent, les professeurs de droit comme les avocats ou les juges.

Parfois, c'est une norme juridique qui ordonne d'argumenter, par exemple quand elle prescrit de donner les motifs d'une décision, mais on produit parfois une justification à l'appui d'une décision, bien qu'il n'y ait pas d'obligation de le faire¹.

L'argumentation des juristes n'est évidemment pas entièrement juridique. Ainsi, la décision de confier la garde d'un enfant à l'un des parents plutôt qu'à l'autre doit, aux termes de la loi, être justifiée par « l'intérêt de l'enfant », mais la détermination de cet intérêt obéit à des considérations d'ordre psychologique ou social. En 1962, pour justifier la révision de la constitution par la voie de l'article 11 plutôt que par la voie de l'article 89, De Gaulle employait des arguments de droit – cette procédure est parfaitement conforme à la constitution – mais aussi des arguments de politique constitutionnelle – il est nécessaire de modifier le mode d'élection du Président de la République et il est impossible de réviser la constitution par la voie de l'article 89 en raison de l'opposition du Sénat –.

De même, ceux qui justifient l'institution du contrôle de la constitutionnalité des lois pourraient se limiter à l'affirmation que ce contrôle a été organisé par la constitution. Ce type d'argument est suffisant pour toutes les institutions dont la légitimité n'est pas contestée – les manuels de droit constitutionnel contiennent rarement des développements destinés à justifier l'institution parlementaire – mais il ne l'est pas lorsque

1. Cf. Shapiro, Martin *The Giving Reasons Requirement*, in Shapiro, Martin, and Alec Stone Sweet. *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford: Oxford University Press, 2002. Oxford Scholarship Online. Oxford University Press, pp. 228-258 ; Cohen Mathilde, *Giving reasons: Why and How Public Institutions Justify their Decisions*, thèse Columbia, 2008.

l'institution est ou a été controversée, comme c'est le cas précisément pour le contrôle de constitutionnalité. On peut alors recourir ou bien à des arguments de politique constitutionnelle et soutenir par exemple qu'il est nécessaire de limiter le pouvoir de la majorité et garantir les droits fondamentaux ou bien à un argument, que j'appelle « juridique » et prétendre que le contrôle de constitutionnalité est impliqué par la hiérarchie des normes¹.

On remarquera que « juridique » n'est pas ici employé dans son sens habituel. Entre les deux arguments visant à justifier le contrôle de la constitutionnalité des lois, l'un tiré de la constitution, l'autre dérivé de la hiérarchie des normes, il y a une différence importante. Le premier consiste dans l'invocation d'une norme juridique. L'institution est justifiée simplement parce qu'elle a été mise en place, qu'elle est composée et qu'elle fonctionne conformément à une norme juridique. En revanche, il n'y a pas de norme qui institue une hiérarchie des normes. L'affirmation qu'une telle hiérarchie existe fait partie d'une théorie générale qui vise à décrire le système juridique. Lorsqu'on justifie le contrôle de constitutionnalité par la hiérarchie des normes, on fait donc appel à une métanorme qui n'appartient pas au droit positif, mais qui porte sur le droit positif : « le système juridique doit être conforme au modèle, qui comporte une hiérarchie des normes ».

De même, l'argumentation employée par De Gaulle en 1962 pour justifier le recours à l'article 11 pour réviser la constitution, notamment dans le discours du 20 septembre peut être résumée ainsi :

Le Président de la République est habilité par le texte de l'article 11 à organiser un référendum portant sur l'organisation des pouvoirs publics. Or, au sens littéral, « pouvoirs publics », signifie « constitution », comme le montre le titre de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 « relative à l'organisation des pouvoirs publics. Donc, le Président de la République est autorisé à soumettre au référendum un projet de révision constitutionnelle.

1. Troper M., Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnel, ds. Zoller, E. (sous la dir.), Marbury v. Madison 1803-2003, Paris, Dalloz, 2003, reproduit ds Troper M., Le droit et la nécessité, Paris, Puf, 2011, pp. 139-154., pp. 215s.

2. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État invoquent le premier hiérarchie des normes juridiques », l'autre les « exigences inhérentes à la hiérarchie des normes juridiques », sans préciser le statut de ces exigences et notamment s'il s'agit d'un principe ou d'un caractère de fait des systèmes juridiques dont ces juridictions prétendent dériver des conséquences normatives. (Conseil constitutionnel, Décision n° 92-309 DC du 9 juin 1992, Résolution modifiant l'article 47 bis du règlement du Sénat ; Conseil d'État, 20 mars 1992, N° 111437, 111507, 111514, 111515, et Ass. 28 juin 2002, N° 220361).

Cependant, cet argument doit être lui-même justifié par une métanorme : « il faut recourir à l'interprétation littérale ». Ainsi, sont « juridiques » en ce sens aussi bien les arguments qui font appel à une norme juridique, que ceux qui se fondent sur une métanorme.

Les travaux sur l'argumentation juridique ont généralement pour objet de classer les types d'arguments ou d'examiner s'ils sont satisfaisants, efficaces ou persuasifs et pour quel auditoire ils le sont. Je me placerai ici à un autre point de vue pour rechercher ce qui conduit à adopter telle justification plutôt que telle autre, autrement dit ce qui conduit à choisir certaines métanormes.

Il faut encore souligner que, parmi les facteurs qui expliquent le choix des arguments que nous avons convenu d'appeler « juridiques », certains ne sont pas eux-mêmes juridiques, mais politiques ou psychologiques. Il est très vraisemblable par exemple que la préférence de certains juges américains conservateurs pour l'interprétation littérale et l'argument tiré de l'intention du constituant s'explique par leurs idéologies¹. De même, le choix de l'argument de la « constitution vivante », c'est-à-dire d'une constitution qui doit s'interpréter compte tenu de l'évolution générale de la société, peut s'expliquer par le souci de favoriser une politique libérale.

On doit cependant écarter ces mobiles psychologiques ou politiques, non seulement parce qu'ils sont difficiles à établir, mais aussi – et surtout – parce que ce que nous cherchons à comprendre c'est la relation spécifique entre le mobile politique et le choix des arguments juridiques, c'est-à-dire la raison pour laquelle, dans le cas américain par exemple, les juges conservateurs emploient des arguments fondés sur l'interprétation littérale de la constitution plutôt que d'autres qu'ils auraient pu tirer de la nature des choses, de l'Écriture sainte ou de la tradition, comme auraient pu le faire d'autres juristes conservateurs dans d'autres pays ou à d'autres époques.

Les arguments qu'on appellera ici « juridiques » sont donc ceux qui résultent de contraintes provenant de la configuration du système

1. De la même façon, on peut expliquer par des considérations de politique constitutionnelle le recours à l'argument de la déférence envers le Parlement, qu'on rencontre sous des formes diverses dans plusieurs systèmes juridiques, par exemple dans la formulation « Considérant... que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ». Il n'est pas déraisonnable de penser que le Conseil constitutionnel se soucie de justifier son rôle en affirmant qu'il n'est pas un organe politique mais une juridiction et qu'il se borne à appliquer la constitution. Mais on peut aussi constater que, dans d'autres systèmes, la cour constitutionnelle emploie des formules différentes et se contente de dire qu'elle ne se prononce pas sur les questions politiques ou que le pouvoir législatif jouit dans telle ou telle matière d'un pouvoir discrétionnaire.

juridique lui-même. La thèse générale que je voudrais tester ici est que l'on a recours à certains types d'arguments parce qu'on y est contraint par la situation argumentative.

Il s'agit donc d'une application particulière de la théorie des contraintes juridiques : de même que l'on peut, au lieu d'interpréter le comportement d'une autorité juridictionnelle comme l'exécution d'une obligation ou comme l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire accordé par une norme, le comprendre comme le produit de contraintes de fait, résultant de la perception qu'elle a de la situation d'ensemble du système juridique, de même on peut comprendre les choix argumentatifs par la situation argumentative¹.

J'ai bien conscience de m'aventurer ainsi sur un terrain difficile et d'explorer les possibilités d'une explication causale de l'argumentation juridique. C'est pourquoi, avant d'aller plus loin, il est nécessaire d'examiner les raisons pour lesquelles la théorie du droit – je ne parle évidemment pas de la sociologie du droit – a cru devoir éviter l'analyse causale.

Je me permettrai d'ailleurs une autre entorse à la tradition, en tout cas à la tradition française, et, je procéderai en quatre temps : après avoir rappelé l'opposition classique de la causalité et de l'imputation (point 1), je montrerai qu'il est possible de procéder à une explication des choix argumentatifs autrement qu'en termes de soumission à une obligation (point 2), puis j'examinerai successivement dans quelle mesure cette explication peut être appelée « causale » et dans quelle mesure elle est encore « juridique » (3 et 4).

(...)

II. LA POSSIBILITÉ DE L'EXPLICATION DES CHOIX (ARGUMENTATIFS)

Il faut distinguer le choix d'une certaine action, le choix des moyens pour la réaliser et le choix des arguments visant à justifier ce choix.

Le choix de l'action obéit à des considérations étrangères au droit. Pour prendre quelques exemples connus, en 1962, De Gaulle pouvait entreprendre une révision de la constitution ou se contenter de la constitution telle qu'elle était ; le constituant de l'an III pouvait restreindre le droit de vote ou maintenir les règles prévues par la constitution de 1793 et s'il choisissait la première option, il pouvait le faire directement et rétablir une forme de suffrage censitaire ou tenter de parvenir au même résultat tout en maintenant la fiction du suffrage universel ; en 1803, la Cour suprême des États-Unis pouvait décider ou non d'exercer un contrôle sur les lois adoptées par le Congrès ; de même, en 1971,

le Conseil constitutionnel pouvait décider de se limiter à contrôler la répartition des compétences entre Parlement et gouvernement ou au contraire entreprendre d'examiner le contenu des lois en référence au préambule de la Constitution.

Dans chacune de ces situations, le droit n'imposait aucune action et une autre décision que celle qui a été effectivement adoptée aurait été également valide. Si De Gaulle a décidé d'entreprendre la révision, c'est, selon les politistes, parce qu'il estimait que son successeur à la tête de l'État devait bénéficier de la légitimité que donne l'élection au suffrage universel ; si en l'an III la Convention nationale souhaitait restreindre le droit de vote, c'est, disent les historiens, que la majorité était dirigée par les thermidoriens, qui redoutaient les effets du suffrage universel. Les acteurs sont conduits par des raisons diverses, notamment d'ordre politique, mais qui pourraient aussi bien être psychologiques, comme la volonté d'accroître ou de maintenir le pouvoir d'une l'institution ou d'un groupe social, de réaliser un équilibre politique, etc.

En revanche, le choix des moyens est déterminé par l'état du système juridique. Pour obtenir la révision de la constitution, conformément à la procédure de l'article 89, De Gaulle aurait dû obtenir le consentement du Sénat, qui était hautement improbable. Le seul moyen disponible était donc l'article 11. De même, si le Conseil constitutionnel entendait se saisir du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois au fond, il lui fallait ou bien donner une interprétation très extensive de certains des articles numérotés de la constitution, par exemple l'article 2 sur la devise de la République ou bien, comme il a choisi de le faire, incorporer le préambule à la constitution.

La troisième question concerne le choix des arguments visant à justifier le choix des moyens. Dans le cas de la révision de 1962, la gamme des arguments possibles n'était pas illimitée. De Gaulle pouvait d'abord justifier le recours à l'article 11 en affirmant que c'était là le seul moyen de surmonter l'opposition du Sénat, mais il aurait ainsi reconnu qu'il n'appliquait pas la constitution ; il pouvait aussi soutenir, à la manière de Sieyès, que le peuple est souverain, quelles que soient les formes dans lesquelles il se prononce, mais là encore il aurait reconnu qu'on s'écartait des formes prescrites par la constitution ; il fallait donc recourir à un argument fondé sur le texte de la constitution et soutenir qu'avec l'article 11 les formes étaient respectées car il permettait de consulter le peuple sur un projet de loi constitutionnelle. Cet argument dépendait lui-même d'une interprétation littérale du texte : l'article 11 permet de consulter le peuple sur « tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics ». Il fallait donc soutenir que « loi sur l'organisation des pouvoirs publics » signifie « loi constitutionnelle ».

La distinction entre les trois questions, celle du choix de l'action, du choix des moyens et du choix des arguments est surtout conceptuelle. Elles sont en réalité étroitement mêlées, parce que le choix de conduire une certaine action n'est pas seulement affaire de désir, mais dépend en partie de l'existence de moyens pour la réaliser et que ceux-ci comprennent à leur tour la disponibilité d'arguments suffisamment persuasifs. Elles sont également mêlées lorsque, comme il arrive parfois, l'action se confond avec le moyen. C'est le cas par exemple d'une cour suprême qui décide de contrôler la constitutionnalité des lois, car le moyen de mettre en œuvre cette décision est tout simplement de la prendre.

On se limitera donc ici à la troisième question, celle du choix des arguments et on raisonnera sur trois exemples ou séries d'exemples, qui portent sur la création d'une hiérarchie des normes,

Soit d'abord une cour qui entend justifier l'exercice d'un contrôle, qu'elle n'a pas encore pratiqué, sur un acte considéré jusque là comme suprême, comme par exemple une loi ou une disposition de niveau constitutionnel.

Considérons les cas suivants : la décision *Marbury v. Madison*¹, la décision « liberté d'association » du Conseil constitutionnel², la décision *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Village* de la cour suprême d'Israël³, les Parlements d'Ancien régime qui refusent l'enregistrement d'un acte législatif⁴, la décision *Minerva Mills* de la cour suprême de l'Inde⁵. Dans les quatre premiers cas, la cour soumet une loi au contrôle de constitutionnalité en affirmant qu'il existe une norme supérieure, qui est la constitution. Dans le cinquième, celui de l'Inde, la cour soumet à son contrôle un amendement à la constitution en

1. *Marbury v. Madison*, USSC 1803, en français in Zoller E., Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis, Paris, Puf, 2000.

2. www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm

3. *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Village*, Supreme Court (Israel). C.A. 6821/93, 49(4) P.D.221 (1995).

4. Saint Bonnet F., Le Parlement, juge constitutionnel (xvi^e-xviii^e siècle, ds. *Droits* 34, 2001, pp. 177-197s. ; Di Donato F., La puissance cachée de la robe. L'idéologie du juriste moderne et le problème du rapport entre pouvoir judiciaire et pouvoir politique, ds. Cayla O. & Renoux-Zagame M.-F. (sous la dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 89-116s. ; Renoux-Zagame M.-F., Juger la loi au nom du droit naturel : fondements et portée du contrôle des Parlements de la monarchie, ds. *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010.

5. *Minerva Mills Ltd v. Union of India*, AIR 1980 SC 1789, 1798 ; cf. Hidayatullah, M., *Constitutional Law of India*, Liverpool, Lucas Publications, 1986, p. 20s ; Tusseau G., Les juges constitutionnels face au pouvoir des autres acteurs juridiques ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison, ds. à paraître ds *Droits*, 2012

affirmant qu'il existe des principes supra-constitutionnels auxquels il est impossible de déroger¹.

L'argumentation présente toujours la même structure : elle consiste simplement à nier le caractère suprême de la loi ou, dans le cas de l'Inde, de l'amendement à la constitution, et à affirmer l'existence d'une norme d'un niveau supérieur à celui de la norme examinée, la constitution, les lois fondamentales du royaume ou des principes supra-constitutionnels.

Cependant, lorsque les tribunaux adoptent ce type d'argumentation, ils doivent encore recourir à des arguments supplémentaires destinés à justifier l'affirmation qu'il existe une norme de degré supérieur. On rencontre alors des variantes nationales qui s'expliquent par les particularités du système juridique.

Ainsi, la Cour suprême américaine justifie la suprématie de la constitution par une proposition générale : il est dans la nature d'une constitution d'être suprême.

« Il est certain, écrit Marshall en 1803, que ceux qui élaborent les constitutions écrites les conçoivent comme devant former le droit fondamental et suprême de la nation et que, par conséquent, le principe d'un tel gouvernement est qu'un acte législatif contraire à la constitution est nul. »

On peut noter qu'il ne s'agit nullement chez Marshall d'un argument historique, qui serait tiré des travaux préparatoires de la Convention de Philadelphie. S'il s'agissait d'ailleurs d'affirmer la réalité de l'intention de tous les constituants quels qu'ils soient, la proposition serait évidemment fautive, car on connaît bien des assemblées constituantes dont les membres ne pensaient certainement pas qu'un acte législatif contraire à la constitution est nul. Ils pensaient même et disaient explicitement le contraire.

Il suffit de citer les constitutions françaises de l'époque révolutionnaire que Marshall n'ignorait pas. La volonté à laquelle il se réfère n'est donc pas celle des membres de la Convention de Philadelphie, mais

1. Le cas de l'Inde n'est pas unique. Otto Pfersmann cite celui de la cour constitutionnelle autrichienne qui a annulé une dispositions constitutionnelle jugée contraire à l'ordre constitutionnel fondamental » et qui pour cette raison aurait dû être soumise à une procédure plus lourde (BVerfGE 30.1. du 15/12.1970) (Pfersmann O., La production des normes : production normative et hiérarchie des normes, ds. Troper M. & Chagnollaud D. (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 3 vol., 2012, vol. 2, pp. 483s. spécialement, p. 513. Mais d'autres cours, par exemple la cour allemande ou la cour italienne, ont exprimé l'idée qu'au besoin elles exerceraient elles aussi un contrôle sur la constitutionnalité des révisions constitutionnelles.

la volonté de « ceux qui élaborent les constitutions écrites », autrement dit une volonté qu'on devrait présumer absolument être celle de tous ceux qui élaborent de telles constitutions. Il en va de même de l'argument tiré de l'existence d'une procédure de révision distincte de la procédure législative ordinaire, qui impliquerait que, puisque le pouvoir législatif ne peut réviser la constitution au moyen d'une loi ordinaire, il ne peut pas non plus adopter des lois contraires, car de telles lois seraient analogues à une révision. Dans ce cas également, on ne peut pas affirmer que les constituants qui ont prévu une procédure de révision distincte voulaient en tirer une telle conséquence et l'on trouve même de nombreux exemples historiques de constituants qui la refusaient expressément. Il s'agit donc d'une présomption.

L'argument de l'intention présumée des constituants est évidemment interdit à la cour israélienne. Comme Israël n'a pas de constitution écrite, la cour suprême ne peut reprendre le raisonnement de Marshall et doit soutenir que certaines lois, dites fondamentales, qui ne peuvent être modifiées qu'à la majorité qualifiée, forment une espèce de constitution et ont ainsi par nature une valeur supérieure à celle des autres lois.

Cet argument est également interdit au Conseil constitutionnel français parce que la France a connu de nombreuses constitutions dont les auteurs, loin de considérer, même implicitement, qu'elles devaient former le droit fondamental et suprême de la nation, ont expressément refusé le contrôle de la constitutionnalité des lois. À vrai dire, le Conseil constitutionnel n'a même pas besoin de justifier l'institution même du contrôle, puisque, la constitution de 58, contrairement à la constitution américaine, la prévoit expressément. En revanche, dans la décision de 71 sur la liberté d'association, il lui faut justifier le recours au préambule, ce qui peut se faire par l'interprétation littérale, contenue dans le visa « vu la constitution et notamment son préambule », comme le soulignent les commentaires doctrinaux, qui notent que le préambule figure après le titre « constitution », ce qui montrerait qu'il fait bien partie de la constitution.

Le Conseil ne peut pas non plus recourir à un autre argument américain, selon lequel la constitution, parce qu'elle exprime seule la volonté du peuple souverain (*we the people*) devrait nécessairement prévaloir sur la volonté des représentants du peuple¹. Cet argument est

1. Cet argument est exprimé par Hamilton dans Le Fédéraliste n° 78 « There is no position which depends on clearer principles, than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. To deny this, would be to affirm,

en effet plus difficile à employer en France où le souverain est réputé exprimer sa volonté non seulement par la constitution, mais aussi par la loi (articles 3 et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et article 3 de la Constitution). Le Conseil constitutionnel ne peut donc prétendre comparer la volonté des représentants à celle du souverain. Le seul moyen est donc de soutenir que si le Parlement a adopté une loi jugée inconstitutionnelle, il cesse d'être représentant. C'est le fameux *obiter dictum* « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ».

La seconde série d'exemples concerne la manière d'éviter certains effets de la hiérarchie des normes. Considérons à présent la jurisprudence de la cour suprême constitutionnelle d'Égypte et la décision du Conseil constitutionnel « identité constitutionnelle de la France ».

La jurisprudence égyptienne peut être résumée ainsi : en 1980, la constitution de 1971 a été amendée et le nouvel article 2 proclame : « L'Islam est la religion de l'État dont la langue officielle est l'arabe ; les principes de la loi islamique (Charia) la source principale de législation ». On aurait pu penser que cet article aurait cette conséquence qu'une loi contraire à la Charia serait considérée comme inconstitutionnelle. Pourtant, la cour développait l'argumentation suivante :

a) La force obligatoire de la Charia procède de la constitution, puisque c'est l'article 2 qui en fait une source de la législation.

b) Dans ces conditions, la cour contrôlera la conformité des lois à la Charia, mais seulement aux lois postérieures à 1980, car l'article 2 ne saurait être rétroactif

c) Ce n'est pas aux autorités religieuses, mais à la cour qu'il appartient d'interpréter la Charia.

d) La cour distinguera dans la Charia les principes absolus, qui s'imposent au législateur, et les principes relatifs aux circonstances, qui ne le lient pas. Ajoutons pour l'anecdote que, parmi ceux qui ne s'imposent pas, il y a celui qui ordonne aux femmes le port du voile, si bien qu'un règlement qui interdisait le port du voile aux élèves d'une catégorie d'établissements d'enseignement secondaire, a été jugé en 1994 conforme à la constitution.

De même, dans la décision « identité constitutionnelle de la France », le Conseil constitutionnel considère que, si le droit de l'Union Européenne prévaut sur le droit national, ce n'est pas sur le fondement des traités,

that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves » (Madison, Hamilton, JAY, *The Federalist Papers*. With an Introduction by Clinton Rossiter, New York, Mentor Books, 1961, p. 467), trad. française LGDJ 1957, réimpr. Economica, pp. 648 et s.

mais sur celui de la constitution française, de sorte qu'il serait possible d'échapper à la suprématie, soit en révisant la constitution, soit en estimant que, puisque la constitution n'aurait pu sans contradiction performative ordonner qu'on lui désobéisse, la suprématie ne saurait conduire à porter atteinte aux principes qui forment l'identité constitutionnelle de la France.

L'argumentation du Conseil constitutionnel est similaire à celle de la cour égyptienne : dans les deux cas, on cherche à faire échapper une norme, la loi dans le cas égyptien, la constitution dans le cas français, à la suprématie d'une autre, la Charia dans le cas égyptien, le droit européen dans le cas français. La seule manière d'y parvenir est d'affirmer que la norme présentée comme suprême n'a pas de fondement autonome, mais trouve son fondement dans le droit positif dont la cour est le seul interprète : la constitution. C'est la constitution égyptienne qui confère à la Charia sa suprématie sur la loi, comme la constitution française confère au droit européen une suprématie sur le droit français, de sorte que, dans les deux cas, la cour est en mesure de fixer des limites à cette suprématie.

La seule différence réside dans le fait que, selon la constitution égyptienne, la Charia n'a qu'une valeur supralégislative, tandis que, selon le Conseil constitutionnel, le droit européen a une valeur supra-constitutionnelle. Mais cette différence est minime, parce que, même si l'article 2 de la constitution égyptienne avait donné à la Charia une valeur supra constitutionnelle, la cour aurait toujours pu considérer que c'était à elle qu'il appartenait d'interpréter et l'article 2 et, par voie de conséquence, la Charia.

La troisième série d'exemples n'est pas tirée de la jurisprudence d'une cour souveraine, mais des débats portant sur la justification d'un pouvoir législatif. Il s'agit d'abord des débats qui se sont déroulés le 10 août 1791 à l'Assemblée constituante au cours de la phase dite de « révision » c'est-à-dire de relecture et de mise en ordre de la constitution. L'enjeu était considérable. Il s'agissait du droit de veto. L'assemblée constituante avait déjà adopté la plupart des dispositions de la constitution, créé les principaux organes et distribué les compétences. Elle avait notamment décidé, (près de deux ans auparavant) que le roi aurait un droit de veto suspensif. La gauche voulait profiter de la révision pour revenir sur le veto et paraissait disposer d'un excellent argument : si le roi n'est pas élu, il ne peut représenter la nation et vouloir pour elle, c'est-à-dire participer à la formation de la loi, ce qui impliquait qu'on devait lui retirer le droit de veto. Barnave, favorable au veto, devait donc découvrir le seul contre-argument disponible : la possibilité de vouloir pour la nation, notamment en participant à la formation des lois, ne découle pas de la qualité de représentant. C'est au

contraire la qualité de représentant qui doit être présumée de celui qui veut pour la nation, quelle que soit la manière dont il a été désigné. Le corps législatif est donc représentant non pas parce qu'il est formé de députés élus, mais parce qu'il vote les lois. De même, le roi veut pour la nation et cela de plusieurs manières, non seulement par son veto, mais aussi parce qu'il négocie les traités. Ergo il est représentant. Comme on sait, Barnave fut suivi : le texte finalement adopté en 1791 proclame que « La Constitution française est représentative : les représentants sont le Corps législatif et le roi ». Tous deux, en effet participent à la formation de la loi, c'est-à-dire à l'expression de la volonté générale, l'un par le vote des décrets, l'autre par la sanction¹.

C'est le même type d'argumentation que l'on rencontre chez tous ceux qui entendent justifier le pouvoir d'interprétation d'une institution capable soit de participer à la formation de la loi, soit de s'opposer à une loi déjà faite, lorsque celle-ci est tenue pour l'expression de la volonté du souverain, comme c'est le cas en France : il faut prétendre que cette institution représente le souverain. Cette justification se présente sous des formes variées : Les Parlements d'Ancien Régime affirmaient représenter le corps immortel du roi dont ils exprimaient la volonté réelle, contre celle qui n'avait été exprimée par le roi mortel qu'à la suite d'une erreur². De même, on affirme parfois que le Conseil constitutionnel, quoique non élu, est lui aussi un représentant du peuple³.

1. Brunet P., Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État, Paris, LGDJ, 2004.

2. Krynen J., L'état de justice : France, XIII^e-XX^e siècle. Tome I, L'idéologie de la magistrature ancienne, Paris, Gallimard, 2009, p. 268.

3. cf. Rousseau D., *Droit du Contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 5^e éd., 1999 ; et La jurisprudence constitutionnelle ; quelle « nécessité démocratique » ? de Drago G., François B., Molfessis N. (éd.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, pp. 363-376 avec mon commentaire et la réplique de D. Rousseau, *ibid.* pp. 377-382. La même idée est défendue par Pierre Rosanvallon qui écrit « Les représentants du peuple sont certes d'abord ceux qu'il a élus. Mais pas uniquement. Peuvent également être considérés comme des représentants ceux qui parlent, qui agissent et qui décident « au nom du peuple ». c'est notamment le cas des juges, qu'ils soient judiciaires ou constitutionnels, mais c'est aussi, par extension, le caractère que revêtent de multiples autorités de régulation » (Rosanvallon P., *La démocratie inachevée, Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, 2000, p. 407). Dans une autre variante le souverain réel n'est pas celui dont la volonté est exprimée par les représentants élus, mais le pouvoir constituant (cf. Vedel G. Schengen et Maastricht (A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991), ds. *RFDA* 1992 p. 173 ; dans une autre encore, c'est le peuple perpétuel ou transcendant, dont le peuple actuel n'est que le représentant et dont la volonté est exprimée dans la constitution, telle qu'elle est interprétée par le juge. (Gauchet M., *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation, 1789-1799*, Paris, Gallimard, 1995, pp. 42-45).

Dans ces trois séries d'exemples, on observe ainsi des constantes dans le choix des arguments. Cela ne prouve évidemment pas que ces arguments sont pertinents et que nous devrions croire à l'existence objective de normes constitutionnelles ou supra-constitutionnelles ou à la légitimité du juge constitutionnel, ni même qu'ils sont toujours efficaces en ce sens qu'ils permettraient toujours de persuader ceux auxquels ils sont destinés. On ne peut même pas affirmer qu'ils sont les seuls disponibles et l'on peut parfaitement concevoir que certaines cours soient plus habiles, qu'elles en inventent d'autres ou au contraire qu'elles soient plus maladroitement et ne produisent qu'une justification faible ou pas de justification du tout.

On ne doit donc pas chercher à savoir si ces arguments sont bons, ni s'ils sont toujours employés, mais, lorsqu'ils le sont, pourquoi ils le sont¹.

Cependant, ces constantes montrent que, dans certaines situations semblables, les acteurs perçoivent ces arguments comme nécessaires parce qu'ils sont les plus propres à produire des justifications. C'est bien la situation qui les rend nécessaires et l'on peut alors appeler « explication » la mise en évidence de cette nécessité, c'est-à-dire la mise en relation des moyens employés par des acteurs qui dans un certain type de situation cherchent à justifier une certaine conduite. Mais dans quelle mesure s'agit-il réellement d'une explication ?

(...)

- SUR LES NORMES DE REFERENCE DU CONTROLE INSTITUTE PAR L'ARTICLE 54 DE LA CONSTITUTION:

9. Considérant que le peuple français a, par le préambule de la Constitution de 1958, proclamé solennellement "son attachement aux droits de l'homme et 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" ;

10. Considérant que dans son article 3 la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen énonce que "le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation" ; que l'article 3 de la Constitution de 1958 dispose, dans son premier alinéa, que "la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum" ;

11. Considérant que le préambule de la Constitution de 1946 proclame, dans son quatorzième alinéa, que la République française se "conforme aux règles du droit public international" et, dans son quinzième alinéa, que "sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix" ;

12. Considérant que, dans son article 53, la Constitution de 1958 consacre, comme le faisait l'article 27 de la Constitution de 1946, l'existence de "traités ou accords relatifs à l'organisation internationale" ; que ces traités ou accords ne peuvent être ratifiés ou approuvés par le Président de la République qu'en vertu d'une loi ;

13. Considérant qu'il résulte de ces textes de valeur constitutionnelle que le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que, sur le fondement des dispositions précitées du préambule de la Constitution de 1946, 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 Etats membres ;

14. Considérant toutefois qu'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 ;

15. Considérant que c'est au regard de ces principes qu'il revient au Conseil constitutionnel de procéder à l'examen du traité sur l'Union européenne ;

(...)

(...)

En ce qui concerne le moyen tiré de ce que le traité n'est pas conforme à l'article 3 de la Constitution :

19. Considérant que sous réserve, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16 et 89, alinéa 4, du texte constitutionnel et, d'autre part, du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles "la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision", le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi 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 ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite ;

20. Considérant qu'aux termes de la première phrase de l'article 88-3 de la Constitution, "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" ; qu'il ne saurait par suite être valablement soutenu que l'article 8 B, paragraphe 1, ajouté au traité instituant la Communauté européenne par l'article G du traité sur l'Union européenne serait contraire à l'article 3 de la Constitution ; (...)

Le Conseil constitutionnel,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée par l'ordonnance n° 59-223 du 4 février 1959 et par les lois organiques n° 74-1101 du 26 décembre 1974 et n° 90-383 du 10 mai 1990 ;

Vu le code électoral, notamment ses articles LO 136, LO 136-1, LO 150, LO 151, LO 296 et LO 297 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que la compétence du Conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution ; qu'elle n'est susceptible d'être précisée et complétée par voie de loi organique que dans le respect des principes posés par le texte constitutionnel ; que le Conseil constitutionnel ne saurait être appelé à se prononcer au titre d'autres chefs de compétence que ceux qui sont expressément prévus par la Constitution ou la loi organique ;

2. Considérant que l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires qui, respectivement, doivent ou peuvent être soumises à son examen, sans préciser si cette compétence s'étend à l'ensemble des textes de caractère législatif, qu'ils aient été adoptés par le peuple à la suite d'un référendum ou qu'ils aient été votés par le Parlement, ou si, au contraire, elle est limitée seulement à cette dernière catégorie ; que, toutefois, au regard de l'équilibre des pouvoirs établi 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 nationale ;

3. Considérant, au demeurant, que ni l'article 60 de la Constitution, qui détermine le rôle du Conseil constitutionnel en matière de référendum, ni l'article 11 ne prévoient de formalité entre l'adoption d'un projet de loi par le peuple et sa promulgation par le Président de la République ;

4. Considérant, au surplus, que les dispositions de l'article 17 de l'ordonnance portant loi organique susmentionnée du 7 novembre 1958 ne font état que des " lois adoptées par le Parlement " ; que l'article 23 de la même ordonnance dispose que : " Dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution sans constater en même temps qu'elle est inséparable de l'ensemble de la loi, le Président de la République peut soit promulguer la loi à l'exception de cette disposition, soit demander aux chambres une nouvelle lecture " ;

5. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'aucune disposition de la Constitution, non plus d'ailleurs que d'une loi organique prise sur son fondement, ne donne compétence au Conseil constitutionnel pour se prononcer sur la demande susvisée concernant la loi adoptée par le Peuple français par voie de référendum le 20 septembre 1992,

Décide :

Article premier : Le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour se prononcer sur la demande susvisée.

Article 2 : La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution, notamment ses articles 61 et 89 ;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu les observations du Gouvernement, enregistrées le 24 mars 2003 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que la compétence du Conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution ; qu'elle n'est susceptible d'être précisée et complétée par voie de loi organique que dans le respect des principes posés par le texte constitutionnel ; que le Conseil constitutionnel ne saurait être appelé à se prononcer dans d'autres cas que ceux qui sont expressément prévus par ces textes ;

2. Considérant que l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et, lorsqu'elles lui sont déférées dans les conditions fixées par cet article, des lois ordinaires ; que le Conseil constitutionnel ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle ;

3. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour statuer sur la demande susvisée, par laquelle les sénateurs requérants lui défèrent, aux fins d'appréciation de sa conformité à la Constitution, la révision de la Constitution relative à l'organisation décentralisée de la République approuvée par le Congrès le 17 mars 2003,

Décide :

Article premier : Le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour se prononcer sur la demande susvisée.

Article 2 : La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

(...) En ce qui concerne les obligations propres à une loi de transposition :

16. Considérant que le titre Ier de la loi déférée a pour objet de transposer la directive du 22 mai 2001 susvisée sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ;

17. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 88-1 de la Constitution : " La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences " ; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle ;

18. Considérant qu'il appartient par suite au Conseil constitutionnel, saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire, de veiller au respect de cette exigence ; que, toutefois, le contrôle qu'il exerce à cet effet est soumis à une double limite ;

19. Considérant, en premier lieu, que la transposition d'une directive 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 ;

20. Considérant, en second lieu, que, devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne ; qu'il ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer ; qu'en tout état de cause, il revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel ; (...)

CONSEIL D'ÉTAT

Assemblée générale

Séance du jeudi 30 juillet 2015

Section de l'intérieur

N° 390.268

**EXTRAIT DU REGISTRE
DES DELIBERATIONS**

AVIS SUR LE PROJET DE LOI CONSTITUTIONNELLE

autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires

1. Le Conseil d'État a été saisi le 24 juin 2015 d'un projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. Le projet comporte un article unique insérant dans la Constitution un article 53-3 autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires adoptée à Strasbourg le 5 novembre 1992 et signée par la France le 7 mai 1999.
2. Le Conseil d'État n'a pu donner un avis favorable à ce texte pour les raisons suivantes.
3. Le Conseil constitutionnel a jugé dans sa décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999 que la partie II de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires, rapprochée de son préambule, « confère des droits spécifiques à des « groupes » de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de « territoires » dans lesquels ces langues sont pratiquées et que ses dispositions « tendent à reconnaître un droit à pratiquer une langue autre que le français » dans la « vie privée » comme dans la « vie publique », à laquelle la Charte rattache la justice et les « autorités administratives et services publics ». Il en a déduit qu'en adhérant à la Charte, la France méconnaîtrait les principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi, d'unicité du peuple français et d'usage officiel de la langue française.
4. Saisi d'une modification de la Constitution permettant la ratification de la Charte, qui figurait dans le projet de loi constitutionnelle portant renouveau de la vie démocratique, le Conseil d'État s'est fondé dans son avis du 7 mars 2013 sur le fait que, loin de déroger ponctuellement, comme le constituant a pu le faire dans le passé, à telle règle ou tel principe faisant obstacle à l'application d'un engagement de la France, la faculté de ratifier la Charte donnée par la nouvelle disposition constitutionnelle aurait introduit dans la Constitution une incohérence entre, d'une part, les articles 1^{er}, 2 et 3 qui affirment les principes constitutionnels mentionnés dans la décision du Conseil constitutionnel du 15 juin 1999 et sont un fondement du pacte social dans notre pays et, d'autre part, la disposition nouvelle qui aurait permis la ratification de la Charte.

5 Le Conseil d'État a vérifié si le projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires dont le Gouvernement l'a saisi permettait de lever ces objections en précisant, dans l'article 53-3 que le projet propose d'insérer dans la Constitution, que l'autorisation de ratification s'applique à la Charte européenne des langues régionales et minoritaires « *complétée par la déclaration interprétative du 7 mai 1999* ».

6. En signant la Charte, le 7 mai 1999, la France a annoncé « *envisager de formuler dans son instrument de ratification* », une déclaration affirmant notamment qu'elle interprétait ce texte comme ne conférant pas de droits collectifs aux locuteurs des langues régionales et minoritaires et n'allant pas à l'encontre du principe d'usage officiel du français énoncé par l'article 2 de la Constitution. Cette déclaration contredit l'objet de la Charte qui vise, dans des stipulations qui, en vertu de l'article 21 de ce traité, ne peuvent faire l'objet de réserves, à donner des droits aux groupes de locuteurs de langues régionales ou minoritaires et à permettre à ces locuteurs d'utiliser leur langue dans la sphère publique. Sa mention dans la Constitution aurait une double conséquence. En premier lieu, la référence à deux textes, la Charte et la déclaration, difficilement compatibles entre eux, y introduirait une contradiction interne génératrice d'insécurité juridique. En second lieu, elle produirait une contradiction entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international, exposant tant à des incertitudes dans les procédures contentieuses nationales qu'à des critiques émanant des organes du Conseil de l'Europe chargés du contrôle de l'application de la Charte en application de sa partie IV.

7. Tout en rappelant qu'il n'existe pas de principes de niveau supra-constitutionnel au regard desquels pourrait être appréciée une révision de la Constitution, le Conseil d'État ne peut que constater que le projet qui lui est soumis ne permet pas d'atteindre l'objectif que le Gouvernement s'est fixé.

Cet avis a été délibéré par l'assemblée générale du Conseil d'État dans sa séance du jeudi 30 juillet 2015.

(...)

II. Une fois recensées les limites tant formelles que matérielles qui s'imposent au pouvoir constituant, il convient, dans un deuxième temps, de rechercher si elles ont un caractère intangible

L'expérience constitutionnelle française plaide très fortement dans le sens de la mutabilité des règles formelles de révision de la Constitution. Plus délicate est la question de savoir si la limite de fond touchant à la forme républicaine du gouvernement, seule inscrite dans le texte constitutionnel, revêt un caractère immuable.

A. La mutabilité des règles de révision prévues par la Constitution s'est imposée dans les faits avant de donner lieu à des justifications théoriques. Au vu de l'histoire des soixante dernières années, cette mutabilité des procédures de révision peut être regardée comme ayant emprunté deux formes : l'une consistant, comme cela a été le cas en 1945, à faire appel au pouvoir constituant originaire, l'autre résultant d'une révision de la procédure de révision par le pouvoir constituant institué, très controversée en juillet 1940 et plus largement admise en juin 1958.

1) Les conditions dans lesquelles a été assuré à la Libération le passage du gouvernement provisoire de la République présidé à l'origine par le général de Gaulle à la Constitution du 27 octobre 1946, se caractérisent par une mutabilité des règles de révision obtenue grâce à un recours au pouvoir constituant originaire et à l'affirmation de la suprématie de ce dernier.

a) Dès lors qu'il avait été énoncé par l'ordonnance du 9 août 1944 sur le rétablissement de la légalité républicaine que « la forme du gouvernement de la France est et demeure la République » et « qu'en droit celle-ci n'a pas cessé d'exister »⁽²⁷⁾, il pouvait être soutenu que les lois constitutionnelles de 1875, dont l'application avait été suspendue en fait sous le régime de Vichy, devaient reprendre leur empire⁽²⁸⁾.

A cet effet, après élections aux Assemblées prévues par la Constitution de la III^e République, il aurait pu être procédé à une révision constitutionnelle dans les formes définies par l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. Un tel schéma a été écarté pour des raisons tenant notamment à l'hostilité des partis de gauche car elle impliquait le maintien du Sénat.

L'ordonnance du 17 août 1945 a décidé d'en appeler directement au peuple, qui a agi alors comme pouvoir constituant originaire. Par le référendum du 21 octobre 1945, le peuple français a, d'une part, refusé de pérenniser les lois constitutionnelles de 1875, et d'autre part, adopté le texte qui est devenu la loi de « force constitutionnelle » du 2 novembre 1945 portant organisation provisoire des pouvoirs publics.

b) La loi du 2 novembre 1945 a fixé un cadre impératif à la procédure d'élaboration de la Constitution : préparation d'un projet par l'Assemblée nationale constituante puis soumission de ce texte au peuple français se prononçant par voie de référendum.

Il a été soutenu par Maurice Duverger⁽²⁹⁾ que la loi du 2 novembre 1945 avait valeur « supraconstitutionnelle » dans la mesure où elle s'imposait aux Assemblées constituantes elles-mêmes.

Il est exact qu'on était en présence d'une hypothèse où le pouvoir constituant originaire encadrait l'exercice par l'Assemblée constituante d'une compétence qui était subordonnée à l'approbation ultérieure du projet de Constitution par voie de référendum.

Mais, et pour les seuls besoins du raisonnement juridique, il y a lieu de relever que la loi du 2 novembre 1945 n'était pas intangible. Elle aurait toujours pu être modifiée par un nouveau référendum constituant⁽³⁰⁾. La loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 était donc impérative sans qu'il soit besoin de la qualifier de supraconstitutionnelle.

2) Le droit français admet également la mutabilité des règles de révision dans le cadre du pouvoir constituant institué. Ce dernier peut, dans le respect de la Constitution, modifier pour l'avenir la procédure de révision, ou y déroger.

a) L'idée d'une révision de la procédure constitutionnelle de révision a été avancée à propos de l'adoption, sous la III^e République par l'Assemblée nationale, qui était alors la réunion de la Chambre des députés et du Sénat, de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940(31).

Certes, la plupart des auteurs ont considéré que ce texte était irrégulier en ce qu'il procédait à une délégation du pouvoir constituant en violation du principe de droit public prohibant, sauf disposition expresse, les délégations de compétence(32).

Néanmoins, et en dépit du fait que l'ordonnance du 9 août 1944 a déclaré la nullité de l'« acte » dit loi constitutionnelle du 10 juillet 1940, le doyen Vedel a soutenu que ce texte devait être interprété comme ayant effectué une révision de la procédure de révision des lois constitutionnelles de la III^e République. A ce titre, et dès lors qu'il avait été lui-même adopté dans le respect des règles fixées par l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, il n'était pas irrégulier, quelque jugement que l'on puisse porter sur l'action ultérieure du régime de l'Etat français(33).

b) Le raisonnement ainsi tenu a été repris en recueillant un assentiment beaucoup plus large, à propos de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 qui a permis le passage de la XIV^e à la V^e République(34). Pour ce faire, a été instituée, dans le respect de la procédure de révision fixée par l'article 90 de la Constitution du 27 octobre 1946 telle qu'elle avait interprétée par le Conseil d'Etat(35), une procédure de révision dérogeant à l'article 90 du texte constitutionnel alors en vigueur.

Si les Assemblées ont consenti à une pareille dérogation c'est à la condition que la Constitution élaborée par le gouvernement puis soumise au suffrage du peuple respecte des principes jugés essentiels : la prééminence du suffrage universel comme source du pouvoir ; la séparation des pouvoirs ; la responsabilité du gouvernement devant le Parlement ; l'indépendance de l'autorité judiciaire et la garantie des libertés ; l'établissement de nouveaux rapports entre la République et les peuples qui lui sont associés.

Il y avait là autant de limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante. Mais aucun organe juridictionnel n'était chargé d'en assurer l'effectivité(36). Seul le peuple français, lors du référendum du 28 septembre 1958, pouvait veiller efficacement à leur respect.

De toute façon, la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 a cessé de produire effet dès l'instant où a été promulguée la Constitution du 4 octobre 1958(37).

C'est au regard de ce seul texte qu'il convient de rechercher si la limite de fond au pouvoir de révision qu'il comporte est ou non intangible.

B. Il importe ainsi d'envisager si la limite relative à la forme républicaine du gouvernement est immuable. La doctrine dominante conclut dans le sens de la négative. Mais cette approche est parfois contestée.

1) La doctrine défavorable à l'intangibilité est ancienne et constante.

a) Dès la III^e République, la force contraignante de l'article 2 de la loi du 14 août 1884 a été mise en doute en fonction de deux types de raisonnement. L'un ramenait à « un acte de foi nécessairement dépourvu de sanction » la disposition sur la forme du gouvernement(38). L'autre, plus subtil, et que Léon Duguit a, semble-t-il, été le premier à dégager, consistait à admettre que la loi du 14 août 1884 votée par une Assemblée nationale de révision pourrait être abrogée par une autre Assemblée de révision laissant ainsi la voie à une modification ultérieure de la forme de gouvernement dans le cadre d'une autre révision constitutionnelle(39).

Ces deux types de raisonnement étaient même cumulés par certains auteurs. Pour Joseph Barthélémy et Paul Duez, les dispositions de la loi constitutionnelle du 14 août 1884 sur la forme républicaine du gouvernement ne constituaient qu'un simple voeu « sans force juridique obligatoire pour les successeurs des constituants et pour les générations futures ». Tout au plus, était-il concédé que « pour respecter les formes et la procédure » faudrait-il commencer par procéder dans un premier temps à la révision de la loi constitutionnelle de 1884(40).

b) La thèse de la double révision successive a continué d'avoir les faveurs de la majorité de la doctrine. Dans son Manuel élémentaire de droit constitutionnel publié en 1949, le doyen Vedel l'a reprise à son compte à propos de l'article 95 de la Constitution de 1946. Et c'est, sans aucune réticence, que ce point de vue a été adopté pour l'interprétation de l'article 89 par un grand nombre d'auteurs(41).

Il a même été indiqué lors d'un colloque organisé à Paris à l'automne 1977 pour le « trentième anniversaire » de la Constitution de 1947 que Palmiro Togliatti avait défendu une interprétation analogue de l'article 139 de la Constitution italienne, lequel correspond à l'article 89, alinéa 5, de notre Constitution(42).

2) Il existe malgré tout des opinions discordantes qui méritent de retenir l'attention.

a) Il a été objecté que la thèse de la double révision successive méconnaissait l'esprit sinon le texte de la Constitution(43). De façon plus radicale encore, on a reproché à la thèse dominante de consacrer un « détournement de procédure » qu'un juge constitutionnel serait à même de sanctionner (cf. L. Favoreu, *Pouvoirs*, n° 67, p. 76).

Au regard des éléments de droit comparé dont on dispose, une telle éventualité ne peut être exclue. Ainsi, et pour reprendre l'exemple de l'Inde donné par le professeur Michel Troper, la Cour suprême, après avoir posé, en 1976, le principe selon lequel le pouvoir de révision ne permet pas de détruire la structure fédérale de la Constitution, a ultérieurement censuré un amendement apporté à la Constitution indienne qui avait supprimé toutes les limitations au pouvoir de révision, au motif qu'il portait atteinte à cette structure fédérale(44).

b) En réponse à ces objections, on peut faire valoir que la thèse de la double révision successive permet de ménager un temps de réflexion supplémentaire au pouvoir constituant. Le renforcement des exigences de forme requises atténue le grief tiré du détournement de procédure. Mais surtout, on évite de créer des rigidités qui peuvent ne plus répondre à l'attente des gouvernés.

N'oublions pas qu'en Grèce, en dépit de l'affirmation par la Constitution de 1952 de ce que le caractère monarchique de l'Etat hellénique ne pouvait faire l'objet d'une révision, le référendum du 8 décembre 1974 a choisi une autre option.

Au Portugal, la Constitution de 1976 révisée en 1982 fait figurer parmi les quatorze principes que toute loi constitutionnelle doit respecter, non seulement le recours au suffrage universel direct pour l'élection des membres des organes de souveraineté, mais aussi le « système de la représentation proportionnelle »(45). En se référant à l'expérience française de la XIV^e République et à celle de l'Italie jusqu'au référendum d'avril 1993(46) on peut craindre pour la démocratie portugaise le risque de blocage pouvant résulter à terme d'une telle limite matérielle au pouvoir de révision. Les juristes lusitaniens ne devront-ils pas faire appel un jour à la « double révision successive » ?

Quoi qu'il en soit, on voit quelles sont les responsabilités susceptibles de peser sur le juge constitutionnel pour le cas où il serait compétent pour trancher des questions de ce type.

(...)

(26) Cf. Le rapport français à la VII^e conférence des cours constitutionnelles européennes (cette Revue 1990.319 et AIJC 1990.135).

(27) Cf. L'analyse de B. Mathieu et M. Verpeaux, in *Le rétablissement de la légalité républicaine*, Actes du colloque des 6, 7 et 8 oct. 1994. Fondation Charles-de-Gaulle. Ed. Complexe, 1996, p. 805.

(28) Cf. Nguyen Quoc Dinh, *La loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 portant organisation provisoire des pouvoirs publics*, RD publ. 1946.73.

(29) M. Duverger, *op. cit.*, p. 464.

(30) Cf. en ce sens, Nguyen Quoc Vinh, *art. préc.*, RD publ. 1946.70.

(31) Ce texte comportait un article unique : « L'Assemblée nationale donne tout pouvoir au gouvernement de la République sous l'autorité et la signature du maréchal Pétain, à l'effet de promulguer un par ou plusieurs actes une nouvelle Constitution de l'Etat français. Cette Constitution devra garantir les droits du travail, de la famille et de la patrie. Elle sera ratifiée par la nation et appliquée par les Assemblées qu'elle aura créées. »

(32) Cf. G. Liet-Veaux, *La fraude à la Constitution*, RD publ. 1943.140 ; G. Berlia, *La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940*, RD publ. 1944.45 ; Nguyen Quoc Vinh, *art. préc.*, RD publ. 1946.72 ; M. Duverger, *op. cit.*, p. 459 ; S. Arné, RD publ. 1969.68 ; C. Leclercq, RD publ. 1986.1036.

(33) Cf. G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey éd., 1949, p. 277 ; *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Les cours de droit, 1960-1961, p. 284.

(34) Cf. G. Berlia, *La crise constitutionnelle de mai-juin 1958*, RD publ. 1958.918 ; W. Zimmer, *La loi du 3 juin 1958 : Contribution à l'étude des actes préconstituants*, RD publ. 1995.383.

(35) Cf. avis du 6 févr. 1953 publié à la RD publ. de 1953, p. 171 et en annexe à l'étude d'E. Guldner, sur *Le rôle du gouvernement dans la procédure de révision de la Constitution du 27 oct. 1946*, EDCE 1957, p. 41.

(36) Comme l'a relevé Mme Lenoir, dans son étude sur « *Le nouvel ordre constitutionnel d'Afrique du Sud* », in *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, p. 37, l'intervention d'un juge est à même d'assurer un contrôle rigoureux. Ainsi, la Cour

constitutionnelle d'Afrique du Sud a jugé, par un arrêt du 6 septembre 1996, que neuf dispositions du texte constitutionnel adopté par l'Assemblée constituante en mai 1996 méconnaissaient les principes de référence énoncés dans la Constitution intérimaire de novembre 1993 et notamment la procédure de révision qui, trop aisée à mettre en oeuvre, contrevenait à la stabilité juridique.

(37) En une circonstance au moins, le Conseil d'Etat a visé dans une de ses décisions contentieuses la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 en tant qu'élément d'interprétation de l'actuelle Constitution (CE, Ass., 2 mars 1962, Rubin de Servens, Rec. p. 143).

(38) Cf. G. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles*, Thèse, 1930, p. 99, cité par M.-F. Rigaux, *op. cit.*, p. 36 et 63.

(39) Cf. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., 1927, cité par O. Beaud, in *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 371.

(40) Joseph Barthélémy et Paul Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz éd., 1993, rééd. p. 231.

(41) Cf. F. Goguel, *Les institutions politiques françaises*, *op. cit.*, p. 671 ; G. Carcassonne, *La Constitution*, Seuil éd., 1996, p. 318 ; B. Chantebout, *Droit constitutionnel et science politique*, A. Colin éd., 14e éd., 1997, p. 45 ; G. Burdeau, F. Hamon et M. Troper, *Manuel de droit constitutionnel*, LGDJ éd., 25e éd., 1997, p. 52.

(42) Cf. également M. Luciani, in *La révision de la Constitution*, *op. cit.*, p. 133.

(43) P. Pactet, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 16e éd., 1997, p. 296.

(44) Cf. *Journées de la Société de législation comparée*, 1993, p. 354 ; cf. également C. Cadoux, *RD publ.* 1980.1545 et s.

(45) Cf. A. Pantélis et S. Koutsoubinas, *Les régimes électoraux des pays de l'Union européenne*, Bruylant éd., 1998, p. 18 et 488.

DOCUMENT 6 : G. Vedel, « Schengen et Maastricht (A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) » in *RFDA*, n°2, 1992, p. 177-180 (extrait).

(...)

VI. En terminant, on ne peut s'empêcher de faire remarquer que, si le recours aux dispositions de l'article 54 de la Constitution est la voie juridique normale pour aboutir à la ratification du Traité de Maastricht, ce n'est pas la voie politique la plus sûre. En effet, la loi autorisant la ratification ne pourra être mise en chantier qu'après l'aboutissement d'une procédure de révision sur les points désignés par le Conseil constitutionnel. Cette procédure, régie par l'article 89 de la Constitution, n'est pas facile, comme l'ont prouvé les impasses dans lesquelles ont échoué diverses perspectives de révision et, en dernier lieu, le projet concernant l'exception d'inconstitutionnalité. A cela s'ajoute l'âpreté sans cesse grandissante du combat politique. Il est à craindre que le projet de révision que le chef de l'Etat serait amené à présenter à la suite de la décision du Conseil constitutionnel rendue en application de l'article 54, même s'il était limité à cet objet précis, soit regardé au Parlement et dans l'opinion comme une motion de confiance envers le chef de l'Etat et son Gouvernement ; l'objet final du processus, à savoir la ratification du Traité de Maastricht, risque d'être bien oublié et l'on peut paradoxalement penser que la majorité potentielle qui semble exister dans les assemblées en sa faveur de déliterait au profit - si l'on peut dire - d'une empoignade de politique intérieure. Quant au recours au référendum sur quelque base que ce soit, il serait chargé des mêmes risques, peut-être aggravés.

Le propos qui précède ne constitue pas une incursion de la politique dans un commentaire juridique. Il ne fait que prélude à un problème de droit : n'existe-t-il pas une autre voie que celle de l'article 54 de la Constitution pour conduire à la ratification du traité de Maastricht ?

François Luchaire n'a pas jusqu'ici écrit sur une idée qui cependant est sienne et qui a donné lieu à quelques discussions entre juristes. Selon lui, il serait possible, sans recours préalable au Conseil constitutionnel, que le Président de la République dépose un projet de révision tendant tout simplement à habiliter le législateur à donner l'autorisation de ratifier le Traité de Maastricht. En somme, si cette procédure devait être suivie et aboutir, notre Constitution serait pourvue d'un quatre-vingt-treizième article dont le seul objet serait celui que l'on vient d'indiquer. L'avantage politique serait d'isoler en quelque sorte le problème spécifique de la construction européenne de toute autre entreprise de révision constitutionnelle, de rassurer les parlementaires qui craignent que l'attribution à certains étrangers d'un droit de vote ne prenne valeur de principe et ne déborde le cadre communautaire, d'attester que la procédure suivie est sans rapport avec la politique intérieure française.

Que cette façon de faire puisse procurer le résultat politique espéré et garantir la ratification du traité, ce n'est pas le lieu d'en discuter.

Sur le terrain juridique en revanche, il n'est pas interdit de remarquer que, contrairement à un premier réflexe de rejet, la procédure ainsi imaginée, pour être insolite, ne serait pas moins juridiquement valable.

On ne saurait lui objecter qu'elle interviendrait « en violation » de l'article 54 de la Constitution. En effet, la loi de révision, ayant le même rang hiérarchique que l'article 54, constituerait simplement une dérogation à celui-ci. De même qu'une loi spéciale peut déroger sans aucune irrégularité juridique à une loi générale, un texte constitutionnel spécial peut déroger à un texte constitutionnel général. La règle « Tu patere legem quam (ipse) fecisti » qui interdit à une autorité de prendre des décisions individuelles dérogeant à un règlement de même niveau n'est applicable en droit français qu'aux autorités administratives. Elle ne vaut pas pour le législateur (Décis. n° 82-142 DC, 27 juill. 1982, Rec. p. 52). Elle vaut encore moins pour le pouvoir constituant.

En effet, l'exercice de celui-ci, même sous sa forme dérivée, dès lors qu'il s'opère selon une procédure appropriée, ne trouve ses limites que dans les clauses constitutionnelles interdisant certaines lois de révision. Dans la Constitution, cette prohibition n'existe *ratione temporis* qu'en cas de vacance de la présidence de la République (art. 7, dern. al.) ou lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire (art. 89, al. 4) et *ratione materiae* pour rendre intangible la forme républicaine du Gouvernement (art. 89, al. 5). Rien n'interdit qu'une révision constitutionnelle ait pour objet de déroger, fût-ce pour régler un cas particulier, à une disposition constitutionnelle en vigueur.

Quant au fait que la Constitution se trouverait ainsi pourvue d'une disposition étrangère à l'objet normal d'un texte constitutionnel, c'est l'occasion de rappeler qu'en droit, il n'existe pas de définition matérielle de la Constitution. Est constitutionnelle, quel qu'en soit l'objet, toute disposition émanant du pouvoir constituant. Sans qu'il soit besoin d'évoquer l'exemple fameux et aujourd'hui périmé des prescriptions de la Constitution suisse relative à l'abattage des animaux de boucherie, on se rappellera que la loi constitutionnelle du 10 août 1926 complétant, selon son texte même, la loi constitutionnelle du 25 février 1875, avait pour objet de conférer à la caisse de gestion des bons de la défense nationale et d'amortissement de la dette publique une autonomie de « caractère constitutionnel » et de lui affecter certaines recettes fiscales. Après tout, une loi constitutionnelle permettant de franchir une étape de la construction européenne serait moins anecdotique que le texte de 1926.

Si l'on se permet cette digression en marge de notre commentaire, c'est parce qu'elle est l'occasion d'une réflexion sur une perversion latente de la logique juridique. A l'occasion de discussions sur l'abrégement éventuel du mandat présidentiel, on a vu surgir des thèses selon lesquelles la révision constitutionnelle ainsi envisagée serait « nécessairement » applicable au mandat en cours. Et de raisonner sur des « principes » empruntés au droit administratif à propos de l'abaissement des limites d'âge dans la fonction publique. Passe à la rigueur, en cas de silence (peu probable) du texte de révision supposé - encore que les mêmes principes d'interprétation ne gouvernent pas automatiquement la fin prématurée de la carrière d'un préfet et celle du mandat d'un chef de l'Etat. Mais plus ou moins clairement, on a vu ou entendu soutenir que la révision constitutionnelle devrait être conforme à des « principes généraux du droit » dont l'origine et le titre de légitimité demeurent d'ailleurs mystérieux. De telle sorte que serait frappée d'invalidité juridique une loi de révision qui ne s'appliquerait pas au mandat en cours...

De même, à défaut d'avoir encore pu le lire, on a entendu dire qu'une loi de révision qui aurait pour objet direct de permettre la ratification du Traité de Maastricht méconnaîtrait la Constitution par une sorte de détournement de procédure ou de mépris de ces fameux « principes généraux ». Or, l'idée simple et seule vraie (à moins qu'on ne recoure au droit naturel) est que, sauf les prohibitions rappelées plus haut, le pouvoir constituant dérivé est l'expression de la souveraineté dans toute sa plénitude sous la seule réserve qu'il s'exerce selon la procédure qui l'identifie.

Les sources de cette dérive de la logique juridique sont curieuses. Après une longue période d'effacement, la Constitution a repris, au sein de la hiérarchie des normes et des pouvoirs, la place qui doit être la sienne dans un Etat de droit. L'existence et l'action du Conseil constitutionnel ont été probablement le facteur déterminant de cette restauration. Mais, comme dans nombre de phénomènes périodiques, le balancier s'écarte dans un sens, comme il le fit dans l'autre, de la verticale. La Constitution prend figure de règle sacrée immuable. La jurisprudence du juge constitutionnel participe de cette sacralisation. Au-dessus de l'une et de l'autre, d'ailleurs, plane une mystérieuse « supra-constitutionnalité » qui emprunte au droit naturel sa commode plasticité et au droit positif sa vertu de contrainte. La révision de la Constitution rencontrerait ainsi des limites qui ne résultent pas de la Constitution elle-même et qui portent sur le contenu de la révision.

Cette dérive - si elle devait s'amplifier dans l'opinion des juristes et des politiques - serait plus grave qu'une simple erreur de logique. Elle mettrait en cause à plus ou moins long terme l'équilibre démocratique et le contrôle de constitutionnalité.

L'équilibre démocratique repose sur une répartition des compétences se limitant les unes les autres et dont l'effectivité est assurée par les juridictions de nature diverse. Mais il faut bien qu'au-delà de ce réseau de compétences distribuées, il existe un lieu juridique où la souveraineté démocratique s'exerce sans partage. Ce lieu est celui du pouvoir constituant. Le pouvoir constituant dérivé n'est pas un pouvoir d'une autre nature que le pouvoir constituant initial : la Constitution lui donne sa procédure (qui, d'ailleurs, peut faire l'objet elle-même d'une révision comme le prouve la loi constitutionnelle du 3 juin 1958) elle ne borne point son étendue (car même la prohibition concernant la forme républicaine du Gouvernement portée à l'article 89, dernier alinéa, serait tenue en échec par une révision de ce même dernier alinéa).

C'est cette plénitude du pouvoir de révision constitutionnelle qui légitime le contrôle de la constitutionnalité des lois. A celui qui se plaint que la loi votée par les représentants de la Nation ne soit pas souveraine comme la Nation elle-même, on répond que « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ».

Cette formule justifie le contrôle de constitutionnalité, mais elle n'a cette vertu que parce qu'elle sous-entend que l'obstacle que la loi rencontre dans la Constitution peut être levée par le peuple souverain ou ses représentants s'ils recourent au mode d'expression suprême : la révision constitutionnelle. Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme Constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts.

Gardons-nous que la créature - la Constitution - n'échappe à son créateur - le pouvoir constituant - et que l'exaltation de l'une ne s'accompagne de la mise en cage de l'autre.

DOCUMENT 7 : O. Beaud, « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht » in *RFDA*, n°6, 1993, p. 1056-1064 (extrait).

(...)

Selon nous, la « révision de la révision » est inacceptable car elle constitue ni plus ni moins qu'un détournement de la procédure de révision et par la même occasion une négation de l'idée constitutionnelle qui est toujours menacée par cette « dynamite » juridique⁽³⁵⁾. Il faut d'ailleurs se rendre compte en l'espèce de la portée de la thèse de la « révision de la révision ». Elle légitimerait en l'espèce la légalité (c'est-à-dire la constitutionnalité) de la formation d'une Fédération européenne et corrélativement la fin de la souveraineté de chaque nation (française ou autre) qui serait effectuée par une série de révisions successives. C'est d'ailleurs ce que soutenait déjà Georges Vedel en 1954 dans la controverse constitutionnelle sur la CED où il écrivait : « Sous peine de nier la possibilité à tout Etat de participer à la vie internationale autrement que par une cascade de révisions constitutionnelles, il faut admettre que le gouvernement et le législateur ont la possibilité de passer des traités, même si ceux-ci restreignent la compétence des organes de l'Etat telle qu'elle est définie par la Constitution »⁽³⁶⁾. Cette thèse reprend donc l'idée, chère à Kelsen et Georges Scelle, d'un changement graduel de compétences correspondant à une gradation des entités politiques. La création d'une Fédération européenne pourrait donc s'effectuer par une série ou une « cascade » de révisions prises sous la forme de dérogation constitutionnelle. Autrement dit, de dérogation à dérogation, on déboucherait sur la suppression définitive et totale d'une Constitution des Etats membres, et donc de la souveraineté d'un Etat. Nous montrerons plus loin qu'un tel changement de Constitution n'autorise pas une telle « clandestinité » et exige bien un acte solennel, un acte constituant, qui doit prendre, en démocratie, la forme d'un référendum constituant. Ainsi, de même que la révision de la révision justifiait tout renversement de régime constitutionnel par la voie d'une simple modification de la procédure de révision (ex. loi du 10 juillet 1940), elle justifierait la compétence directe du législateur constitutionnel pour autoriser la formation de l'Union européenne. Or, une telle procédure a en outre une signification politique : non seulement, elle court-circuite le Conseil constitutionnel mais, plus grave encore à nos yeux, elle écarte la souveraineté populaire (référendum de l'article 89 pour la révision ou de l'article 11 pour la ratification des traités) au profit d'un Parlement, redevenu l'espace d'un moment souverain. On voit à cette occasion que la « révision de la révision » a pour objectif sinon avoué, du moins évident, la justification de la compétence exclusive du Parlement réuni en Congrès (assemblée de révision).

Pour ces motifs de dogmatique constitutionnelle, on peut donc conclure au caractère inadéquat de cette thèse de la procédure dérogatoire de la révision. La thèse du Conseil constitutionnel (Maastricht 2) en faveur d'un pouvoir absolu du législateur constitutionnel, que nous allons maintenant étudier, ne nous paraît pas plus fondée.

B/La critique de la jurisprudence constitutionnelle Maastricht 2

La question essentielle posée par cette révision constitutionnelle était de savoir si la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 pouvait autoriser une aliénation (partielle ou totale) de la souveraineté de l'Etat (justifier une atteinte aux conditions d'exercice de la souveraineté nationale). Cette loi constitutionnelle a pour particularité d'être formellement une loi constitutionnelle - elle a « valeur » constitutionnelle - mais d'être matériellement - au fond - la reprise de certaines dispositions du Traité jugées inconstitutionnelles. Nous avons vu que, en dépit de l'article 54 nouveau qui implique de contrôler si le traité ne contient pas une clause contraire à la constitution, la saisine a ici conduit le Conseil constitutionnel à examiner si la loi constitutionnelle du 22 juin n'était pas au fond contraire à la Constitution. Pour la première fois, et quasi involontairement, le Conseil constitutionnel a donc dû vérifier la constitutionnalité d'une loi constitutionnelle !

Sur le fond, il admet la constitutionnalité de cette série de dispositions dont il avait précédemment dit (décision Maastricht 1) qu'elles portaient atteinte à la souveraineté de l'Etat français. Mais on peut se demander par quel miracle une simple révision aurait, à elle seule, le pouvoir de rendre constitutionnelle (conforme à la Constitution) l'atteinte à la souveraineté de l'Etat jugée auparavant inconstitutionnelle. Le prodige de la décision Maastricht 2 est de légaliser la transformation d'une série de dispositions naguère inconstitutionnelles (Maastricht 1) en une série de dispositions désormais constitutionnelles, de légaliser donc ce qu'on considérait auparavant comme une « atteinte à la souveraineté » ! Une telle décision juridictionnelle illustre donc la conception formelle classique selon laquelle l'inconstitutionnalité d'une loi ordinaire peut toujours être surmontée par son inscription dans la norme constitutionnelle, norme supérieure et incontestable. Autrement dit, conformément à la vision formelle de la Constitution, n'importe quelle matière peut devenir constitutionnelle par le seul effet de sa conversion en la forme de révision constitutionnelle. En l'espèce, la « forme de la révision » constitutionnelle suffit à justifier le processus d'une délégation élargie de compétences à l'Union européenne et, par conséquent, la perte (partielle ou totale) de la souveraineté d'un Etat. Mais selon nous, le juge n'a pas tiré partie de sa décision antérieure (Maastricht 1) qui aurait dû le conduire à une autre argumentation.

D'abord, la décision Maastricht 2 souffre d'une grave contradiction interne en ce que le juge énonce dans les motifs de sa décision une souveraineté du pouvoir de révision qui se manifeste par la libre faculté d'abroger les normes constitutionnelles(37). Contrairement à ce que prétendent la plupart des commentateurs de cette décision capitale pour notre sujet(38), l'important dans cette décision ne réside pas dans l'affirmation d'une prétendue « souveraineté » du pouvoir de révision et de son corollaire, la liberté d'abrogation, mais dans l'exception que le juge admet à ce principe de la liberté d'abrogation : ce pouvoir du législateur constitutionnel est souverain « sous réserve, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours, desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie qui résultent des articles 7, 16 et 89, alinéa 4, du texte constitutionnel, et, d'autre part, du respect des prescriptions du cinquième alinéa en vertu desquelles la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision ». Par conséquent, à la question décisive - véritable question de souveraineté - de savoir si l'acte de révision peut abroger l'acte constituant, le Conseil constitutionnel répond par la négative. En ouvrant des exceptions à cette prétendue souveraineté du législateur constitutionnel (« ... sous réserve de... »), en lui fixant donc des conditions et des limites, non seulement circonstancielles (art. 7, 16, etc.) mais surtout matérielles (la fameuse garantie de la « forme républicaine du gouvernement » de l'article 89) le juge admet nécessairement que l'acte de révision doit respecter l'acte constituant du peuple, les dispositions fondamentales de la Constitution de la Ve République. Autrement dit, il reconnaît et garantit une hiérarchie matérielle entre l'acte constituant et l'acte de révision. Ainsi, si le juge accorde la liberté d'abrogation au pouvoir de révision, celle-ci vaut uniquement pour les « lois constitutionnelles », certainement pas pour l'acte constituant.

Mais le juge ne tire pas cette conséquence en raison d'une qualification erronée de la souveraineté. Le fait d'imposer des limites matérielles au pouvoir de révision est une négation de la souveraineté que le juge voudrait lui reconnaître, car l'on sait qu'une souveraineté limitée (ou non absolue) ou hétérolimitée n'est plus une souveraineté, mais une pseudo-souveraineté. Le vocabulaire utilisé par le juge est donc trompeur : la loi constitutionnelle de révision n'exprime ni un « pouvoir constituant » ni un pouvoir « souverain », mais bien plutôt un pouvoir constitué, le pouvoir de révision qui est un pouvoir non souverain. Le juge confond ici le pouvoir souverain avec le pouvoir discrétionnaire, qui sont pourtant deux choses distinctes. On peut disposer d'un pouvoir discrétionnaire sans avoir un pouvoir souverain (mais l'inverse n'est pas vrai) car le pouvoir discrétionnaire agit dans le cadre légal, à l'intérieur de normes qui lui autorisent un large pouvoir d'appréciation. En d'autres termes., le pouvoir de révision constitutionnelle n'est pas un pouvoir absolu ou souverain, mais seulement un pouvoir discrétionnaire dans le cercle de ses compétences. En l'occurrence, ce pouvoir discrétionnaire se manifeste d'abord par la capacité du pouvoir de révision de prévoir dans sa loi une dérogation qui peut être « aussi bien expresse qu'implicite ». Dès lors, il peut implicitement déroger aux dispositions expresses et normales de la Constitution relative à la compétence du législateur (art. 3 et 34). En admettant l'existence de révisions

constitutionnelles implicites, le juge méconnaît ainsi la tendance actuelle à n'accepter dans les démocraties constitutionnelles que des révisions expresses (art. 79, al. 1, Loi fondamentale de Bonn). Ce pouvoir discrétionnaire du législateur constitutionnel s'exprime aussi par la faculté d'introduire « 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 », ou bien « de choisir d'ajouter à la Constitution une disposition nouvelle, plutôt que d'en apporter des modifications ou des compléments à ses articles ». Ainsi, la « forme » de la loi constitutionnelle est indifférente à sa validité. Le pouvoir de révision peut très constitutionnellement prévoir des articles spéciaux qui se surajoutent au texte existant (loi du 22 juin) ou bien, comme en Allemagne, modifier expressément les dispositions révisées.

On avouera volontiers que la marge d'appréciation qui réside dans la faculté de choisir, pour la forme de la loi de la révision, entre, d'un côté, un article ou des articles spéciaux et, de l'autre, la modification expresse de chaque article modifié (ou encore entre une dérogation expresse et une dérogation tacite) n'est pas un pouvoir d'une grande intensité juridique ! Il n'a en tout cas pas grand-chose à voir avec la prétendue souveraineté ici alléguée. A la décharge du juge, on notera que sa théorie du pouvoir discrétionnaire du législateur constitutionnel a été élaborée en réponse à l'argumentation formaliste des requérants selon laquelle le législateur constitutionnel avait eu tort de prévoir un titre spécial pour autoriser la ratification au lieu d'inscrire la modification ou la dérogation des dispositions au sein des articles modifiés.

En outre - seconde critique encore plus importante - , le Conseil constitutionnel n'est pas cohérent avec sa jurisprudence antérieure, notamment avec sa décision Maastricht 1. Ayant admis, d'une part, l'existence de limites matérielles du pouvoir de révision (Maastricht 2) et, d'autre part, l'existence d'un principe de souveraineté (Maastricht 1), le Conseil constitutionnel aurait dû vérifier si, en l'espèce, la loi constitutionnelle - qu'il contrôlait sous couvert de vérifier la compatibilité du Traité - violait ou non les limites matérielles contenues dans la Constitution. En d'autres termes, il aurait dû se poser la question centrale de la compatibilité de la loi du 25 juin 1992 avec le principe « constitutionnel » de la souveraineté nationale. Cela supposait une double interrogation. La première, capitale, porte sur le contenu de la limitation matérielle, c'est-à-dire la question de savoir si la limitation imposée par l'article 89 (visée dans sa décision) n'impliquait pas une autre limitation tirée cette fois du principe de souveraineté de l'Etat et qui s'imposerait au législateur constitutionnel. En outre - seconde interrogation nécessaire - , le juge aurait dû étudier en particulier la compatibilité sur le fond (d'un point de vue matériel) de l'article 88-2 avec l'article 89. Mais il se contente de noter que « les dispositions précitées de l'article 88-2 ont pour effet de lever les obstacles d'ordre constitutionnel à l'intégration de la France au sein de l'union économique et monétaire instituées par le traité ». Ainsi, il a refusé de vérifier si, en raison de l'étendue de la délégation qu'il autorisait, l'article 88-2 était compatible matériellement avec le principe de souveraineté. Il a donc éludé la grande et belle question constitutionnelle qui se posait ici. Pour ce faire, il s'est réfugié (maladroitement, v. supra) derrière le pouvoir discrétionnaire d'abrogation du législateur constitutionnel. Mais surtout, il a affirmé péremptoirement l'égalité de valeur juridique entre la révision constitutionnelle et la souveraineté nationale sans s'arrêter sur ce point qui est de loin le plus épineux et le plus important. Il a donc implicitement mais nécessairement mis sur le même plan juridique l'article 88-2 et l'article 89 de la Constitution. Selon un tel raisonnement, la souveraineté nationale, c'est-à-dire non seulement la souveraineté constituante du peuple, mais aussi la souveraineté de l'Etat, n'a pas plus de valeur juridique que n'importe quelle disposition constitutionnelle édictée en « la forme de la révision » ! La nature systématique et fondatrice de la souveraineté devrait donc s'effacer devant n'importe quel article voté par le législateur constitutionnel. On reconnaît là la conception purement formelle de la Constitution et aussi ses limites qui tiennent à ce que la Constitution devient le produit purement arbitraire d'un « législateur constitutionnel » qui n'est pas le souverain.

Pas moins importante est la signification politico-juridique d'une telle décision qu'on a entr'aperçue plus haut. Elle rend la souveraineté de l'Etat et du peuple à la merci d'un simple vote de parlementaires réunis en Congrès. Ce qui revient à affirmer que le Parlement réuni en formation de révision redevient le souverain car lui seul est capable d'engager le destin politique de l'Etat. Il n'est pas besoin de souligner à quel point cette conséquence est contraire aux dispositions de la Constitution française qui réserve la souveraineté, jusqu'à plus ample information, au peuple, et non pas aux magistrats constitutionnels. L'idée d'inaliénabilité du pouvoir constituant (v. supra, I) s'oppose à une telle délégation de pouvoir.

Pour résumer, la décision Maastricht 2 est critiquable non seulement pour la conception formelle du droit constitutionnel qu'elle implique, mais aussi par le fait qu'elle est en totale contradiction avec la décision Maastricht 1. Dans celle-ci, le juge a exigé la sauvegarde des « compétences » engageant l'exercice de la souveraineté et s'est donc fait le protecteur de la souveraineté nationale, au double sens de la souveraineté constituante et de la souveraineté de l'Etat. Mais alors que, sur la base de cette prémisse qu'il a lui-même fixée, il aurait dû logiquement faire de cette « souveraineté nationale

» un élément de limitation matérielle du pouvoir de révision constitutionnelle, le juge n'est pas allé jusqu'au bout de son raisonnement dans sa décision Maastricht 2. Il n'a pas en effet examiné le problème de la compatibilité matérielle entre la loi de révision et la Constitution. Il s'est arrêté au raisonnement des professeurs de droit français dans leur consultation de 1954 en admettant la constitutionnalité d'une loi de révision « régularisant » les atteintes à la souveraineté. Bref, il a mis la souveraineté à la merci d'une simple révision constitutionnelle. Nous allons montrer, pour achever la démonstration, que seul le pouvoir constituant du peuple peut remettre en cause la souveraineté.

III. La ratification d'un traité matériellement constitutionnel requiert un acte constituant

Il va de soi pour les juristes défendant l'inconstitutionnalité d'un traité sur une Union européenne, qu'« un Etat souverain qui, à un moment donné, renonce à un élément essentiel du statut d'Etat souverain [...], change [...] de Constitution »(39). D'un point de vue juridique, le problème se pose alors sous la forme suivante : qui peut autoriser la ratification d'un tel traité matériellement constitutionnel (donc inconstitutionnel) ? C'est une question de compétence. On a vu que la thèse dominante, celle des professeurs sous la XIV^e République et celle du Conseil constitutionnel, revient à défendre qu'un transfert de souveraineté à une organisation supranationale peut être effectué par un simple traité grâce à l'habilitation d'une loi de révision constitutionnelle. Selon nous, cette thèse est erronée non seulement à cause de ses contradictions internes (v. supra II), mais surtout à cause de sa méconnaissance de l'importance du Traité de Maastricht dont la ratification dépasse les compétences d'un simple pouvoir de révision.

A/La distinction matérielle des traités

Le Traité de Maastricht effectue un transfert de souveraineté qui a pour effet un changement des Constitutions internes des Etats membres, et non pas une simple révision de la Constitution. Une telle démonstration suppose d'adopter une conception matérielle des traités.

Si, au regard de la procédure suivie pour sa conclusion, le Traité de Maastricht a un caractère formellement tout à fait classique, son caractère atypique apparaît quand on l'observe du point de vue de son contenu qui est matériellement constitutionnel. Cette dissociation entre la procédure formelle et le contenu matériel(40) revient donc à admettre que l'on peut distinguer matériellement les traités en général, et celui de Maastricht en particulier. C'est ce qu'avaient fait les professeurs de droit dans leur consultation juridique sur le traité de la CED dans laquelle ils fondaient leur argumentation sur l'idée « qu'il y a deux sortes de traités qu'il est indispensable de distinguer » : les uns limiteraient la souveraineté et seraient donc conformes à la Constitution, les autres la transfèreraient et seraient donc contraires à la Constitution, c'est-à-dire exigeant une révision constitutionnelle. Il se fondaient donc sur une distinction matérielle des traités dont le principe est le suivant :

« D'une part les Etats 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 Etat 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'Etat, mais ne modifient pas sa structure. L'Etat 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'Etat 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(41). »

En d'autres termes, les traités varient suivant leur objet, selon qu'ils portent atteinte ou non à la souveraineté, selon qu'ils « limitent » ou « transfèrent » la souveraineté. C'est une telle distinction matérielle que contestent les partisans d'une conception formelle du droit et des traités internationaux. Selon ces derniers, la passation des traités est l'expression même de la souveraineté, mais surtout, la distinction entre les limitations de compétence et les transferts de compétence est un « sophisme »(42). D'abord, tous les traités sans exception portent atteinte à la souveraineté. « Le plus anodin des traités (fût-ce une convention postale) limite les pouvoirs du gouvernement ou du législateur ». En outre, la distinction entre limitation et transfert serait impossible à tracer car on ne peut pas « donner une définition précise des attributs essentiels de la souveraineté »(43). On retrouve donc ici les objections classiques que fait la doctrine formelle et positiviste à toute velléité de définition matérielle des notions juridiques. Pour départager entre limitation et transfert de compétence, elle refuse l'idée même d'un critère comme celui de la « compétence de la compétence »(44) car elle rejette même l'idée de la souveraineté comme critère de l'Etat.

Le débat sur Maastricht a posé le problème dans les mêmes termes. L'inconstitutionnalité de certaines dispositions du Traité sur l'Union européenne repose nécessairement sur une distinction entre la règle constitutionnelle à laquelle un

simple traité ne peut pas déroger et celle à laquelle il peut déroger. Or cette distinction implique d'adopter un critère d'ordre matériel pour étudier les traités. Or, c'est ce raisonnement qu'a implicitement effectué le juge dans sa décision Maastricht 1. Il a posé le principe de la compatibilité entre la participation des Etats membres à l'organisation internationale permanente et la souveraineté nationale(45), mais il l'a immédiatement assorti d'une exception qui en limite la portée : « [...] 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. »

Le juge a donc fait droit à une distinction matérielle entre les traités que la doctrine constitutionnelle avait établie dans sa consultation de 1954 et qu'elle a reprise lors du débat sur Maastricht. Ainsi, lors du colloque sur « la constitution et l'Europe », Jean Boulouis a rappelé que les « traités portant organisation internationale ne sont que formellement des traités ; matériellement, ce sont des Constitutions [...] et par conséquent sont davantage soumis à une vision constitutionnelle qu'à une vision internationaliste »(46). Il y aurait donc une différence matérielle entre la catégorie de ces traités « institutifs » ou d'« organisation » par opposition aux autres traités. Même si cette opinion est très minoritaire chez les internationalistes, on peut néanmoins s'appuyer sur elle pour raisonner a fortiori. Si les engagements portant organisation internationale contiennent « un germe de Constitution »(47), cela doit être encore plus vrai pour le Traité de Maastricht qui est un « engagement communautaire »(48) dont la vocation est, selon le Préambule, d'aboutir à une « Europe unie ».

B/La souveraineté, élément intangible de la Constitution

Si le Traité de Maastricht vaut matériellement comme un changement de Constitution, et non pas comme une simple modification (révision) de la Constitution, alors seul un acte du pouvoir constituant, et non pas un pouvoir de révision, peut autoriser sa ratification. Cette thèse ne fait que déplacer l'opinion juridique défendue par les constitutionnalistes français en 1954. A l'époque, ils écrivaient à propos de la CED : « Un Etat souverain qui, à un moment donné, renonce à un élément essentiel du statut d'Etat souverain, ne change-t-il pas de Constitution ? Il se transforme en une collectivité différente, appartenant à un autre type. Les juristes ont toujours admis ces idées comme allant de soi(49) ». Et ils en tiraient la conclusion d'après laquelle seul le pouvoir de révision et plus particulièrement le pouvoir de révision populaire était compétent pour autoriser une telle aliénation de souveraineté, en défendant la thèse de la « sanction souveraine du référendum populaire »(50). Nous ne faisons que requalifier ce « pouvoir de révision » en véritable pouvoir constituant.

Toutefois, la substitution du pouvoir constituant au pouvoir de révision n'a de sens que par rapport à la théorie de la limitation matérielle de la révision qui, comme on l'a vu plus haut, s'applique uniquement aux traités portant atteinte à la souveraineté de l'Etat et modifiant fondamentalement la Constitution. Dans ce dernier cas, qui est celui de Maastricht, les réserves de souveraineté ne peuvent être levées par le pouvoir de révision constitutionnelle, mais seulement par le pouvoir constituant car seul un acte de souveraineté peut ici défaire un autre acte constituant. Si la loi constitutionnelle de révision est impuissante à lever l'obstacle de la souveraineté nationale, c'est par ce que celle-ci doit être interprétée comme faisant partie des dispositions intangibles de la Constitution française. La souveraineté de l'Etat (impliquée par la souveraineté nationale) constitue une limitation autonome et tacite tirée de l'interprétation raisonnable et systématique de la Constitution. Telle est la démonstration que le juge n'a pas faite et qu'il convient ici d'effectuer.

On a vu plus haut que les réserves de souveraineté font partie des limitations matérielles qui imposent la loi de révision constitutionnelle. Parmi ces réserves figurent non seulement la souveraineté nationale, mais aussi la souveraineté de l'Etat (puissance publique) qui est sa précondition. La souveraineté de l'Etat fait donc partie des réserves de souveraineté, et elle est donc un élément intangible de la Constitution française (mais aussi belge, allemande, etc.) et, en tant que tel, protégée contre une révision. Cette qualification juridique de la souveraineté est le plus souvent méconnue car la signification étatique de la « souveraineté nationale » est occultée par les textes constitutionnels. La Constitution française de 1958, par exemple, ne mentionne pas du tout la puissance publique une et indivisible de l'Etat. Pourtant, elle est naturellement la Constitution de l'Etat français, dont la forme gouvernementale est la République. Cette « République » n'est plus la res publica au sens des Anciens, et de Bodin, mais elle est une forme de gouvernement (d'organisation constitutionnelle de l'Etat) qui s'oppose à la monarchie ou à la dictature, mais qui, d'abord et avant tout, présuppose un Etat et donc une souveraineté (puissance publique). Peu importe si, pour des raisons purement politiques, les acteurs politiques veulent séparer le bon grain (la République) de l'ivraie (l'Etat). En droit constitutionnel, la République est d'abord logiquement un Etat avant d'être l'Etat républicain. C'est par métonymie qu'on appelle souvent République ce qu'en droit on devrait appeler l'Etat. Une fois éliminé ce subterfuge de la substitution de la République à l'Etat, on peut découvrir dans le texte constitutionnel l'idée de la souveraineté de l'Etat comme puissance publique (cette face cachée de la souveraineté nationale). Il suffit pour cela de relever plusieurs articles où figure le mot de « République

». On peut lire dans la Constitution de 1958 que « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale » (art. 2 al. 1) ou que « la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne [...] » (art. 88-1). Dans ces cas-là, la République signifie tout simplement l'Etat français.

Cette thèse selon laquelle la souveraineté de l'Etat (ou ce « fait-d'être-un-Etat » - *Staatlichkeit*) conditionne l'existence de la constitution a pour conséquence juridique décisive de l'inclure dans les décisions essentielles (intangibles) prises par le pouvoir constituant. A cet égard, on peut parfaitement transposer à la France ce que Dietrich Murswiek écrit de la République fédérale d'Allemagne :

« La nature étatique (*Staatlichkeit*) de la RFA comme sujet de droit international est [...] la base de la Loi fondamentale. Elle ne saurait être affectée par la création de la Loi fondamentale, qui au contraire la protège et en même temps lui donne sa forme. Si l'article 20, alinéa 1, de la Loi fondamentale décrit la RFA comme un Etat démocratique et social, il exprime par cette détermination de la structure de l'Etat, non seulement la forme de gouvernement de la démocratie, de la République et de l'Etat fédéral, mais aussi l'auto-reconnaissance (*Selbstverständnis*) de la RFA comme Etat. La nature étatique et souveraine de la RFA peut, selon l'intention du constituant, ne pas avoir été posée comme allant de soi. Pourtant, dès lors que la Loi fondamentale part de cette nature étatique et repose sur elle, celle-ci doit être prise en compte comme l'un des éléments déterminants de la structure constitutionnelle de l'article 20, alinéa 1(51). »

Certes, l'article 89 selon lequel « la forme républicaine du gouvernement ne doit faire l'objet d'une révision » ne vise que la République au sens restreint de forme de gouvernement. Il ne vise pas l'Etat. Mais si cet article fixe une limitation autonome expresse pour ce qui concerne la forme de gouvernement, il découle de son interprétation et de celle de l'ensemble de la Constitution que le domaine de la limitation matérielle de la révision inclut aussi la souveraineté de l'Etat. D'abord parce que la « République » présuppose l'Etat, tout comme la souveraineté nationale présuppose la souveraineté de l'Etat (V. supra I), et ensuite parce que si le peuple français déclare vouloir, dans une série de dispositions constitutionnelles, une République « une et indivisible », « laïque », il prend une décision constituante fondamentale en faveur d'un Etat, d'une « nature d'Etat » ou de la « puissance publique ». Une telle décision est aussi fondamentale que la décision de se constituer en forme de gouvernement républicaine. Dès lors cette décision fait partie des éléments fondamentaux, donc intangibles, de la Constitution française. Elle fait partie de l'identité de la Constitution que la théorie des limitations matérielles vise à protéger. Elle est une limitation matérielle tacite valable pour toute Constitution. Par conséquent, s'applique la règle selon laquelle seul le pouvoir constituant, et jamais le pouvoir de révision constitutionnelle, peut porter atteinte à la « nature étatique ».

Cette thèse a pour autre effet juridique la reconnaissance d'une supériorité de certaines dispositions constitutionnelles sur d'autres. Parce que l'article 89 est l'expression de la souveraineté nationale, au même titre que le Préambule ou l'article 3 de la Constitution de 1958, il s'impose aux dispositions qui lui sont contraires comme celles de l'article 88 et du titre XIV. De même, dans la Loi fondamentale allemande, on fera prévaloir l'article 79 sur la limitation matérielle par rapport à l'article 23 nouveau. Dans les deux cas, cette large habilitation octroyée par le législateur constitutionnel au pouvoir exécutif pour construire l'Union européenne viole le principe de limitation matérielle de la révision constitutionnelle.

C/ L'exigence d'un référendum constituant

Si la limitation matérielle du pouvoir de révision vaut pour une loi constitutionnelle portant ratification d'un traité matériellement constitutionnel, elle ne vaut plus pour un acte constituant qui est le seul en mesure d'abolir ici la souveraineté de l'Etat. En d'autres termes, seul un acte constituant peut lever l'obstacle de l'inconstitutionnalité d'un traité matériellement constitutionnel et peut donc ignorer les limites fixées par l'article 89 (France) ou par l'article 79 (Allemagne)(52). Le changement de statut que constitue ce passage de l'Etat (unitaire ou fédéral) à l'Etat membre de l'Union européenne (quelle que soit pour l'instant sa désignation), requiert un acte solennel, un acte fondamental au sens plein du terme, et non pas n'importe quelle révision constitutionnelle dont le peuple pourrait être exclu au bon gré des gouvernants. Cet acte solennel et politiquement vital est un acte constituant, un acte de souveraineté. Il doit être pris à un moment donné ou à un autre, entre « le début et la fin », du processus dévolutif de compétences car sinon, si l'on attend que le processus de transfert s'accomplisse jusqu'au bout, « le pouvoir constituant du peuple aura perdu son objet bien avant que la décision constituante n'ait été prise »(53). L'appel au pouvoir constituant est donc bien le seul moyen de respecter la souveraineté du peuple.

Encore une fois, cette différence de qualification juridique de l'acte en cause est capitale d'un double point de vue pratique et théorique. Pratiquement, cela implique que le souverain constituant n'étant autre que le peuple seul peut

ratifier le Traité de Maastricht. Sa ratification doit emprunter, en démocratie, la forme d'un référendum constituant. La qualification constituante légitime donc la compétence du peuple au détriment de celle du Parlement ou du Congrès comme instance de révision. Le pouvoir exécutif, celui qui négocie et ratifie les traités, ce pouvoir fédératif au sens de Locke, n'est pas compétent pour engager la souveraineté de l'Etat. Le Parlement en législateur ordinaire ou en législateur extraordinaire (pouvoir de révision) n'est pas davantage compétent pour ratifier un tel traité. Ce sont des simples magistrats constitutionnels. Seul le souverain peut juridiquement exercer la prérogative de déléguer de tels droits de puissance publique à une instance supra-nationale, c'est-à-dire d'aliéner sa souveraineté en faveur d'une Fédération. Or, ce souverain est en démocratie le peuple, et lui seul. La compétence du peuple constituant ne peut se justifier que si l'on met en avant la thèse de la souveraineté constituante. A cet égard, le débat juridique consistant à hiérarchiser les deux procédures prévues par l'article 89 au profit du référendum populaire et au détriment de la ratification parlementaire est exactement le même débat qui a opposé jadis, en 1962, les tenants de légitimité populaire (art. 11) à ceux de la légitimité parlementaire (art. 89)(54). Concrètement, cela aboutit à modifier le jugement sur la nature juridique du référendum français du 21 septembre 1992 sur le Traité de Maastricht. Selon nous, ce référendum est un référendum constituant, un acte constituant, et non pas, comme on l'admet généralement, un référendum législatif (autorisant la ratification d'un traité). Dès lors, si le juge a dû se déclarer incompétent dans sa décision Maastricht 3, ce n'est pas à cause de la qualité de l'auteur de l'acte - le peuple - mais à cause de l'objet de l'acte qui était constituant. Comme pour le référendum de 1962, seule la distinction d'ordre matériel entre les types de référendum permet d'éclairer le problème de la compétence du juge. Elle justifie la nécessité de distinguer entre pouvoir constituant et pouvoir constitué.

On objectera que le cas français, avec le cas danois, invalide la thèse ici défendue puisque le peuple français a autorisé la ratification du Traité de Maastricht par le référendum du 21 septembre 1992. Mais d'abord si le peuple français a été consulté par le président de la République sur la base de l'article 11, c'est uniquement par hasard, pour des raisons de tactique politique, et certainement pas pour des raisons de doctrine juridique ou démocratique. S'il n'y avait pas eu le veto danois, le président se serait contenté de la voie initialement prévue de la révision constitutionnelle parlementaire (art. 89) et aurait donc écarté le peuple du processus de ratification. Ensuite, le peuple n'a pas été saisi en vertu de l'article 89 comme il aurait dû l'être pour ratifier la révision constitutionnelle, mais uniquement pour ratifier la loi ordinaire de ratification du traité (art. 11).

(...)

LA FORME RÉPUBLICAINE DE GOUVERNEMENT, NORME SUPRACONSTITUTIONNELLE ?

par Olivier JOUANJAN
Professeur à l'Université de Bourgogne

La forme républicaine de gouvernement, norme supraconstitutionnelle ? La question peut paraître scabreuse, voire oiseuse (1). Souvenons-nous de l'avertissement très net lancé par Carré de Malberg : « Pour le juriste, il n'y a pas à rechercher de principes constitutionnels en dehors des Constitutions positives (...) Au-delà de la Constitution, il ne subsiste plus que du fait » (2).

Elle pourrait l'être d'autant plus qu'il s'agit précisément, pour nous, d'examiner un ensemble de problèmes liés à l'art. 89 al. 5 de la Constitution de 1958, qui dispose : « La forme républicaine de gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision ». Cette règle a été introduite, comme l'on sait, dans notre droit constitutionnel par la révision du 14 août 1884 (3), reprise à l'identique par l'art. 95 de la Constitution du 27 octobre 1946 (4). Notre problème est donc engendré par une disposition formellement constitutionnelle, et l'on peut dès lors très logiquement se demander ce que la supraconstitutionnalité apporte à cette affaire.

Pourtant l'on sait combien la valeur et la portée de cette disposition a été contestée par la doctrine. Dès la Troisième République, l'opinion doctrinale majoritaire ne voit dans cette disposition qu'« un acte de foi nécessairement

1. Depuis le moment où nous avons présenté cet exposé, le thème de la supra-constitutionnalité a envahi le discours du droit public français. Les arguments évoqués dans ce débat ne nous ont pas amené à changer la thèse fondamentale soutenue ici (l'alinéa 5 de l'article 89 de la Constitution n'est pas une norme « supra-constitutionnelle », mais une *norme constitutionnelle de limitation du pouvoir de révision*). Nous ne traitons cependant ici qu'une seule partie, la moins brûlante assurément, de la thématique de la supra-constitutionnalité : la forme républicaine de gouvernement. On a eu cependant tendance à confondre dans un même débat des choses essentiellement différentes : l'éventuel droit *naturel* supra-constitutionnel, la question de la supra-constitutionnalité du droit communautaire *positif* et enfin la forme républicaine de gouvernement et la question de la souveraineté qui, comme nous essaierons de le montrer, se rattachent entre elles en même temps qu'elles se distinguent des autres aspects évoqués en ce sens qu'elles ne peuvent être construites sur le mode de la supra-constitutionnalité, mais sur le terrain de la *constitutionnalité*. Nous constatons également que, de manière parfaitement indépendante de notre propre démarche et s'agissant plus précisément de la question de la souveraineté, Olivier Beaud soutient des thèses assez proches des nôtres. Le texte de la communication a été en conséquence mis à jour pour la présente publication (avril 1994).

2. *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 2, 1922, rééd. CNRS, 1962, p. 499 et s.

dépourvu de sanction et qu'on ne saurait légitimement opposer à la volonté nationale si elle venait à mettre en cause la forme du gouvernement. » (1) - ainsi Georges Burdeau en 1930. « On commentait d'ailleurs, écrivaient Barthélémy et Duez dans leur *Traité de droit constitutionnel* de 1933, une erreur profonde si on soumettait à une analyse et à une appréciation strictement juridique un texte qui a surtout une valeur politique », avant de qualifier ce texte de « barrière de papier » (2).

Cette thèse de la valeur exclusivement politique d'une telle disposition est aujourd'hui encore largement répandue dans les manuels. Elle est également rappelée par le commentateur de l'art. 89, M. Gaxie, dans le recueil dirigé par MM. Luchaire et Conac : « cette disposition quelque peu surannée » n'aurait qu'une valeur politique « étayée par la force symbolique du droit » (3).

Son fondement, c'est celui de la souveraineté du constituant. L'opinion commune a été dans une large part fixée par Julien Laferrère : « Au point de vue juridique, le procédé qui consiste à décréter l'immuabilité d'une partie de la constitution est sans valeur. Le pouvoir constituant qui s'exerce à un moment donné n'est pas supérieur au pouvoir constituant qui s'exercera dans l'avenir et ne peut prétendre à le restreindre, fût-ce sur un point déterminé. Des dispositions de ce genre sont de simples vœux, des manifestations politiques, mais n'ont aucune valeur juridique, aucune force obligatoire pour les constituants futurs » (4). C'est cette plénitude permanente du pouvoir constituant qui amène de la même manière Georges Burdeau à écrire de la valeur juridique du dernier alinéa de l'art. 89 qu'elle « est nulle, car le pouvoir constituant d'un jour n'a aucun titre à limiter le pouvoir constituant de l'avenir » (5). On ne peut sans doute être plus net que M. Gicquel : « A l'image de la souveraineté, qu'il exprime, (le pouvoir constituant) ne saurait être bridé » (6).

On remarquera tout d'abord que parmi les autorités les plus volontiers citées au soutien de cette thèse, on trouve M. le doyen Vedel qui écrivait dans son manuel de 1949, à propos de l'art. 95 de la Constitution de 1946 : « Cette interdiction a une valeur politique non juridique. En effet, du point de vue juridique une déclaration d'immutabilité constitutionnelle absolue n'est pas concevable. Le pouvoir constituant étant le pouvoir suprême de l'État ne peut être lié, même par lui-même ». Mais l'éminent auteur ajoutait cette remarque : « A moins que (nous soulignons) l'interdiction ne fasse que confirmer une règle non écrite, supra-constitutionnelle à laquelle elle se rattache. Quant à savoir si de telles règles supra-constitutionnelles s'imposent au constituant lui-même existent, soit qu'elles résultent du droit naturel, soit qu'elles résultent de la coutume, c'est une

question qui ne saurait être abordée ici » (1). C'est cette réserve - même si l'est clair désormais que le Doyen Vedel rejette vigoureusement cette « mystérieuse supra-constitutionnalité » (2) - qui a inspiré directement le titre de l'exposé, c'est-à-dire l'introduction de l'idée de supra-constitutionnalité, mais aussi, il faut y insister, le point d'interrogation. On peut formuler le problème de la manière suivante : est-il nécessaire de faire appel à la supraconstitutionnalité pour reconnaître la valeur juridique des limitations matérielles au pouvoir constituant (dérivé) (3) ?

Or, à cette question, il semble que le Conseil constitutionnel a apporté désormais une réponse suffisamment nette dans sa décision du 2 septembre 1992, « *Maastricht II* » (4). Dans le considérant n° 19 de cette décision, le Conseil prend en effet la peine de définir l'étendue du pouvoir de révision : « Considérant que sous réserve, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16 et 89, alinéa 4, du texte constitutionnel et, d'autre part, du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles « la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision », le pouvoir constituant est souverain » (5). Nous reviendrons sur cette décision plus bas, mais on peut d'ores et déjà dire que, d'abord, la valeur juridique de l'alinéa 5 de l'art. 89 est affirmée, que cette valeur, ensuite, est tirée de la seule constitution à l'exclusion de toute référence à une quelconque supra-constitutionnalité, et que cette limitation, enfin, est déclarée n'être pas incompatible avec la souveraineté reconnue au pouvoir dit « constituant ». Cette limitation n'est donc pas transcendante à l'ordre constitutionnel (supra-constitutionnalité) mais elle lui est immanente (limitation constitutionnelle matérielle du pouvoir dit constituant).

Si en France la question de l'application de l'art. 89 al. 5 relève, aujourd'hui tout au moins, de l'hypothèse d'école, on doit cependant remarquer que la question des limitations au pouvoir de révision prend une tout autre ampleur dans d'autres systèmes constitutionnels. Certains textes constitutionnels ne déclarent, eux aussi, que l'intangibilité de la forme de gouvernement : ainsi de la Constitution italienne du 27 déc. 1947 (art. 139) (6), ou autrefois de la Constitution portugaise de 1911. M. Chantebout rappelle que la forme républicaine du gouvernement est également garantie dans de nombreuses constitutions africaines de pays francophones, tandis qu'au Maroc, c'est la forme monarchique de l'État et

1. G. Vedel, *Droit constitutionnel*, Sirey, 1949, p. 117.

2. G. Vedel, Schengen et Maastricht, *Rev. fr. dr. adm.* 1992, p. 179.

3. La question est posée dans les mêmes termes de supra-constitutionnalité par M. Turpin à propos de la question de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois de révision constitutionnelle est imaginable : « Sur le fond, on ne voit pas comment une disposition venant à modifier une autre (...) peut-être soumise à celle-ci, sauf à conférer à certaines parties de la Constitution (le préambule, la Déclaration de 1789 ?) une valeur supra-constitutionnelle » (*Contentieux constitutionnel*, PUF, Paris, 1986, p. 96).

4. Déc. n° 92-312 DC, Favoreu/Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7ème éd., 1993, p. 790.

5. Ces principes sont rappelés au cons. n° 34.

1. G. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, Thèse, Paris, 1930, p. 3 et s.

2. *Traité de droit constitutionnel*, 1933, rééd., Economica, 1985, p. 897.

3. Commentaire de l'art. 89, in Luchaire et Conac (dir.), *La Constitution de la République française*, 2ème éd., Economica, 1987, p. 1329.

4. J. Laferrère, *op. cit.*, p. 289.

5. *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 17ème éd., 1976, p. 90.

le statut de la religion islamique qui sont déclarés intangibles (1). D'autres systèmes y ajoutent, comme la Constitution Brésilienne de 1934, l'interdiction d'une révision touchant à la forme fédérale de l'État. On sait également que la Constitution des États-Unis interdit tout amendement qui priverait un État fédéré, sans son consentement, de son droit de vote égal au Sénat (art. 5 *in fine*). Et c'est aux États-Unis qu'a été, pour la première fois à notre connaissance, soulevé concrètement la question d'un contrôle juridictionnel du pouvoir d'amendement à la Constitution à propos du XVIII^{ème} amendement (*Prohibition*) du 29 janvier 1919. La décision rendue en 1920 par la Cour suprême dans l'affaire *Rhode Island v. Palmer* (2) laisse la question ouverte d'un contrôle au fond (3).

D'autres systèmes constitutionnels comportent cependant un attrait beaucoup plus étendu de limitations matérielles au pouvoir de révision, en ce que ces restrictions protègent non seulement la forme de gouvernement, et la forme de l'État (fédéral ou unitaire) mais surtout, dans des étendues variables, certains droits fondamentaux - à tout le moins dans leur principe - ainsi que l'existence d'une protection juridictionnelle de ces droits. On peut citer pour le passé les exemples de la Constitution égyptienne de 1923 (notamment : égalité et liberté) et de la Constitution grecque de 1927 dont l'art. 125 réservait, de façon fort imprécise, la révision aux « seules dispositions non fondamentales » (4). L'idée que les fondements mêmes de l'ordre constitutionnel échapperaient au pouvoir de révision est d'ailleurs ancienne, puisqu'on la retrouve explicitement au § 112 de la Constitution norvégienne du 17 mai 1814 : « Un tel amendement (à la Constitution) ne saurait en aucun cas contredire les principes de la présente Constitution. Elle ne peut que modifier certaines dispositions particulières qui n'altèrent pas l'esprit de la Constitution » (5).

Mais plusieurs Constitutions modernes possèdent un éventail important de limitations précises. C'est ainsi que la Loi fondamentale de Bonn de 1949 interdit, dans son art. 79 al. 3, toute révision affectant la division de la Fédération en *Länder*, le principe de la participation des *Länder* à la législation ainsi que les principes énoncés aux art. 1 et 20 de la Loi fondamentale. L'étendue de ces dernières restrictions a fait l'objet de controverses, mais elle s'étendit assurément à la dignité humaine (art. 1 al. 1), à l'existence d'un catalogue de droits fondamentaux garantis contre le législateur, l'administration et l'autorité judiciaire (art. 1 al. 3), à la forme républicaine du gouvernement ainsi qu'aux principes de l'État de droit, de l'État social et de la démocratie. Nous dirons tout à l'heure comment la Cour constitutionnelle fédérale interprète somme toute assez extensivement cette disposition, mais indiquons tout de suite qu'elle contrôle, au

regard de ces normes et non pas seulement des règles de procédure, l'exercice du pouvoir de révision (1).

L'art. 110 al. 1 de la Constitution grecque du 9 juin 1975 interdit la révision des dispositions constitutionnelles qui déterminent non seulement la forme mais aussi le « fondement » de la République parlementaire, ainsi que celles, entre autres, qui consacrent la valeur de la personne humaine, l'égalité des Hellènes devant la loi, le libre épanouissement de la personnalité, la liberté de conscience religieuse et la séparation des pouvoirs. On remarquera ici que ce ne sont pas des « principes », mais des dispositions constitutionnelles précises qui sont déclarées intangibles.

C'est sans doute la longue Constitution portugaise du 2 avril 1976 qui va le plus loin dans la restriction des objets de révision en dressant à l'art. 288 un liste de quatorze principes qui doivent être respectés par les lois de révision constitutionnelle. Outre la forme républicaine du gouvernement, ce sont, entre autres, l'unité de l'État, la démocratie pluraliste, la séparation des pouvoirs, les « droits, les libertés et les garanties des citoyens », l'autonomie des collectivités locales, l'indépendance des tribunaux, la séparation de l'Église et de l'État mais aussi une série de droits et principes économiques et sociaux (économie mixte, planification, droits des travailleurs et des syndicats) et enfin le contrôle de constitutionnalité des normes juridiques (2).

Nous voudrions ici montrer tout d'abord que pour fonder la validité juridique de la limitation au pouvoir de révision affirmée à l'alinéa 5 de l'art. 89 de la Constitution, il n'est pas besoin ni possible de faire appel à un prétendu principe « supra-constitutionnel » (I). Nous essaierons ensuite de la fonder dans la Constitution elle-même, ce qui suppose de distinguer le pouvoir de révision du pouvoir constituant (II).

I - LE RECOURS À L'IDÉE DE SUPRACONSTITUTIONNALITÉ

Bien sûr pour le positivisme, un tel mode de raisonnement, un recours à la supraconstitutionnalité, possède quelque chose d'étrange, la constitution étant sinon l'oméga, du moins l'alpha d'un système juridique. Sauf à *supposer*, avec

1. On trouve également de telle limitation dans quelques constitutions de *Länder*. Ainsi : Constitution bavaroise du 2 déc. 1946, art. 75 al. 1 (interdiction des propositions de révision qui contredisent les fondements démocratiques de la Constitution), Constitution de Basse-Saxe du 13 avril 1951, art. 37 (interdiction de toute révision portant atteinte aux principes de la République, de l'État de droit, de l'État social, de la démocratie et de la séparation des pouvoirs), Constitution de Rhénanie-Palatinat du 18 mai 1947, art. 129 al. 2 (protection du « droit naturel » au libre développement de la personnalité humaine, des principes de l'État démocratique et social, et de la souveraineté populaire). Il faut cependant ajouter que l'art. 28 al. 1 de la Loi fondamentale, de la constitution fédérale garantit la conformité de l'ordre constitutionnel des *Länder* aux principes de la République, de la démocratie et de l'État de droit social au sens que ces principes ont reçu dans l'ordre fédéral.

2. La doctrine admet la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité des lois de révision. Voir : J.J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. 2, 2^{ème} éd., Coimbra, 1985, p. 471 et n. 503 et s. La seule difficulté tient à l'éventualité d'un

1. Chantebout, *Droit constitutionnel et science politique*, Paris, A. Colin, 10^{ème} éd., 1991, p. 44.

2. 253 U.S. 350, 40 S. Ct. 486.

3. Sur cette affaire : Ed. Lambert, *Le gouvernement des juges*, Paris, 1921, p. 112 et s. Elle avait été précédée d'un article de W. L. Marbury qui, au nom sans doute prédestiné, réclamait l'exercice par la Cour suprême d'un contrôle au fond du pouvoir d'amendement (« The limitation upon the amendment power » *Harvard Law Review*, t. 33, 1919, p. 772 et s.).

Kelsen, cette norme transcendantale qu'est la *Grundnorm*, comme fondement de validité de l'ordre juridique, une *Grundnorm* qui ne dit cependant rien d'autre que ceci : « On doit se conformer de la façon que la Constitution prescrit ». Ce qui ne change rien au problème qui nous préoccupe, puisque pour ce qui est du droit matériel, et donc d'éventuelles limitations matérielles au pouvoir de révision, la *Grundnorm* ante-constitutionnelle nous renvoie au contenu de la Constitution elle-même.

S'il existe un droit supra-constitutionnel, il faut admettre que les règles qu'il contient, non-écrites, de droit naturel ou coutumier, possèdent cette qualité propre du droit, celle de la validité au sein d'un ordre juridique, une validité qu'elle ne peuvent tenir d'une règle antérieure par définition. Non posées, ces règles s'imposent pourtant à l'ordre juridique tout entier et donc au pouvoir constituant lui-même, qu'il soit, comme l'on dit, originaire ou dérivé.

Une telle doctrine a été soutenue, on le sait, par Duguit, qui voyait dans la Déclaration des droits un ensemble de principes auxquels était hiérarchiquement subordonnée l'autorité constituante. Position étonnante pour ce contempteur du droit naturel. Mais somme toute conforme à ce positivisme sociologique qui fait du « sentiment » collectif, sentiment de socialité et de justice, le fondement de la norme juridique : ce n'est pas la nature - ou la raison naturelle - qui fonde la validité de ce droit, mais ce sentiment collectif qui trouve sa traduction objective dans cette adhésion continue du corps social aux principes de 89, dans une tradition dans laquelle le sentiment prend corps. Un droit supra-constitutionnel par essence muable, mais dont la mutabilité emprunte le rythme apparemment lent des mutations du sentiment collectif, suffisamment lent en tout cas selon Duguit pour que les principes de 89 puisse encore infirmer certaines règles dans la société française des années 1920. Mais cette valeur supraconstitutionnelle ne saurait être logiquement réservée aux principes de 89, les révolutions industrielle puis technologique emportant avec elles une modification du sentiment de justice et de l'idée de droit.

On constate cependant, bizarrement, que Duguit prendra la position la plus ferme en faveur de la souveraineté du pouvoir constituant au sein du débat qui anima la doctrine de la Troisième République sur ce point (1), l'assemblée de révision pouvant même modifier la forme du gouvernement.

C'est aussi manifestement à l'idée de supraconstitutionnalité qu'Hauriou pense à travers l'idée de « légitimité constitutionnelle » (2), notamment à propos de la question du contrôle par le juge américain de la constitutionnalité des amendements constitutionnels. Dans un article du *Temps* (27 décembre 1925), le doyen de Toulouse marquait d'ailleurs ce lien entre l'idée de légitimité (supra) constitutionnelle et l'interdiction de réviser la forme de gouvernement : « Il y a, selon (les juristes américains), une légitimité constitutionnelle placée au-dessus des textes et au-dessus du pouvoir constituant lui-même. N'est-ce point la même croyance que nos constituants français ont consacrée lors de la révision de 1884 lorsqu'ils ont déclaré que la forme républicaine de gouvernement ne pourrait être

l'objet d'une proposition de révision. Ce concept d'une légitimité placée au-dessus du pouvoir suprême s'impose à l'esprit comme une forme de souveraineté du droit. Bien entendu, cette légitimité constitutionnelle contient, au premier chef, les principes des libertés individuelles parce que toutes les constitutions politiques ont pour objet la garantie de ces libertés » (1).

Cette légitimité constitutionnelle, c'est aussi, sans doute, l'élément constitutif de l'idée directrice qui porte et anime l'institution chez Hauriou, une institution dont la forme « consiste en un système d'équilibres de pouvoirs et de consentements construits autour d'une idée » (2).

C'est, à notre sens, à cette tradition que se rattache Georges Burdeau, beaucoup plus qu'à la tradition duguiste (3), lorsqu'il affirme que « comme toutes les formes du Pouvoir, le pouvoir constituant est tributaire d'une idée de droit qu'il exprime et qui le légitime » (4). M. Rials voit là l'acceptation, par l'élève de Carré de Malberg, d'une certaine supraconstitutionnalité. Mais une supra-constitutionnalité exclusivement considérée comme un produit de synthèse de nature sociale, une idée de droit mouvante comme l'est la société et qui, si elle informe le pouvoir constituant, ne saurait, de par sa nature sociologique, le lier pour l'avenir. Cette mutabilité de l'idée de droit porte même en elle l'idée des nécessaires modifications constitutionnelles, sans restrictions imaginables a priori, si l'on veut admettre que le système institutionnel corresponde sans trop de distorsions à l'idée de droit actuellement dominante. En outre, il nous semble que la notion même d'« idée de droit » ne désigne justement pas du droit, pas davantage un ensemble plus ou moins défini de règles supra-constitutionnelles, mais tout au plus du droit à l'état latent, du droit en attente de sa positivisation qui seule transforme l'idée en règle obligatoire. On sera donc très réservé sur le fait de trouver une véritable supra-constitutionnalité dans la pensée de l'auteur du *Traité de science politique*. Pour toutes ces raisons, on doit penser que ce recours à l'idée de droit n'est pas incompatible avec la position de Georges Burdeau relativement au refus d'accorder une validité juridique à l'art. 89 al. 5 de la Constitution que l'on a déjà relevé (5) à la souveraineté du pouvoir constituant.

Plus récemment, c'est M. Rials qui a réintroduit le thème de la supra-constitutionnalité, relié explicitement à la question des limitations matérielles au pouvoir constituant dérivé. C'est en tant que et dans la mesure où elles renvoient à un principe supra-constitutionnel, que ces limitations s'imposent à l'autorité investie de la compétence de modifier la norme suprême de l'Etat. Pour M. Rials,

1. Nous remercions M. le Professeur Courvoisier de nous avoir communiqué ce texte.

2. *Ibid.*, p. 73.

3. Contrairement à ce qu'affirme M. Rials : « Supra-constitutionnalité et systématisme du droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, p. 59 (sur la proximité entre G. Burdeau et Duguit).

4. *Ibid.*, p. 82.

5. Ce rejet n'est cependant pas très clair dans la pensée de Georges Burdeau. Dans sa thèse déjà, en posant fermement pour principe que le pouvoir de révision est « inséparable d'un ordre statutaire préétabli », il distingue essentiellement ce pouvoir de révision du pouvoir constituant. Pourtant, il n'admet de limites à la compétence de l'organe de révision que procédurales à l'exclusion de toute limitation matérielle. Cette distinction de nature du pouvoir constituant

en effet, « la loi du 14 août 1884 portant révision des lois de 1875 doit (...) être comprise comme déclarative d'un principe considéré comme supra-constitutionnel lorsqu'elle pose que « la forme du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision » (1). Il est clair, comme cela l'était sous la plume du Doyen Vedel, que la supraconstitutionnalité implique que le texte même de la norme n'a d'autre effet que de déclarer ou confirmer un principe dont la validité et la valeur ne dépendent pas du texte constitutionnel lui-même : la constitution ne saurait conférer à une norme une valeur qu'elle n'a pas elle-même (2).

Il résulte d'une telle construction, si on l'adopte, un certain nombre de conséquences inévitables qui ont pour source ce détachement essentiel des règles à l'égard de leur inscription textuelle et pour effet l'incertitude nécessaire qui plane sur la consistance même de ce droit dont on prétend qu'il serait supra-constitutionnel.

L'ensemble des normes supra-constitutionnelles non-écrites ne saurait se confondre pas avec l'ensemble des règles écrites dans le texte constitutionnel garantissant contre la révision certains principes ou certains droits. On doit admettre que l'ensemble des principes supra-constitutionnels s'imposant au constituant français peut contenir d'autres normes que celle de la forme républicaine de gouvernement. C'est bien la conséquence que tire Hauriou de la légitimité constitutionnelle à laquelle il raccroche, outre la forme républicaine du gouvernement, le principe des libertés individuelles. C'est au même genre de conclusions qu'aboutit M. Rials.

Plus encore, puisque ce n'est pas de la constitution écrite qu'une telle règle de limitation matérielle au pouvoir de révision peut tirer sa validité et sa valeur, sa seule inscription dans le texte de la constitution ne suffit pas à la reconnaître comme norme supra-constitutionnelle : il faut bien vérifier qu'elle forme une norme de valeur supérieure soit de droit naturel, soit de droit coutumier, si telles sont les sources possibles du droit supra-constitutionnel comme l'indiquait le Doyen Vedel. D'où la possibilité de refuser à la forme républicaine de gouvernement la qualité de norme supraconstitutionnelle. Auquel cas on revient à la question de savoir si la seule garantie proprement constitutionnelle posée à l'art. 89 suffit à la protéger contre la révision.

Plus circonstanciellement, cette construction permet de donner son plein effet à la norme telle qu'elle a été introduite à l'origine. Car le paradoxe de la forme républicaine de gouvernement, c'est qu'une garantie contre la révision ait été, en 1884, reconvenue par une loi de révision. De là vient d'ailleurs l'idée de contourner l'obstacle par le mécanisme des deux révisions successives : supprimer par une première révision l'interdiction posée par le pouvoir de révision, puis modifier la forme de gouvernement. C'est à notre connaissance Duguit qui le premier proposa une telle procédure : « Je fais observer que cette disposition a été votée par une assemblée nationale de révision et que, par conséquent, si tant que ce texte existe l'assemblée nationale ne peut pas changer la forme du gouvernement, elle n'a qu'à l'abroger, et la chose faite, elle pourra très constitutionnellement changer la forme du gouvernement » (3). Julien Laferrière,

qui contribuera largement à accréditer cette thèse des révisions successives, partait du même constat : « L'Assemblée de 1884 qui avait voté cette disposition n'était pas supérieure aux Assemblées nationales futures et n'avait pas qualité pour restreindre leur compétence » (1). Mais en 1946, comme en 1958, la raison invoquée ne joue plus dans la mesure où la limitation est inscrite dans le texte de la Constitution originale. Pourtant rares sont les auteurs qui, aujourd'hui encore, mettent en cause la validité d'une telle procédure (2). On remarquera simplement que de deux choses l'une : soit l'interdiction de porter atteinte à la forme républicaine de gouvernement est dépourvue de toute valeur juridique, et l'on ne comprend pas à quoi sert la procédure de la double révision car nul n'a à contourner un obstacle inexistant ; soit cette disposition possède une portée juridique, et les révisions successives ne s'analysent pas autrement qu'en un détournement de procédure » (3).

Le recours à la supraconstitutionnalité permettrait en tout état de cause de donner son plein effet à la disposition, qu'elle soit inscrite dans le texte d'une révision, ou le texte original de la Constitution : quels qu'ils soient ces textes se bornent à déclarer l'existence d'une règle non-écrite de valeur éminente, cette valeur n'est pas liée à celle du texte de réception. Ce n'est pas le pouvoir constituant dérivé (ou original) qui lie le pouvoir constituant dérivé (ou original), mais la norme supra-constitutionnelle elle-même. Rien n'interdirait au pouvoir de révision de reconnaître et déclarer demain d'autres limitations au pouvoir constituant. On ajoutera que même si le pouvoir de révision supprimait formellement le texte de l'alinéa 5, la disposition (supra-constitutionnelle) pourrait cependant être considérée comme demeurant en vigueur à titre de règle supraconstitutionnelle non-écrite.

La forme républicaine de gouvernement peut-elle être construite à titre de règle supra-constitutionnelle ? Pour cela, il faudrait pouvoir y reconnaître, selon le Doyen Vedel, la confirmation soit d'une règle de droit naturel, soit d'une règle coutumière, ce que cet auteur se refuse à faire.

Le rattachement à une règle de droit naturel d'une disposition garantissant une forme de gouvernement apparaît effectivement difficile (4). C'est peut-être ce que M. Turpin exprime lorsqu'il déclare injustifiée cette limitation du fait notamment que « monarchie et liberté peuvent parfaitement se conjuguer » (5) : la forme républicaine ou monarchique du régime ne saurait être déduite de cette valeur essentielle, peut-être supraconstitutionnelle, qu'est la liberté humaine dans

1. J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, 2ème éd., Montchrestien, 1947, p. 290.

2. Signalons, à titre d'exception, la position de M. Pactet : « L'argument des deux révisions successives est fallacieux, la vérité étant qu'elles forment un ensemble indissociable et illicite puisque la première, la plus hypocrite, ne sert qu'à préparer les voies à la seconde. De toute manière, l'esprit du texte est trahi. En revanche, on est obligé d'admettre que si ces interdictions sont transgressées, il n'y a pratiquement aucune sanction possible parce que le plus souvent la constitution ne prévoit pas de recours juridique contre la loi de révision ». (*Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Masson, 11ème éd., 1992, p. 78).

3. Dans le même sens : O. Beaud, *La souveraineté de l'État*, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht, *Rev. fr. dr. adm.* 1993, p. 1056.

4. Tout au moins dans le cadre du droit naturel moderne. Par contre, la forme monarchique du

la forme qu'elle a prise dans le droit naturel moderne, dans le droit rationnel subjectiviste. Mais en France, aujourd'hui, précisément, cette liberté, telle qu'elle est « déclarée » en 1789 n'est pas hissée au rang de la supraconstitutionnalité mais intégrée par le Conseil constitutionnel au sein du seul « bloc de constitutionnalité », dès lors que sa valeur lui est précisément conférée par le préambule de la Constitution de 58. Et ce même si à notre sens Duguit a parfaitement raison lorsqu'il décrit le système de 1789 comme celui dans lequel le législateur constituant est soumis à la Déclaration (1) : les droits naturels sont *déclarés*, et non posés, préalablement à l'acte constituant. En 1992, en revanche, ces droits sont *(ré)affirmés* par le pouvoir constituant.

Mais, s'agissant de la forme de gouvernement, pourquoi ne pas y reconnaître la déclaration d'une règle coutumière qui se rattacherait à la tradition républicaine ? Certes, au moment de l'introduction de la règle dans notre droit positif, en 1884, il est peut-être difficile de reconnaître l'existence d'une coutume consacrant en France la forme républicaine du gouvernement. Mais en 1958 ? L'idée d'une règle coutumière consacrant la forme de gouvernement n'est pas inconnue en France car il est certain que la forme monarchique constituait sous l'Ancien Régime l'une des lois fondamentales du Royaume. Or ces lois fondamentales du Royaume, de nature coutumière, s'imposaient précisément, même au monarque « souverain ». D'où la confusion qu'on introduit, pour les Modernes, lorsqu'on qualifie ces lois fondamentales du Royaume de « constitution coutumière », puisque nous identifions, nous, souveraineté et pouvoir constituant. Mais la transcendance de ces lois fondamentales du Royaume par rapport à l'ordre juridique était assurée par l'idéologie de la souveraineté de droit divin. Hisser une coutume à un rang supra-constitutionnel dans les systèmes modernes occidentaux de souveraineté immanente, de souveraineté populaire ou nationale, cela semble beaucoup plus discutable. Une telle construction n'est acceptable que si la coutume confirme elle-même et se voit donc garantie par un principe transcendant l'ordre juridique, qui ne peut être, à défaut de Dieu, que la Raison, le droit naturel rationnel des modernes. Ce qui nous ramène à la première hypothèse et nous empêche donc d'accepter l'existence de « lois fondamentales de la République » dont la première serait la forme républicaine de gouvernement, principe supra-constitutionnel.

Il convient donc selon nous de considérer l'art. 89 al. 5 de la Constitution comme établissant une norme de valeur simplement constitutionnelle, établie par l'acte constitutionnel, et toute la question revient alors à celle de savoir comment il est possible de reconnaître à une telle norme une portée ainsi qu'une efficacité juridiques.

Mais on voudrait faire encore une remarque avant d'envisager la possibilité de poser autrement le problème qu'en termes de normes supra-constitutionnelles. La supraconstitutionnalité a gagné certaines cours constitutionnelles.

C'est le cas notamment de la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui, depuis ses débuts, reconnaît l'existence d'un droit supra-positif (*überpositives Recht*) (1). Dans une décision du 23 octobre 1951, la Cour constitutionnelle fédérale cite pour l'approuver une position de la Cour constitutionnelle bavaroise : « Il existe des principes constitutionnels qui sont tellement l'expression d'un droit préexistant lui-même à la Constitution qu'ils lient le constituant et que d'autres dispositions constitutionnelles qui n'ont pas droit à ce rang peuvent être nuls du fait de la violation de ces principes » (2). La Cour admet ainsi la possibilité d'un droit constitutionnel contraire au droit supra-constitutionnel.

Pourtant, il semble que la position de la Cour soit en réalité moins claire qu'il n'y paraît et qu'elle oscille sans cesse entre deux conceptions, essentiellement distinctes : reconnaître l'existence d'un droit métapositif et donc supra-constitutionnel qui inspire la Constitution tout entière ; ou reconnaître entre les dispositions formellement constitutionnelles une hiérarchie matérielle de valeur. Oscillation particulièrement nette dans cette même décision où elle indique, par ailleurs : « Il résulte du contenu d'ensemble de la Constitution certains principes et décisions fondamentales auxquelles sont subordonnées chacune des dispositions constitutionnelles » (nous soulignons). Et la preuve apportée au soutien de cette affirmation, c'est très précisément l'existence de l'art. 79 al. 3 LF qui limite matériellement le pouvoir de révision. Mais alors c'est, plus qu'un droit supra-constitutionnel, la cohérence immanente au système constitutionnel positif lui-même qui offre la référence au jugement sur la (non-) constitutionnalité des règles constitutionnelles. Et c'est précisément l'argumentation invoquée, en France, par les auteurs de la deuxième saisine relative au traité de Maastricht (conformité du traité à la Constitution révisée).

La Cour constitutionnelle allemande a statué par deux fois sur la conformité à la Constitution de lois de révision, admettant tant la voie du contrôle abstrait des normes, que celle du recours constitutionnel.

Dans la première décision rendue le 15 décembre 1970, elle a déclaré conforme à l'art. 79 al. 3 LF la loi de révision relative à la possibilité ouverte au législateur de porter atteinte au secret de la correspondance et des télécommunications en prévoyant une procédure non-juridictionnelle sans information de l'intéressé lorsque l'ordre démocratique et libéral est en cause (3). Il nous suffit de dire ici que la Cour considère les limitations matérielles de l'art. 79 comme du droit constitutionnel s'imposant au pouvoir constituant dérivé. La conséquence de cette position, c'est l'interprétation stricte de ces limitations, l'art. 79 al. 3 LF constituant une disposition d'exception. En particulier l'intangibilité des principes énoncés à l'art. 20 LF n'aboutit pas à déclarer intangible le principe de l'État de droit dans toutes ses conséquences, un principe

1. Voir : M. Fromont, La Cour constitutionnelle fédérale et le droit, *Droits*, 11, 1990, p. 119 et s. Cela semble être aussi le cas de la Cour constitutionnelle italienne, relativement à la vérification de la conformité des normes communautaires aux principes fondamentaux de l'ordre juridique italien et aux droits inaliénables de la personne humaine. Voir : F. Saja, *Annuaire international de justice constitutionnelle* (année 1989), 1991, p. 570 ; B. Genevois, Le traité sur l'Union européenne et la Constitution, *RFD* 1997, n. 384. Voir notamment l'arrêt

1. Voir not. : Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3ème éd., t. 2, p. 183 et s., t. 3, p. 603 et s. Voir également S. Rials, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette/Pluriel, 1988, p. 264. C'est très exactement ce que dit Sieyès : la Nation qui exerce le pouvoir constituant ne peut avoir elle-même une Constitution. Il en résulte que ce pouvoir constituant

que la Cour dégage de la reconnaissance à l'art. 20 de la séparation des pouvoirs et de la soumission du législateur à la Constitution et des pouvoirs exécutif et judiciaire à la loi et au droit. Le principe de l'État de droit ainsi construit emporte d'autres éléments, non écrits (principes de proportionnalité, de sécurité juridique, de clarté et précision des normes, de protection juridictionnelle des droits individuels). Mais seuls les principes expressément consacrés à l'art. 20 sont protégés contre les atteintes du constituant.

Dans la seconde décision, rendue le 23 avril 1991 à propos des expropriations intervenues à l'Est (1), la Cour va, à notre sens, beaucoup plus loin : « Tout comme le constituant originaire, le législateur investi du pouvoir de réviser la Constitution ne saurait méconnaître les principes élémentaires de la justice ». Alors que la première décision reposait sur la reconnaissance de limitations constitutionnelles immanentes s'imposant, par exception, au pouvoir de révision, cette deuxième décision reprend le fil de la jurisprudence du droit supra positif et reconnaît, en toute logique dès lors que ce cadre est accepté, la limitation par les principes élémentaires (supra-constitutionnels) de justice du constituant originaire lui-même. Il en résulte alors une interprétation plutôt extensive des limitations matérielles au pouvoir de révision, dans la mesure où, notamment le principe d'égalité, bien que non protégé explicitement par l'art. 79 al. 3 LF, se voit déclarer intangible, dans sa substance fondamentale pour cette raison que, selon une jurisprudence constante de la Cour, ce principe fait partie des principes élémentaires de justice, du droit supra positif ou encore des valeurs fondamentales qui soutiennent - avec la dignité et le libre épanouissement de la personne humaine - le système axiologique hiérarchisé que constitue la partie de la Loi fondamentale consacrée aux droits fondamentaux (2). Cette construction axiologique et jusnaturaliste permet de reconnaître l'existence de principes supra-constitutionnels qui amplifient la portée de l'art. 79 al. 3 LF. Devraient être ainsi considérés comme supra-constitutionnels, à notre sens, par application d'une telle doctrine, les principes essentiels qui fondent l'ordre démocratique et libéral au sens où l'entend la Cour constitutionnelle fédérale (3), c'est-à-dire, outre le cœur essentiel des droits fondamentaux qui s'exprime dans la triade dignité-liberté-égalité, le principe démocratique lui-même. Ceci appelle deux remarques.

D'une part, ce ne saurait donc être l'ensemble des principes garantis à l'art. 79 LF qui se voient ainsi élevés à un rang supra-constitutionnel. On pense ici à la forme du gouvernement et à la forme de l'État. C'est-à-dire qu'en acceptant la doctrine de la Cour constitutionnelle fédérale, celle de la supra-constitutionnalité des « principes élémentaires de justice », on ne parvient pas pour autant à limiter le pouvoir constituant originaire à l'ensemble des prescriptions de l'art. 79 al. 3 LF. Ce pouvoir constituant originaire, tel qu'il est mentionné (mais non pas normé) à l'art. 146 LF, ne saurait être limité que par ce

1. BVerfGE 84, p. 90 et s., *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1991, p. 121 et s. Voir : P. Collas, *Rev. fr. dr. const.*, 8, 1991, p. 633 et s. ; O. Jouanjan, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, VII-1991, Economica-PUAM, p. 371 et s.

2. Sur tous ces points, nous nous permettons de renvoyer à notre ouvrage : *Le principe d'égalité*

« noyau jusnaturaliste » (1) et démocratique que contient l'art. 79 LF, ces règles supra-constitutionnelles, à l'exception des prescriptions relatives à la forme du gouvernement et de l'État (2).

D'autre part, et sur ce point peu importe la valeur supraconstitutionnelle ou constitutionnelle de cette limitation, l'intangibilité du principe démocratique rendait juridiquement très difficile l'adhésion au traité sur l'Union européenne du 7 février 1992. Dans une décision rendue le 31 octobre 1990 (3), la Cour constitutionnelle fédérale a annulé la législation du Schleswig-Holstein autorisant le vote des étrangers aux élections communales au motif que les communes exercent des pouvoirs d'État et qu'en conséquence l'art. 20 al. 2 LF ("tous les pouvoirs d'État émanent du peuple") est applicable aux élections communales, ce qui interdit la participation des étrangers au processus de légitimation démocratique des instances communales (pour autant qu'elles exercent des compétences décisionnelles). Ce principe de l'art. 20 LF est précisément protégé par l'art. 79 al. 3 LF contre la révision. On pouvait (devait) en conclure que les modifications à la Loi fondamentale qui accompagnent la ratification du traité (4) n'étaient pas conformes à l'art. 79 al. 3 en tant qu'elles accordent le droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires aux élections communales et d'arrondissement. Cependant, la Cour a accompagné sa décision de 1990 d'un *obiter dictum* final par lequel elle précise qu'on ne saurait conclure de la solution donnée à l'arrêt que l'introduction du droit de vote des étrangers aux élections communales dans le cadre des communautés européennes ne pourrait faire l'objet d'une révision constitutionnelle compatible avec l'art. 79 al. 3 LF. Elle avait ainsi levé l'obstacle sans pour autant qu'on puisse être convaincu de la cohérence de l'argumentation (5).

La décision rendue le 12 octobre 1993 par la Cour constitutionnelle fédérale n'a pas eu à aborder ce point sur le fond (6). En effet, saisie de recours constitutionnels ceux-ci ne sont recevables que s'ils font valoir la violation d'un droit fondamental ou de l'un des droits assimilés aux droits fondamentaux énumérés à l'art. 93 al. 1 4 de la Loi fondamentale. S'il faut compter parmi ces derniers l'art. 38 (droit de suffrage et d'éligibilité au Bundestag), l'art. 28

1. Th. Württemberg, *Rev. fr. dr. const.*, 8, 1991, p. 605.

2. Pour les différentes appréciations de la doctrine allemande sur ce point : E. Wiederin, *Die Verfassungsgebung im vereinigten Deutschland, Archiv des öffentlichen Rechts*, t. 117, sept. 1992, p. 410 et s. Pour une totale liberté du constituant originaire : M. Herdegen, *Die Verfassungsänderungen im Einigungsvertrag*, Heidelberg, 1991, p. 30 et s.

3. BVerfGE 83, p. 37 et s.

4. Révision du 21 décembre 1992. Nous visons ici la modification de l'al. 1 de l'art. 28 : « Les personnes possédant la nationalité d'un État membre de la Communauté européenne sont aussi électrices et éligibles, dans les conditions prévues par le droit de la Communauté européenne, aux élections des communes et des arrondissements ».

5. La doctrine a réagi de façon très diverse. Très critique : M. Herdegen, *Jus*, 1992, p. 227. M. Isensee considère que l'obiter dictum de la Cour lève l'obstacle tout en exigeant une révision constitutionnelle et en interdisant la participation électorale des étrangers aux élections des organes étatiques de la fédération comme des Länder, une position partagée, dans son résultat, par M. Ranzelzhofer, sceptique, cependant, sur la validité de la position exprimée par la Cour (cf. : *Gemeinsame Verfassungskommission, stenographischer Bericht*, I. öffentliche

(droit de suffrage et d'éligibilité aux élections locales) n'est pas visé pour sa part à l'art. 93 al. 1 4 a. En tant que l'un des recours visait la modification de l'art. 28 de la Loi fondamentale, il est irrecevable (1). Dans cette décision, la Cour s'est donc bornée à vérifier la constitutionnalité de la loi d'autorisation à la ratification à l'exclusion de la loi de révision elle-même.

II - UNE LIMITATION CONSTITUTIONNELLE AU POUVOIR DE RÉVISION ?

Si les développements qui précèdent nous montrent la difficulté extrême qu'il y a, d'une part, à reconnaître la validité juridique d'un prétendu droit supra-constitutionnel et, d'autre part, à admettre, en tout état de cause, le principe de la forme républicaine du gouvernement parmi de tels principes (prétendus) supra-constitutionnels, la conclusion n'est pas nécessairement que la règle énoncée à l'art. 89 al. 5 de la Constitution de 1958 serait dépourvue de portée juridique, qu'elle ne serait qu'un voeu (pieux ?) politique.

C'est, à notre sens, l'alternative en général proposée (celle que le doyen Vedel exprimait en 1949 pour n'en retenir que la seconde branche) qui est restrictive : soit il faut accepter l'existence de normes supra-constitutionnelles et dans cette mesure le pouvoir constituant (dérivé ou originaire) y trouverait ses limites ; soit l'alinéa 5 de l'art. 89 n'a que valeur constitutionnelle et donc il ne saurait s'imposer au pouvoir constituant (dérivé) lui-même.

La question qu'il convient alors de poser est la suivante : cette alternative postule, sans la questionner davantage, l'identification en valeur et en statut de ce qu'il est convenu d'appeler le pouvoir constituant « originaire » et le pouvoir constituant « dérivé » ; il s'agirait de deux manifestations du *même* pouvoir (constituant).

Cette supposition débouche cependant sur un certain nombre de contradictions ou de difficultés.

Comment le *même* pouvoir peut-il être dans un cas « originaire » et dans l'autre cas « dérivé » ? Comme l'exprime parfaitement Olivier Beaud : si par dérivé on veut désigner ce fait que le pouvoir en question est un pouvoir *habilité*, alors on pose une distinction de nature entre un pouvoir habilité et un pouvoir originaire inconditionné. Les ranger dans une même catégorie, celle du pouvoir « constituant », relève peut-être d'une « faute de logique » (2), cela, en tout état de cause, revient à nier en même temps qu'on l'affirme la distinction entre les deux pouvoirs : ils sont à la fois identiques (expression du pouvoir constituant) et différents (habilité ou originaire). Une telle classification, derrière l'apparence de son caractère logiquement impeccable (la différence spécifique fournit le critère de distinction au-dedans du genre), nous paraît en réalité ne rien trancher et laisser ouvertes toutes les possibilités explicatives qui conviendront à l'interprète : il appuiera sur l'identité de genre (la révision est l'exercice du pouvoir constituant)

lorsque cela lui conviendra (le pouvoir constituant ne saurait être matériellement limité), et sur la différence spécifique selon les besoins de la cause (par exemple : la révision de 1962 est inconstitutionnelle). Bref, sur la base d'une telle classification, on peut soutenir tout et son contraire : il suffit de déplacer les accents (1).

Il est remarquable que la doctrine utilise pour désigner le pouvoir de révision les concepts de pouvoir constituant « dérivé » ou « institué » (2). En effet, dès lors que l'on voulait continuer de qualifier le pouvoir de révision de pouvoir constituant, pour désigner un pouvoir *établi par la Constitution*, il pouvait évidemment apparaître assez contradictoire de le nommer le « pouvoir constituant constitué ». On a certes effacé cette contradiction au plan terminologique en utilisant ces *euphémismes* que sont les adjectifs « dérivé » ou « institué ». Mais on a pas effacé la contradiction conceptuelle que dévoile pleinement l'idée, difficilement acceptable, d'un pouvoir constituant constitué. Quelle signification spécifique peut-on attacher aux adjectifs institué ou dérivé qui les distingueraient de l'adjectif constitué ?

Enfin, dans ce registre des difficultés, il faut encore compter la suivante : on affirme le caractère « inconditionné » (3) du pouvoir constituant originaire ; il lui est dès lors loisible d'instituer un pouvoir de révision auquel il peut prescrire une procédure ; mais il apparaît alors difficile de lui refuser, dans le même temps, cette liberté de limiter la compétence matérielle de ce pouvoir « conditionné » qu'est le pouvoir de révision. Nous ne trouvons aucune explication juridique de la raison pour laquelle les règles de procédure imposées au pouvoir de révision seraient valides et efficaces mais pas, à l'inverse, les règles matérielles. Très significativement, le doyen Vedel écrivait : la Constitution fixe « les conditions, au moins les conditions de forme dans lesquelles ce pouvoir constituant (dérivé) est exercé » (nous soulignons) (4). Que signifie cet « au moins » si l'on refuse (et pour quel motif normatif ?) les limitations constitutionnelles matérielles ?

Le pouvoir constituant « originaire » nous l'appellerons simplement, avec Olivier Beaud et la doctrine allemande, le *pouvoir constituant* (verfassunggebende

1. Il nous semble que les difficultés qui naissent de cette *confusion des genres* se répercutent de façon patente dans le débat récent qui s'est tenu entre Louis Favoreu et Georges Vedel (*Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 71 et s.). Puisque le pouvoir constituant *dérivé* est tenu pour l'expression du pouvoir *constituant*, une limitation à ce pouvoir constituant dérivé ne peut être envisagée que comme supra-constitutionnelle, même si elle est inscrite dans la Constitution. D'où la question de savoir si « la supra-constitutionnalité interne était une vraie supra-constitutionnalité » (L. Favoreu, p. 75). D'où ces formules qui sonnent étrangement, mais qui sont le parfait écho des difficultés dans lesquelles se débat le Conseil constitutionnel dans certaines limites fixées par la Constitution (nous soulignons) (L. Favoreu, *ibid.*). On est ainsi amené à envisager une *supra-constitutionnalité fixée par la Constitution*. De l'autre côté, si l'on distingue la limitation constitutionnelle du pouvoir de révision, d'une part, de la supra-constitutionnalité, d'autre part, la première ne tombe pas sous le coup des attaques que lance le doyen Vedel d'une fuite dans le droit naturel, attaques assurément pertinentes pour la seconde (G. Vedel, p. 87).

2. O. Beaud, *art. précit.*, p. 14 rappelle que cette distinction du pouvoir constituant « originaire » et du pouvoir constituant « dérivé » a été posée par Roger Bonnard. Elle est reçue de manière quasiment universelle dans les manuels et traités contemporains de droit constitutionnel à cette

Gewalt, litt. : le pouvoir donateur de Constitution). Il est inconditionné (absence de normes supra-constitutionnelles). Sa fonction consiste à donner à une unité politique déjà constituée ou qui se constitue par le même acte, le statut des pouvoirs politiques (1) qui sont ainsi légitimés en même temps que limités.

Parmi ces pouvoirs constitués, il y a le *pouvoir de révision* qui agit en vertu d'une *compétence* établie par la Constitution. Ce pouvoir est habilité (et légitimé) par le Constituant à modifier le texte de la Constitution dans le respect de certaines formes et procédures et dans les limites (matérielles, circonstancielles) établies par cette Constitution (2).

Le pouvoir constituant étant inconditionné, il est juridiquement libre de permettre la *révision totale* de la Constitution (et, comme en Suisse, par exemple, de la soumettre à une procédure différente de la révision partielle) ou de soustraire certains objets à la compétence du pouvoir de révision, comme, d'ailleurs, il est libre de ne pas instituer de pouvoir de révision. La décision sur cette question est une décision de politique constitutionnelle qui relève de l'appréciation souveraine du constituant.

Mais il convient de ne pas se tromper sur la portée ou sur l'efficacité de ces limitations matérielles : elle n'ont pas davantage de force normative que n'en a la Constitution elle-même. L'affirmation selon laquelle ces limitations ne seraient que des barrières de papier qui n'empêcheraient jamais un mouvement politique suffisamment fort de les balayer est parfaitement exacte. Mais elle n'est en aucune façon un *argument* contre la validité juridique de ces limitations matérielles. Elles ne sont une barrière de papier contre une révolution parce qu'elles n'offrent pas davantage de résistance à la révolution que la Constitution d'où elle tire leur force. Et cette Constitution elle-même n'est jamais qu'une barrière de papier. Bref : parce qu'une Constitution n'est pas garantie pour l'éternité des siècles, le principe soustrait à la révision constitutionnelle ne l'est bien sûr pas davantage (3).

Le sens d'une limitation matérielle au pouvoir de révision nous semble être bien plutôt le suivant : la violation par le pouvoir de révision de cette limitation

1. Bien sûr, on nous objectera (voir : G. Vedel, Schengen et Maastricht, *Rev. fr. dr. adm.* 8, 1992, p. 178 et s.) que la notion de Constitution est purement formelle, qu'elle n'obéit à aucune définition matérielle. On connaît l'exemple de ces règles relatives à l'abattage des animaux de boucherie (Suisse, loi constitutionnelle du 10 août 1926), à la caisse d'amortissement de la dette publique (France, loi constitutionnelle du 25 février 1875). On peut douter de la nature (sinon de la valeur) constitutionnelle d'un règle telle que « Les jeunes filles doivent en outre recevoir une éducation quant aux soins à apporter aux nourrissons, à l'éducation des enfants et à l'entretien du foyer » (Constitution bavaroise, art. 131 al. 4 et l'ensemble des dispositions des titres 3 et 5 de cette Constitution sont très instructives à cet égard). Certes, mais imagine-t-on une Constitution qui se bornerait à régler le sort des animaux de boucheries, l'éducation des jeunes filles, la couleur du drapeau national et l'obligation de sortir avec son parapluie par temps de pluie ? Une Constitution doit au moins : déterminer des organes d'État, définir les principes président à la désignation des membres de ces organes et assigner à ces organes des fonctions (le tout de manière plus ou moins précise).

2. La question des limitations matérielles au pouvoir de révision a fait l'objet d'un vaste débat théorique sous la République de Weimar. On ne peut ici que renvoyer à l'excellente présentation de ce débat par H. Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, 1953. Le lecteur français peut également se reporter à : C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. fr., Paris, 1993, not. p. 235 et s. (en attendant la publication de la thèse d'O. Beaud, *La puissance*

constitue une violation de la Constitution qui peut être sanctionnée dans les conditions prévues par la Constitution ; dans la mesure où le pouvoir de révision modifie la Constitution, il s'agit donc d'une modification inconstitutionnelle de la Constitution, d'une « révolution » au sens où Kelsen emploie ce terme (1). Au plan politique, le pouvoir de révision ne peut plus, dans une telle hypothèse, se prévaloir de la légitimité que lui confère la Constitution.

Si on n'a nulle raison de mettre en doute la *validité* d'une règle *constitutionnelle* de limitation au pouvoir de révision, son efficacité juridique dépend des moyens de contrôle et de sanction qui peuvent éventuellement être mis en oeuvre à l'encontre d'une loi de révision. La question est exactement la même que s'agissant du contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires. Envisagée de la sorte, la question du contrôle de constitutionnalité matérielle de la révision de la Constitution n'est pas une question absurde : elle n'est pas un cercle vicieux.

Le droit constitutionnel du XX^{ème} siècle est marqué par cette idée que le meilleur gardien de la Constitution est un juge. Les moyens non-juridictionnels de contrôle (l'« auto-limitation subjective du Parlement », pour reprendre une formule de Hauriou - et dans ce cadre, notamment, l'exception d'irrecevabilité - la séparation des pouvoirs, le droit de résistance à l'oppression) apparaissent inefficaces par rapport au contrôle juridictionnel. La question se pose donc, dans le droit constitutionnel français, de savoir si le Conseil constitutionnel accepterait de vérifier la constitutionnalité d'une loi de révision, non seulement quant au respect de la procédure suivie, mais aussi sur le fond.

La décision du 2 septembre 1992 - Maastricht II -, dont on rappelle plus haut les termes, reconnaît que la « souveraineté » du « pouvoir constituant » ne va pas sans « réserves » et notamment celle qu'impose le « respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'art. 89 ». Malgré l'emploi, à notre sens incorrect et qui débouche sur d'insurmontables contradictions, de la formule « le pouvoir constituant est souverain » pour désigner le pouvoir de révision conditionné (comme le reconnaît lui-même le Conseil), cette partie de la décision doit être approuvée en ce sens qu'elle ne recourt nullement à un prétendu principe supra-constitutionnel, mais à une limitation matérielle tirée de la Constitution (2).

1. *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 279.

2. L'embaras de la doctrine traditionnelle, en tant qu'elle ne conçoit pas la distinction du pouvoir constituant et du pouvoir de révision, est patent lorsqu'on lit, parmi les commentaires consacrés à cette décision que « le Conseil constitutionnel rappelle que la « supra-constitutionnalité » de certaines règles (...) tient à la Constitution elle-même (supra-constitutionnalité - le terme n'est pas employé - toute relative car ces règles peuvent elles-mêmes être révisées) » (Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, Chronique de jurisprudence constitutionnelle, *Les petites affiches* 9 décembre 1992, p. 14). Il faut dire que la terminologie du Conseil ne facilite pas la tâche de l'interprète (voir aussi questionnant le sens que peut avoir l'affirmation de la souveraineté d'un pouvoir constituant limité par des normes constitutionnelles : L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7^{ème} éd., p. 825 et s.). Par contre on s'étonne que M. Rousseau ne voit apparemment pas de difficultés à affirmer : « Le » (*Rev. dr. pub.* 1993, p. 19). Encore une fois : ces règles ne sont pas supra-constitutionnelles (encore moins relativement supra-constitutionnelles) ; le pouvoir constituant ne saurait évidemment être soumis à un contrôle de constitutionnalité : l'affirmation que les limitations matérielles

En affirmant cette soumission du (pseudo) pouvoir constituant à ces limites (circonstanciées et matérielles), le Conseil constitutionnel a-t-il pour autant affirmé sa compétence quant au contrôle du respect de ces limites ? C'est ce que pensent MM. Favoreu et Philip (1) et Rousseau (2). D'autres (3) y lisent un refus de principe, semble-t-il pour deux raisons : la première, c'est qu'en rejetant l'idée de supraconstitutionnalité, le Conseil ne peut donc pas contrôler le pouvoir constituant ; la seconde est tirée des considérants 44 et 45 de la décision, dans lesquels le Conseil refuse d'examiner la question de savoir jusqu'où des révisions successives peuvent aller en entérinant des atteintes successives à la souveraineté nationale.

Cette dernière position ne nous semble pas devoir être retenue : les deux arguments ne sont pas convaincants. Nous nous sommes suffisamment expliqué sur le fait qu'il n'y a pas contradiction à soumettre le pouvoir de révision à la Constitution dans la mesure où celle-ci l'exige. Quant au second argument, il ne concerne que le refus (justifié) par le Conseil de répondre à une question touchant à la Constitutionnalité de la révision dans le cadre d'une saisine fondée sur l'art. 54 de la Constitution (contrôle de la conformité à la Constitution d'un engagement international). Il ne dit rien sur un éventuel contrôle dans le cadre de l'art. 61 al. 2.

Mais nous ne partageons pas pour autant la première de ces opinions. Affirmer l'existence de limitations au pouvoir soi-disant constituant, ce n'est pas affirmer une compétence de contrôle. Nous pensons que la décision Maastricht II *ne dit rien sur la compétence du Conseil constitutionnel sur ce point*.

En revanche, la décision Maastricht III du 23 septembre 1992, conforme sur ce point à la décision du 6 novembre 1962, affirme clairement, nous semble-t-il, le refus du Conseil constitutionnel d'admettre de se prononcer, saisi sur la base de l'art. 61 al. 2, sur la constitutionnalité d'une loi de révision : « Considérant que l'art. 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires (...) ». Il nous semble que le Conseil exclut de manière suffisamment explicite du cercle des normes contrôlables les lois de révision. Il interprète ainsi le mot loi de l'art. 61 al. 2 comme visant exclusivement les lois ordinaires.

Il s'agit là d'une auto-limitation du juge qui n'est pas la conséquence nécessaire de l'art. 61. Mais en tout état de cause, ce contrôle, s'il était accepté, ne pourrait porter que sur la révision parlementaire, à l'exclusion de la révision référendaire. C'est la conséquence des deux décisions du 6 novembre 1962 et du 23 septembre 1992. L'admission d'une saisine ayant pour objet le constitutionnalité d'une loi de révision aurait donc pour effet de placer la révision parlementaire dans une situation différente de celle de la révision référendaire.

Certes, l'art. 89 n'opère pas formellement une telle distinction. Mais elle n'aurait rien de choquant. Au terme de l'art. 3 la souveraineté *appartient* au peuple. Cette souveraineté s'exerce dans la donation de la Constitution. Mais cette souveraineté ne s'éteint pas avec l'entrée en vigueur de la Constitution. Le peuple

1. *Op. cit.*, p. 824 et s.

reste le souverain. Il ne se transforme pas en organe de l'État (1). L'expression « organe régulateur des pouvoirs publics » utilisée par le Conseil constitutionnel avait le mérite d'exprimer clairement que le peuple ne fait pas partie de ces pouvoirs publics, n'est pas un organe (2).

L'acte du souverain ne saurait être contesté par un organe de l'État comme l'est le Conseil constitutionnel. Et comme il n'existe pas deux souverains, l'acte est incontestable. Il est incontrôlable quant à sa validité car il est la source de toute validité dans l'ordre interne. Cela ne signifie d'ailleurs pas qu'il soit inabrogeable par l'organe représentatif parlementaire. Il ne le devient que s'il interdit expressément (ou suffisamment explicitement) à l'organe parlementaire qui exerce, au nom du souverain, la souveraineté, cette abrogation. La compétence parlementaire d'abroger une loi référendaire, telle que l'a reconnue le Conseil constitutionnel dans sa décision « Amnistie en Nouvelle-Calédonie » (3), s'arrête devant la volonté clairement manifestée du souverain de retirer à l'organe parlementaire une telle compétence.

C'est pourquoi, la révision référendaire débouche sur un acte véritable du pouvoir constituant, un « acte constituant » pour reprendre ici la terminologie d'Olivier Beaud. Les limitations matérielles (et procédurales ou circonstanciées) ne sont opposables qu'aux organes de l'État, mais elles leur sont pleinement opposables. La forme républicaine du gouvernement ne limite pas la compétence du souverain. Et il faut ajouter : le souverain peut, et seul le souverain peut ajouter de nouvelles limitations matérielles au pouvoir de révision.

Pour conclure, nous résumerons les thèses que nous avons tenté de défendre avant de poser deux questions.

L'art. 89 al. 5 de la Constitution constitue une limitation constitutionnelle matérielle au pouvoir de révision. Il n'est nul besoin de faire entrer en jeu ici l'idée de supraconstitutionnalité. Elle s'impose aux organes de l'État, mais elle ne saurait s'imposer au souverain lui-même qui continue de détenir la souveraineté lors même que la Constitution est en vigueur (art. 3 de la Constitution). Toute atteinte à la forme républicaine de gouvernement suppose un « acte constituant ». N'étant pas un organe constituant (ce qui est une contradiction dans les termes) l'organe parlementaire ne peut constitutionnellement se libérer de cette limite. Une révision parlementaire de l'al. 5 pour l'abroger serait elle-même inconstitutionnelle. Une révision parlementaire de l'al. 5 pour ajouter de nouvelles limitations seraient dépourvues de portée. Par contre, par un acte référendaire, constituant, le peuple pourrait autant abroger que compléter l'al. 5. Toute cette conception repose sur une conception de la souveraineté et une théorie

1. Voir : E.-W. Böckenförde, *Die Verfassungsgebende Gewalt des Volkes - Ein Grenzbezug des Verfassungsrechts, in Staat - Verfassung - Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt/Main, 1991, p. 99 et s., contestant la théorie de l'extinction soutenue par M. Kriele. Nous avons également présenté la discussion sur ce point au sein de la doctrine constitutionnelle du XIX^e siècle : O. Jouanjan, *La Constitution de 1791 dans la doctrine constitutionnelle libérale française du XIX^e siècle, 1791. La première Constitution française*, Actes du colloque de Dijon (26 et 27 septembre 1991), *Revue française de droit constitutionnel*, 1992, n° 1, p. 117 et s.

de l'organe et des compétences on ne peut plus traditionnelle, et conforme, nous semble-t-il, au droit constitutionnel français positif comme à sa tradition (1).

Deux questions restent ouvertes : comment interpréter la notion de « forme républicaine de gouvernement », ou autrement dit, quelle est la portée de l'al. 5 de l'art. 89 ? existe-t-il, ailleurs que dans cette disposition, une limitation matérielle au pouvoir de révision, et surtout l'art. 3 et le principe de la souveraineté nationale forment-ils une telle limitation ?

On sait comment Maurice Hauriou définissait la forme républicaine de gouvernement : « En tant que forme de gouvernement, (la République) se caractérise par la suppression de toutes les fonctions gouvernementales héréditaires et par leur remplacement par des fonctions électives ; plus de chef de l'État héréditaire, plus de chambre des pair » héréditaires, mais un Président de la République élu et un Sénat élu. Ce n'est même pas assez dire, le gouvernement républicain exige que les gouvernants élus ne le soient pas à vie, mais seulement pour un temps ; un consulat à vie n'est pas républicain, des sénateurs inamovibles, c'est-à-dire nommés à vie, ne sont pas dans la tradition républicaine (révision de la Constitution du 14 août 1884) ; le chef de l'État, les sénateurs, les députés, tous les gouvernants doivent être élus pour un nombre préfixe et limité d'années » (2). Il nous semble difficile d'interpréter au-delà la disposition. La forme de gouvernement de la République ne recouvre pas les qualités matérielles de la République telle qu'énoncées à l'art. 2 de la Constitution. A l'exception, peut-être, du caractère démocratique de la République qui pourrait se rattacher suffisamment à la forme de gouvernement (3).

La garantie de la démocratie trouverait d'ailleurs une autre justification si l'on admet aussi l'intangibilité du principe de la souveraineté nationale. Au terme d'une très fine analyse, Olivier Beaud conclut à l'existence d'une limitation matérielle au pouvoir de révision lui soustrayant le droit de disposer de la souveraineté de l'État, au motif que la République et la Constitution dans son ensemble suppose l'État, l'« étaticité », au sens de la *Staatlichkeit* allemande, de la collectivité politique (4). On peut admettre cette argumentation dans la mesure où le pouvoir

1. C'est après avoir fondé juridiquement les limitations qui s'imposent au pouvoir constituant, Carré de Malberg conclut, de façon réaliste, qu'en l'absence de sanction, ces limitations - parmi lesquelles très certainement il faut entendre celle qui touche à la forme républicaine de gouvernement - n'ont pas de valeur juridique proprement dite (Carré de Malberg, *op. cit.*, t. 2, p. 603). C'est une démarche similaire qu'emprunte Esmein, et la conclusion est analogue. Mais on remarque que c'est cette seule absence de sanction qui amène ces auteurs à la constatation du défaut de valeur d'une telle disposition. En d'autres termes, l'argument n'est pas chez les théoriciens de la souveraineté nationale celui tiré de l'invalidité de telles dispositions au motif de la souveraineté du constituant. « Il ne faut pas croire, écrivait Esmein approuvé par Carré de Malberg, que l'Assemblée nationale soit souveraine » (Cité par Carré de Malberg, *op. cit.*, t. 2, p. 594). L'Assemblée de révision est sans doute l'organe suprême de l'État, elle n'en demeure pas moins un organe de l'État limité dès lors par les règles de compétence posées dans le statut fondamental de l'État, dans la Constitution.

2. *Précis de droit constitutionnel*, 2ème éd., Paris 1929, p. 343.

3. On rappellera, bien que le recours aux travaux préparatoires de la Constitution ne puisse être considéré comme décisif pour l'interprétation de la Constitution, que lors de la séance du 3 août 1958 après-midi, M. Marcellin avait proposé que fût substituée à la forme républicaine de gouvernement l'expression de « forme démocratique ». Le Garde des Sceaux répondit que

de révision étant un organe de l'État habilité à modifier la Constitution de l'État, il ne saurait évidemment scier, en quelque sorte, la branche qui le soutient. On ajoutera simplement cet autre argument qui ne s'appuie plus sur la souveraineté de l'État en tant que telle, mais sur le fait qu'au sein de l'État le peuple est le titulaire de la souveraineté : puisque le pouvoir de révision n'est pas souverain, il ne saurait aliéner ce dont il ne dispose pas. Ce qui au fond revient à dire autrement que l'État n'est pas à la disposition de ses organes. On aura compris que c'est cette considération fondamentale qui gouvernait l'ensemble de ce travail.

RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE

*par Olivier JOUANJAN **

INTRODUCTION

Avec quarante deux révisions en quarante cinq ans d'existence¹, la Loi fondamentale appartient certainement au groupe des constitutions ayant la plus haute fréquence de révision. Une quinzaine de dispositions ont été supprimées du texte initial ; près de 70 dispositions nouvelles y ont été introduites ; environ 80 dispositions ont été modifiées. Environ 160 retouches donc ont été apportées au texte initial de 1949.

A) On ne peut affirmer que la Cour constitutionnelle fédérale soit directement à l'origine de cette « révision haute-fréquence ». Pour le dire autrement, et nous répondrons ainsi – même si c'est très rapidement – aux deux premiers points de la grille proposée par les organisateurs de cette table ronde : l'histoire des révisions de la Loi fondamentale n'est pas, au premier chef, l'histoire des relations entre le juge constitutionnel et le législateur. En réalité et comme l'écrit Gerhard Robbers : « L'histoire des modifications de la Constitution est pour l'essentiel l'histoire des modifications des relations entre la Fédération et les Länder »². Sur les 160 modifications signalées : une trentaine touchent la répartition des compétences législatives ; une vingtaine concernent la Constitution financière, dont la plupart directement les relations financières du Bund et des Länder ; nombre des modifications – une quinzaine – qui ont concerné l'organisation judiciaire ont été directement liées au caractère fédéral de l'État ; rares sont les révisions qui ne doivent pas tenir compte soit de problèmes techniques dus à la forme fédérale de l'État, soit de revendications des Länder (en témoignent parfaitement les exemples récents de la révision du 21.12.92 opérée à l'occasion du processus de ratification du

* Professeur à l'Université Robert Schuman de Strasbourg.

1 A jour des révisions du 30 août 1994 et du 27 octobre 1994.

2 G. ROBBERS, Die Änderungen des Grundgesetzes, NJW 1989, p. 1330.

traité de Maastricht comme de la révision du 27 octobre 1994 effectuée pour répondre aux dispositions de l'art. 5 du traité d'Union entre les deux États allemands du 31 août 1990).

Bien plus que l'existence d'un juge constitutionnel, ce sont les tensions internes à l'État fédéral qui expliquent largement la « complexification » non pas tant du « droit constitutionnel » que du « texte constitutionnel ».

Bien sûr, la jurisprudence constitutionnelle contribue par nécessité à tracer au législateur ordinaire une ligne infranchissable, de trait d'ailleurs plus ou moins distinct et plus ou moins discontinu, une ligne que seul le pouvoir de révision (le pouvoir dit « constituant institué ») peut franchir. Il est évident que lorsque la ratification d'un traité, l'adoption d'une réforme se situe au-delà de cette ligne, leur entrée en vigueur est subordonnée à une révision préalable. C'est le sens même de toute révision. Par la nature même de ses fonctions, le juge constitutionnel précise au gré de sa jurisprudence le tracé de cette ligne de démarcation entre loi ordinaire et loi constitutionnelle. La révision constitutionnelle est ainsi parfois une modification du tracé constaté par le juge. Révision « dérogatoire » comme la désigne les organisateurs de cette rencontre.

Mais ces phénomènes n'offrent pas beaucoup de prises à l'analyse. Je ne connais pas de cas où le juge constitutionnel allemand ait été amené à déterminer l'étendue d'une révision préalable nécessaire à l'entrée en vigueur d'une norme. Ni de cas de contestation du droit du pouvoir de révision à surmonter une décision du juge constitutionnel pour autant qu'il respecte l'ensemble des prescriptions de l'art. 79 LF. On se bornera relativement à ces sujets à trois remarques.

1/ Il n'existe pas de procédure semblable à celle de l'art. 54 de la Constitution française.

2/ Mais cette délimitation judiciaire de la révision préalable peut aussi, de manière indirecte, être le résultat d'un contrôle préventif de la norme considérée. Le veto judiciaire à son entrée en vigueur peut signifier qu'une révision reprenant ou couvrant les dispositions censurées est nécessaire. Toutefois le contrôle préventif est, comme l'on sait, l'exception en Allemagne. Il ne joue que pour les lois d'autorisation à la ratification d'un traité³. Le contrôle s'effectue donc le plus souvent a posteriori. On peut noter simplement que la Cour constitutionnelle fédérale a formellement rappelé qu'une loi ordinaire ne peut être promulguée par le Président fédéral qu'après que l'habilitation constitutionnelle nécessaire est elle-même entrée en vigueur. La révision si elle est nécessaire doit être préalable. Il s'agit de mettre un terme à la pratique de la simultanéité de la promulgation et de la publication de la loi constitutionnelle et de la loi ordinaire qui la concrétise⁴.

3/ Cependant, il peut exister au sein des Constitutions régionales des procédures particulières qui permettent à la Cour constitutionnelle régionale d'exercer un contrôle préventif, qui sous certains aspects s'apparenterait à celui de l'art. 54 de la Constitution française. C'est le cas de la procédure prévue à

l'art. 75 al. 3 de la Constitution bavaroise du 2 décembre 1946 : « Les divergences d'opinions sur la question de savoir si la Constitution pourrait être modifiée par une loi, ou si une proposition de loi constitutionnelle est illicite, sont tranchées par la Cour constitutionnelle bavaroise ». Par cette voie, les organes politiques peuvent demander à la Cour constitutionnelle de déclarer qu'un projet de loi, ou une loi adoptée et non encore promulguée (mais aussi, le cas échéant, une loi promulguée) aurait pour effet de modifier la Constitution sans emprunter la procédure de la révision⁵.

B/ En revanche, la question de la révision illicite ouvre un champ de réflexion bien plus vaste et rendu fertile tant par la doctrine du droit public allemand que par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale.

L'art. 79 de la Loi fondamentale règle la révision constitutionnelle en trois temps :

1/ *L'alinéa premier pose des limitations formelles.* En principe, la Loi fondamentale ne peut être révisée que par une loi qui en modifie ou complète le texte expressément. Les « dérogations implicites » à la Constitution (*Verfassungsdurchbrechungen*) sont donc interdites. Ce principe clair fait l'objet d'une exception scabreuse : s'agissant de traités internationaux portant règlement de paix ou préparant un règlement de paix ou ayant pour objet l'abolition d'un régime d'occupation, ou encore destinés à servir la défense de la R.F.A., il suffit pour préciser que les dispositions de la présente Loi fondamentale ne s'opposent pas à la conclusion et à l'entrée en vigueur de ces traités, d'un complément apporté au texte de la Loi fondamentale se limitant à apporter cette précision.

2/ *L'alinéa 2 impose des limitations procédurales.* La loi de révision suit la procédure législative ordinaire applicable aux lois nécessitant l'approbation du *Bunderrat* avec les seules exigences de majorités qualifiées au sein des deux assemblées : 2/3 des membres du *Bundestag* ; 2/3 des voix du *Bunderrat*.

3/ *L'alinéa 3 concerne les limitations matérielles.* Une révision est illicite qui « toucherait » :

- à l'organisation de la Fédération en Länder,
- au principe de la participation des Länder à la législation fédérale,
- aux principes énoncés aux articles 1 et 20 de la Loi fondamentale.

Ce sont ces limitations matérielles qui nous intéresseront ici exclusivement.

§ 1. Contexte et genèse

L'importance prise par ces limitations au pouvoir de révision dans la littérature allemande contemporaine ne se laisse pas expliquer, pas davantage d'ailleurs que leur introduction dans le texte constitutionnel, sans un rapide coup d'oeil sur l'histoire qui en forme le contexte.

A/ Ce qui a, de façon parfaitement explicite, motivé l'introduction dans la Loi fondamentale de l'alinéa 3 de l'art. 79, c'est bien évidemment la

³ Décision du 30 juillet 1952, *BVerfGE* 1, 396.

⁴ Décision du 26 juillet 1972, *BVerfGE* 34, 9 (21 et s.). Mais la Cour admet que puisse être régularisée sans délai la situation des lois antérieures.

⁵ Voir : Chr. PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, 3e éd., 1991, p. 422 et s.

manière dont Hitler avait utilisé les formes et procédures de la révision de la Constitution de Weimar pour anéantir l'ordre constitutionnel de Weimar. C'est la révision-anéantissement qui est accomplie par les deux lois des pleins pouvoirs (lois dites « d'habilitation ») du 24 mars 1933 et du 30 janvier 1934. Toutes deux contiennent, dans leur préambule, la formule fixée par le règlement intérieur commun aux ministères du Reich du 1^{er} mai 1924 pour la promulgation des lois de révision : « après constatation que les exigences imposées à la législation de révision constitutionnelle ont été remplies »⁶. Ces « révisions constitutionnelles » détruisaient par une voie formellement « légale » tout l'ordre constitutionnel en habitant le gouvernement à prendre toute mesure législative sans le concours des assemblées, à déroger, sous certaines réserves, à la Constitution (loi de 1933), et, plus radicalement, avec la loi de 1934, « à créer du droit constitutionnel nouveau ».

La loi de 1933 déjà fut interprétée par la majorité de la doctrine nationale-socialiste comme ayant éliminé le droit constitutionnel weimarien et établi « la constitution provisoire de l'Allemagne nouvelle » (Carl Schmitt). On ne permettra de citer, pour terminer sur ce bref rappel, cette phrase de Carl Schmitt qui salue la loi « légale », « correcte » de 1933 : « Il n'est pas non plus sans valeur qu'un système se saborde lui-même dans le respect intégral de sa propre légalité et appose son propre sceau au bas du document qui signe sa fin »⁷.

B/ Si l'événement ainsi salué n'était pas dramatique, on pourrait considérer cette citation avec ironie. Car c'est le même Carl Schmitt qui, sous la République de Weimar, a mené le combat le plus virulent pour faire admettre l'idée que la révision constitutionnelle ne saurait servir à détruire les fondements de l'ordre constitutionnel qu'elle modifie. La doctrine des limitations matérielles au pouvoir de révision est en Allemagne nécessairement associée au nom de Schmitt⁸.

Il n'entre pas dans mon propos de décrire dans son détail l'ensemble de ce vif et large débat sous Weimar, non plus que les thèses de Carl Schmitt⁹, mais d'en redire l'essentiel puisqu'on a pu dire que l'art. 79 al. 3 de la Loi

6 Textes in : Hans BOLDT (éd.), *Reich und Länder, Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert*, dtv, München, 1987, resp. p. 551 et p. 569.
7 C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk. Die drei Gliederung der politischen Einheit*, Hansatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1933, p. 6 à 8.

8 Sous l'Empire déjà, la question des limitations au pouvoir de révision avait été soulevée, à propos de la question de la transformation de l'État fédéral en État unitaire. Certains auteurs (Georg Meyer, Otto Mayer not.), se fondant sur le « fondement conventionnel » de la Constitution du Reich voyant dans l'existence des Länder et le caractère fédéral de l'État une limitation matérielle à un pouvoir de révision qui, dans le texte du 16 avril 1871 n'était soumis qu'à une condition particulière de majorité au Bundesrat. Pour une autre série d'auteurs (Laband, Haenel, Georg Jellinek, Anschütz), en revanche, si la Constitution du Reich était bien le résultat d'une Convention, cette convention n'avait d'autre caractère que celui d'un fait historique. Cette convention donne naissance à une véritable constitution qui ne prévoit aucune limite matérielle à sa propre révision. Elle est, pour reprendre l'expression de Laband et d'Anschütz « à la disposition du législateur ». Sur ce point : Ernst Rudolf HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, t. 3, p. 803 et s.

9 Il faut désormais renvoyer sur ces points, et au-delà de la seule histoire des doctrines allemandes, à l'exploration approfondie menée par Olivier BEAUD (*La puissance de l'État*, PUF, coll. Léviathan, 1994).

fondamentale était, dans une certaine mesure, « une réception de la théorie de Carl Schmitt »¹⁰.

La Constitution « au sens positif », au sens propre selon Schmitt, est formée non pas des dispositions normatives écrites (des dispositions législatives), des « lois » constitutionnelles mais des « décisions fondamentales » du souverain quant à la forme de l'État et du régime politique. Ces décisions étant souveraines n'ont pas d'autre fondement de validité qu'elles-mêmes. Et ce à la différence des « lois constitutionnelles » proprement dites qui procèdent de cette « Constitution ». À partir de là, l'ordre constitutionnel se compose de deux couches, la Constitution et les « lois constitutionnelles ». La révision constitutionnelle, c'est — aux termes mêmes de l'art. 76 de la Constitution de Weimar — exercer la compétence d'édicter des lois constitutionnelles. Il en découle que la révision constitutionnelle ne saurait toucher à la « Constitution positive », à cette couche supérieure ordonnée par le souverain. On est ainsi amené à distinguer entre Constitution et loi constitutionnelle¹¹ et, par correspondance, entre pouvoir constituant (originaire, inconditionné, pure décision souveraine) et compétence de révision (pouvoir constitué, conditionné, non souverain et donc limité)¹².

On a donc affaire à un modèle à deux couches, et dans lequel la supraconstitutionnalité, qui a envahi le débat français ces derniers mois, n'a rien à faire. Il s'agit d'un modèle de limitation constitutionnelle du pouvoir de révision. En outre, les limitations existent indépendamment de leur inscription dans le texte de la loi constitutionnelle. Si une disposition exprime de la Constitution les reprend explicitement, cette disposition n'aura que valeur déclarative et non constitutive. On doit même aller plus loin et conclure que si une disposition exprime établit une limitation qui ne peut être ramenée à ou déduite de cette substance même de la Constitution positive, elle est dépourvue de valeur contraignante.

Si elle a trouvé quelques défenseurs, chez Carl Bilfinger ou Heinrich Triepel, cette doctrine a été violemment combattue par la doctrine positiviste dominante, en particulier par Gerhard Anschütz¹³ et Richard Thoma¹⁴. Si la

10 MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, Art. 79, n° 24.

11 C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, p. 151 et s.

12 « Un pouvoir de réviser la constitution conféré par une règle constitutionnelle signifie qu'une ou plusieurs dispositions de ces lois constitutionnelles peuvent être remplacées par d'autres, mais seulement à la condition que l'identité et la continuité de la constitution dans son ensemble soient préservées. Le pouvoir de révision constitutionnelle ne contient donc (...) pas le pouvoir de donner une nouvelle constitution, et pas davantage le pouvoir de modifier le fondement de sa propre compétence de révision constitutionnelle. » *Verfassungsglehre* (1928), 7^e éd., Duncker & Humblot, Berlin, 1989, p. 103 (trad. fr. légèrement modifiée : *Théorie de la Constitution*, PUF, Paris, 1993, p. 241 et s.). Sur cette distinction : O. BEAUD, La nécessaire et inévitable distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle, *Les petites affiches*, 31 mars 1993 et 2 avril 1993 ; du même, La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht, *Rev. fr. dr. adm.* 1993, p. 1045 et s. Voir aussi : O. JOUANJAN, La République, norme supra-constitutionnelle ?, Dijon, « La République », déc. 1992, à paraître (Economics).

13 *Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 14^{ème} éd., Berlin, 1933, comm. Art. 76.

14 R. THOMA, Die Staatsgerichtsbarkeit des deutschen Reiches, in *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts*, ss. dir. O. Schreiber, t. 1, Berlin & Leipzig, 1929, p. 200. Dans ce texte, Thoma, qui rejette le droit de contrôle des juges ordinaires sur les lois, plaide en faveur d'une juridiction constitutionnelle habilitée à trancher les « conflits constitutionnels ».

Constitution « positive » est formée par son texte, rien ne limite, dans le texte de Weimar, le pouvoir de révision. En revanche, il semble que ces auteurs reconnaîtraient la valeur obligatoire de limitations expresses¹⁵. On voit l'un des reproches fondamentaux à la théorie schmittienne : elle est fondée sur les concepts de la théorie constitutionnelle de Schmitt et non pas dans le droit positif. Par ailleurs, Schmitt n'a jamais pu dresser le catalogue des limitations implicites, les expliciter. Selon quel critère reconnaît-on une décision fondamentale du Constituant ?¹⁶

J'indiquerai encore, pour terminer sur ce point, que le Reichsgericht, par une décision du 4 novembre 1927¹⁷, a explicitement écarté sa compétence s'agissant du contrôle des lois de révision, quand, par sa décision du 4 novembre 1925, il avait admis son droit de contrôle de la constitutionnalité d'une loi ordinaire.

C/ Lors de l'élaboration de la loi fondamentale, ce n'est pas la théorie de Schmitt, naturellement, qui détermina le débat, mais bien le souvenir des fausses « révisions » de 1933 et 34. Les art. 107 et 108 du projet de *Herrenhaimesee* prévoyaient respectivement que toute loi mettant en cause « l'ordre fédéral fondamental » nécessiterait l'unanimité du *Bundesrat* et que tout projet de révision portant atteinte à « l'ordre fondamental démocratique et libéral » était interdit.

Les premières réactions furent négatives. La procédure de révision garantit suffisamment les droits des Länder sans qu'il y ait besoin de la rendre plus difficile encore. Les limitations tirées de l'ordre démocratique et libéral se révéleraient sans valeur. Le premier mouvement fut donc de biffer ces deux articles. Puis au cours de la discussion au sein du Conseil parlementaire, les fédéralistes sont revenus à l'attaque de telle sorte que l'organisation en Länder et le principe de la participation des Länder à la législation fut déclaré absolument intangible. Pour l'autre partie des limitations, il a semblé nécessaire d'en préciser le contour par le renvoi aux principes des art. 1 et 20 de la LF. L'argument selon lequel serait ainsi ôté d'avance le « masque de légalité » que pourrait tenter de revêtir une révolution a fini par l'emporter dans l'opinion dominante. Mais, comme a pu l'écrire Hans Hugo Weber, l'alinéa 3 de l'art. 79 fut l'une des dispositions de la Loi fondamentale dont l'accouchement a été le plus douloureux.

admettant même que les partis politiques et les citoyens puissent faire valoir contre l'État le respect de leurs droits de participation politique, mais en mettant en garde contre une interprétation extensive du principe d'égalité (qui lierait le législateur) et « plus encore » contre la doctrine de Carl Schmitt relativement aux limites du pouvoir de révision.

15 R. THOMA, in *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, ss. dir. Anschütz/Thoma, t. 2, Tübingen, 1931, p. 153 et s. : Si le constituant originaire dispose d'une *plenitudo potestatis*, il lui est loisible de remettre la totalité des dispositions constitutionnelles, même les plus « fondamentales », à la libre décision d'une autorité constituée (l'autorité de révision). Ce qui signifie inversement, que sur la base du même postulat de la souveraineté du constituant, il est loisible à celui-ci de limiter matériellement la compétence de l'autorité de révision.

16 Pour une critique pénétrante de la théorie de Schmitt : surtout Horst EHMKE, *Grenzen der Verfassungsänderungen*, Berlin, 1953.

17 RGZiv., t. 118, p. 325 et s.

§ 2. Le contrôle par la Cour constitutionnelle fédérale des lois de révision constitutionnelle

Al/ Le contrôle de la Cour, sanction de l'art. 79 al. 3 de la Loi fondamentale

Une révision contraire aux principes de l'art. 79 al. 3 étant « interdite » (illicite, non-autorisée par la Constitution : *unzulässig*) elle est donc « nulle ». La constatation de la nullité d'une loi (même constitutionnelle) relève de la compétence exclusive de la Cour constitutionnelle fédérale. Certes on admet que le président fédéral dispose d'un droit de contrôle formel — et matériel, sans doute — des lois avant leur promulgation. Le président pourrait (devrait) refuser la promulgation de la loi de révision inconstitutionnelle¹⁸. Mais comme l'a affirmé la Cour constitutionnelle fédérale¹⁹, les effets de l'exercice de son droit de contrôle par le Président ne sont que provisoires puisque la décision du président (positive ou négative) pourrait être soumise à la Cour (par voie de litiges entre organes constitutionnels en cas de refus).

La sanction véritable et en tout cas définitive d'une violation éventuelle de l'art. 79 al. 3 est donc juridictionnelle. Il n'est nullement contesté en doctrine que la loi de révision constitutionnelle peut être soumise à la Cour de Karlsruhe par la voie du contrôle abstrait des normes, du contrôle concret comme du recours constitutionnel individuel. On a vu que la voie du litige entre organes constitutionnels pourrait, le cas échéant, déboucher également sur un tel contrôle.

Ce contrôle, la Cour constitutionnelle fédérale l'a entrepris et comme le rappelait Günther Dürig devant la Cour constitutionnelle fédérale en 1970, au cours de la procédure dirigée contre la réforme des écoutes téléphoniques : « Cette compétence de contrôle d'une loi de révision, personne ne l'a jusqu'à présent mise en doute, puisqu'elle est une compétence dérivée de la Constitution, à savoir de l'art. 79 al. 3, de sorte que le reproche possible selon lequel un organe constitutionnel s'élèverait ainsi par auto-interprétation de ses compétences de contrôle au-dessus de la Constitution, un tel reproche ne trouve pas de place »²⁰.

Ce contrôle est mené, s'agissant exclusivement de dispositions révisées — nous reviendrons plus bas sur les dispositions originales — pour la première fois dans la décision de la première chambre du 20 décembre 1960²¹ : elle constate que le principe du service militaire obligatoire introduit par la révision du 26 mars 1954 est conforme à la Constitution (dignité humaine, impératif de réunification, proportionnalité). Une décision un peu étrange car sans structuration dogmatique relativement à l'application de l'art. 79 al. 3. La même remarque vaut pour la décision du 14 novembre 1962²² par laquelle la Cour est amenée à contrôler l'art. 135a (règlements des dettes liées à la succession juridique des biens du Reich).

Dans la décision du 26 juillet 1972, la Cour est appelée à contrôler la conformité à la garantie de l'« organisation de la fédération en Länder » de

18 Dans ce sens : MAUNZ/DÜRIG, Art. 79, n° 30.

19 BVerfGE 1, 412.

20 G. DÜRIG, Zur Bedeutung und Tragweite des Art. 79 Abs. III des Grundgesetzes (Ein Plädoyer), *Festschrift für Th. Maunz zum 70. Geburtstag* am 1. September 1971, München, 1971, p. 42.

21 BVerfGE 12, 45 (50 et s.).

22 BVerfGE 15, 126 (143 et s.).

l'art. 74a ouvrant dans le champ de la législation concurrente une compétence permettant de réglementer les questions de traitement et de régime social des fonctionnaires régionaux²³. Cette décision est intéressante s'agissant de l'interprétation de la portée de cette limite spécifique, mais elle ne fournit pas d'éléments dogmatiques d'interprétation du sens général de l'art. 79 al. 3 LF, une théorie des limitations au pouvoir de révision.

Les deux décisions fondamentales pour la dogmatique de l'art. 79 al. 3 LF sont celles :

- du 15 décembre 1970, Écoutes téléphoniques.

- du 23 avril 1991, Expropriations dans l'ex-RDA.

Les moyens tirés de l'inconstitutionnalité de la loi de révision destinés à couvrir la loi de ratification du Traité de l'Union européenne ont été déclarés irrecevables dans la décision du 12 octobre 1993. Mais, de la sorte, la décision Maastricht ne contrôle pas la loi de révision du 21 décembre 1992, elle n'en contient pas moins quelques indications importantes sur l'interprétation de l'art. 79 al. 3²⁴.

Jusqu'à présent ce contrôle n'a débouché sur aucune annulation.

J'ajoute que la révision du 26 juin 1993 relative au droit d'asile fait l'objet d'une procédure dont l'aboutissement devrait intervenir prochainement.

Et l'interprétation par la Cour constitutionnelle fédérale de l'art. 79 al. 3 LF.

a) Intangibilité de l'art. 79 al. 3 LF lui-même

On connaît l'argument opposé par la grande majorité de la doctrine française à la reconnaissance valeur obligatoire de l'art. 89 al. 5 de la Constitution de 1958 : une double révision suffit à le contourner. L'art. 89 al. 5 — comme l'art. 79 al. 3 LF et la plupart des dispositions de ce type — ne se protège pas lui-même explicitement²⁵.

Un tel procédé, la Cour constitutionnelle fédérale l'a clairement condamné dans sa décision de 1991 (Expropriations) : « Le législateur habilité à réviser la Constitution n'aurait pas compétence pour se libérer lui-même des limitations à la révision constitutionnelle qui sont fixées par la Loi fondamentale ». Ce qui revient à dire qu'une suppression, par voie de révision, partielle ou totale, des barrières mises à la révision par l'art. 79 al. 3 LF est inconstitutionnelle. L'art. 79 al. 3 se protège lui-même.

²³ BVerfGE 34, 9 (19 et s.).

²⁴ Pourtant, bizarrement, la Cour se penche sur la comparabilité des dispositions nouvelles de l'art. 88 relatives à l'institution d'une Banque centrale européenne indépendante pour y voir une entorse toutefois acceptable au principe démocratique (*Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1993, p. 429 (p. 444-445)).

²⁵ On trouve cependant un exemple d'auto-protection explicite d'une disposition de ce genre dans l'art. 150 de la Constitution de Hesse du 1er décembre 1946 : « Aucune révision de la Constitution ne doit porter atteinte à la conception démocratique qui est à la base de la présente Constitution ni à la forme républicaine et parlementaire du gouvernement.

L'établissement d'une dictature, sous quelque forme que ce soit, est interdit.

Les propositions de lois violant les principes énoncés ci-dessus ne doivent pas être soumises à l'adoption, la loi qui aurait cependant été ainsi adoptée ne doit pas être promulguée. Les lois qui auraient malgré tout été promulguées ne doivent pas être observées.

Le présent article lui-même ne peut être l'objet d'une révision constitutionnelle ».

La Cour constitutionnelle s'accorde en cela avec la très grande majorité de la doctrine. Comme l'affirme le commentaire de la Loi fondamentale Maunz/Dürig, la « logique de la norme » elle-même impose cette solution. Si, dans l'immédiat après-guerre certains auteurs avaient encore soutenu ce qu'on ne permettrait d'appeler, pour faire bref, la « solution à la française » (pour ne pas dire « à la hussarde » !), on n'en trouve plus guère de défenseurs aujourd'hui, à l'exception, notable, du commentateur de l'art. 79 dans le commentaire de la Loi fondamentale dirigé par I. von Münch, Brunn-Otto Bryde.

Mais on doit ajouter, même si sur ce point la Cour n'a pas eu à se prononcer, qu'il est inversement impossible au pouvoir de révision de constituer lui-même des barrières. S'il ne peut étendre sa propre compétence, il ne peut davantage la restreindre. C'est sur la base de ce principe que l'opinion dominante considère que l'alinéa 4 de l'art. 20 LF — qui consacre le droit de résistance — n'est pas couvert par l'art. 79 al. 3 puisqu'il est issu de la révision du 24 juin 1968²⁶. L'expression « principes énoncés aux art. 1 et 20 » de l'art. 79 al. 3 doit donc s'entendre comme se référant aux principes énoncés aux art. 1 et 20 dans leur rédaction originaires.

Bien sûr cela ne signifie pas que cette rédaction ne puisse être modifiée tant que le changement de rédaction ne « touche » pas à ces principes inscrits dans ces articles dès l'origine. C'est ce qui s'est produit avec la révision du 19 mars 1956 qui, pour le point qui nous occupe, s'est bornée à clarifier l'alinéa 3 de l'art. 1 en remplaçant le mot « administration » par l'expression « pouvoir exécutif » (« Les droits fondamentaux énoncés ci-dessous lient le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire à titre de droit immédiatement applicable. »)

Pour résumer : on doit admettre l'intangibilité absolue de l'art. 79 al. 3 LF : il n'est pas dans son texte lui-même révisable (ni en plus ni en moins) ; une révision portant sur les art. 1 et 20 auxquels l'art. 79 al. 3 renvoie ne peut supprimer l'un des principes originaires énoncés dans ses articles ; une révision ajoutant à l'un de ces deux articles un principe nouveau n'est pas pour autant nulle, mais ce principe n'est pas au nombre de ceux couverts par la disposition d'intangibilité ; enfin des amendements rédactionnels laissant intouchés les principes originaires des art. 1 et 20 ne sont pas prohibés.

b) Interprétation restrictive ou « interprétation minimaliste » ?

Cette question est provoquée par l'interprétation qu'a donnée la Cour constitutionnelle de l'art. 79 al. 3 à l'occasion de sa décision « Écoutes téléphoniques » du 15 décembre 1970²⁷. Cette interprétation violemment critiquée a été semble-t-il amendée par la décision « Expropriations de RDA » de 1991.

26

voir not. : ISENSEE, *Das legalisierte Widerstandsrecht*, 1969, p. 96 et sq. ; HESSE, *Das neue Notstandsrecht der BRD*, 1969, p. 16 et s. ; du même, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, n° 761 ; STERN, *Das Staatsrecht der BRD*, 2e éd., t. 1, p. 172 ; BADURA, in Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, t. 7, § 160, n° 28 ; DOLZER, *ibid.*, § 171, n° 12 ; HERZOG, in Maunz/Dürig/Herzog, *Art. 20, IX*, n° 10 ; SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, 7e éd., Art. 20, n° 25 et Art. 79, n° 14 ; MANGOLDT/KLEIN, *GG Kommentar*, 2e éd., Art. 79, p. 1898.

27

BVerfGE 30, 1 (24 et s.).

• « Écoutes téléphoniques »

Il s'agissait de contrôler la révision de l'art. 10 al. 2 LF permettant dans certaines hypothèses des écoutes téléphoniques sans information de l'intéressé et soumises au seul contrôle d'un organe non-juridictionnel institué par le *Bundestag*, à l'exclusion de toute intervention judiciaire.

La décision débute par une interprétation que Brunn-Otto Bryde a pu justement qualifier de « minimaliste »²⁸ :

« L'art. 79 al. 3 LF, en tant que limite posée au législateur révisant la Constitution, a pour sens d'empêcher que l'ordre constitutionnel en vigueur puisse être supprimé dans sa substance, dans ses fondements par la voie formellement légale d'une loi de révision et servir ainsi de légalisation ultérieure d'un régime totalitaire ». L'art. 79 al. 3 est une « disposition d'exception » ce qui implique qu'on prenne d'autant plus au sérieux la « restriction de la limitation du pouvoir de révision » attachée à la lettre de la disposition. En conséquence, selon la Cour :

1) S'agissant de l'interprétation de « *toucher* aux principes... » : L'art. 79 al. 3 LF interdit seulement d'« abandonner purement et simplement les principes qui y sont énoncés », mais non de les modifier pour faire face à des situations particulières pour des raisons objectives évidentes dès lors qu'« en général » (*im allgemeinen*) ils sont préservés. Le verbe « *toucher* » (*berühren*) de l'art. 79 al. 3 ne signifie en tout cas sûrement pas plus que « porter atteinte à la substance » au sens de l'art. 19 al. 2 LF.

2) S'agissant de l'interprétation de « aux principes énoncés aux articles... » : Ici aussi l'interprétation se révèle être particulièrement restrictive. Le mot « énoncés » (*niedergelegt*) signifie « explicitement inscrits dans le corps des textes visés ». Concernant l'art. 20 : le principe de l'État de droit n'y est pas « énoncé » en ce sens mais seulement certains sous-principes (principe de constitutionnalité, principe de légalité, principe de séparation des pouvoirs). Mais n'y sont pas énoncés une série de sous-principes que la Cour constitutionnelle déduit ordinairement du principe de l'État de droit qu'elle reconnaît par ailleurs consacré par ce même article 20. Notamment : n'est pas « énoncé » et en conséquence n'est pas garanti par l'art. 79 al. 3 LF, le principe selon lequel le citoyen a droit à la protection juridictionnelle la plus complète possible (décisif pour la solution de l'affaire).

3) Cet ensemble minimaliste aboutit aussi à une interprétation tellement restrictive de la dignité humaine que celle-ci y est réduite à sa plus simple expression : l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants. Cette réduction est elle aussi décisive aussi pour la solution de l'espèce.

Cette décision témoigne d'une très grande retenue. Peu de décisions ont déclenché une critique aussi unanime. 3 des 8 juges de la seconde chambre ont rendu une opinion dissidente. « L'art. 79 al. 3 signifie davantage » que le rejet de la légalisation formelle d'un régime totalitaire. La CCF a « complètement méconnu la signification » de la disposition. « Certaines décisions fondamentales de l'auteur de la LF y sont déclarées inviolables pour la durée de validité de la LF - sans anticipation en ce qui concerne une Constitution de l'Allemagne dans son ensemble ». Sur la base de cet autre point de départ : les

trois aspects développés par la Cour sont rejetés. Même s'il convient de ne pas interpréter « extensivement » cette « disposition d'exception ».

• La décision « Expropriations de RDA ».

A la différence de la première, celle-ci est rendue par la première chambre de la Cour et, à mon sens, elle modifie la doctrine de la décision Écoutes téléphoniques. C'est l'alinéa 3 de l'art. 143 LF introduit à l'occasion de la réunification et destiné à couvrir constitutionnellement la non-rétrocession des biens expropriés à l'Est avant 1949 qui est contrôlé.

Il n'y est plus question de ce que le sens de l'art. 79 al. 3 serait d'éviter seulement la légalisation d'un totalitarisme. Même s'il rappelle la décision Écoutes téléphoniques, il modifie cependant de manière heureuse l'interprétation de l'expression « *toucher* aux principes énoncés... ». Ces principes sont absolument intangibles, seule leur « mise en forme dans le droit positif » peut être modifiée. L'essence est intouchable ; l'accident variable. Par ailleurs, la Cour détermine dans quelle mesure les droits fondamentaux autres que le droit au respect de la dignité humaine, sont eux aussi soustraits à la compétence de l'autorité de révision : « dans la mesure où ils sont indispensables au maintien d'un ordre conforme à l'art. 1 al. 1 et 2 » (c'est-à-dire : le respect de la dignité humaine et la reconnaissance de droits inviolables et inaliénables de l'homme). C'est ainsi que sont protégés le principe d'égalité et la prohibition de l'arbitraire (dans leurs « éléments essentiels ») et le droit de propriété (dans son « *Kernbereich* » : noyau dur).

D'après ce qui vient d'être dit de ces deux décisions, on pourrait croire que la Cour constitutionnelle fédérale analyse l'art. 79 al. 3 dans le sens de Carl Schmitt. Il existe deux couches de droit constitutionnel dont l'une est inaltérable par la volonté souveraine du constituant originaire. Une pure réception de la théorie de Schmitt²⁹.

Mais à mon sens il n'en est rien. Car, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, une partie de l'art. 79 al. III - et non la totalité - n'est que la positivisation d'un *droit supra-positif* qui forme une troisième couche supérieure.

c) Limitations constitutionnelles et droit supra-positif.

Dans la doctrine défendue me semble-t-il par la Cour constitutionnelle, et suffisamment clairement dans la décision expropriation, il convient de distinguer parmi les principes garantis par l'art. 79 al. 3 ceux qui sont l'expression d'un droit supra-constitutionnel et ceux qui ne sont garantis que de par la volonté du constituant originaire (par ex. ceux qui se rattachent à la forme fédérale de l'État).

Décision expropriation : « *Tout comme le constituant originaire, le législateur révisant la constitution ne saurait donc négliger les postulats fondamentaux de justice* ».

Il s'agit de la reprise d'une position que la Cour constitutionnelle bavaroise avait adoptée et que la Cour constitutionnelle fédérale avait confirmée dans sa décision du 23 octobre 1951 :

²⁹ En ce sens : Michael BRENNER, Möglichkeiten und Grenzen grundrechtsbezogener Verfassungsänderungen, dargestellt anhand der Neuregelung des Asylrechts, *Der Staat* 1993, p. 495.

²⁸ B.-O. BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, 1982, p. 239.

« Il existe des principes constitutionnels qui sont tellement l'expression d'un droit préexistant lui-même à la Constitution qu'ils lient même le constituant et que d'autres dispositions, qui n'ont pas droit à ce rang peuvent être nulles du fait de la violation de ces principes ».

C'est cette position qui l'a amené dans sa décision du 18 décembre 1953 à admettre le renvoi préjudiciel tendant au contrôle de l'art. 117 al. 1 LF, c'est-à-dire d'une norme inscrite dans le texte origininaire de la Loi fondamentale. Si le Constituant origininaire peut en principe prévoir des exceptions aux normes même les plus fondamentales qu'il pose, cela ne va pas sans limite. L'admettre serait « rechuter » dans l'artirude d'« un positivisme légaliste axiologiquement neutre dépassé depuis longtemps ». Le Constituant a « positifé » certains principes suprapositifs. Cette positivisation n'a cependant pas fait perdre aux normes concernées leur valeur de droit suprapositif. Donc : « Il est loisible au pouvoir constituant origininaire de prévoir des exceptions à ces principes mais seulement dans la mesure où il n'exède pas, ce faisant, les limites extrêmes de la justice »³⁰.

Le juge n'a jamais constaté de telles violations dans le texte origininaire. Voir : Décisions du 26 février 1954 (Art. 131 LF)³¹, du 5 octobre 1955 (art. 132 LF)³², du 14 novembre 1962 (art. 134 al. 4 LF)³³, et encore pour citer une décision plus connue : Jugement du 17 août 1956 sur l'inconstitutionnalité du Parti Communiste d'Allemagne dans lequel il vérifie que la procédure permettant l'interdiction des partis visant à porter atteinte ou à évincer l'ordre constitutionnel libéral et démocratique n'est pas du droit constitutionnel inconstitutionnel (en rapport avec la liberté d'expression)³⁴.

Dans toutes ces décisions, il ne s'agit pas de l'art. 79 al. 3, ni même pour être précis et malgré la terminologie de la Cour d'un « droit constitutionnel inconstitutionnel », mais bien, si vous me passez l'affreuse expression : de « droit constitutionnel anti-supra-constitutionnel ».

C'est dans ce droit fil que s'inscrit indéniablement la remarque citée de la Cour dans la décision « Expropriations » : « Tout comme le constituant origininaire... Evidemment aujourd'hui la recherche d'« inconstitutionnalités » commises par les Pères de la Loi fondamentale n'a plus guère de chance de succès. Et la Cour constitutionnelle fédérale elle-même avait indiqué en 1953 le très faible taux de probabilité de tels dérapages.

La remarque de 1991 se projette bien davantage vers l'avenir. Elle vise le constituant de l'art. 146 : « La présente Loi fondamentale, qui, après le parachèvement de l'unité et de la liberté de l'Allemagne, vaut pour le peuple allemand dans son ensemble, perd sa validité au jour où une Constitution entrera en vigueur, qui aura été adoptée par le peuple allemand en tout libéré de décision ».

Mais si je suis mon raisonnement en trois couches, et s'il est exact, il faut bien insister sur le fait que la Cour constitutionnelle n'affirme pas ici que ce pouvoir constituant de l'avenir est lié par l'art. 79 al. 3 (comme il est parfois soutenu), mais seulement par les normes appartenant à cette couche supérieure supra-constitutionnelle. En tout état de cause, la seconde chambre

de la Cour constitutionnelle a indiqué de manière formelle dans la décision du 12 octobre 1993 (Maastricht) que l'art. 79 al. 3 lui-même ne pouvait lier le pouvoir constituant.

Il en résulte aussi qu'à l'égard de ces normes-là, qui sont aussi visées par l'art. 79 al. 3, cette dernière disposition n'a que valeur déclarative, et non constitutive. Pour les autres elle est, en revanche, une disposition constitutive. C'est-à-dire que notamment les limitations liées à la forme fédérale de l'État sont des limitations matérielles constitutionnelles au pouvoir de révision, en vertu du droit constitutionnel positif.

d) L'interprétation de la Constitution conforme à la Constitution.

Voilà, si je l'ai comprise correctement l'architecture à trois étages que propose la Cour constitutionnelle fédérale : droit constitutionnel « ordinaire », droit constitutionnel « protégé » et droit « supra-constitutionnel ». La révision constitutionnelle ne peut se mouvoir que dans la couche inférieure. Jusqu'à ce jour aucune annulation n'a été prononcée. Ce qui ne veut pas dire que cette construction ait été dépourvue d'effets contraignants. Plutôt que de censurer, le juge constitutionnel a véritablement procédé par voie d'interprétation de dispositions constitutionnelles conforme à la Constitution. L'interprétation de la Constitution conforme à la Constitution ou, comme l'écrit Friedrich Müller : Interprétation de la Constitution conforme aux « principes essentiels ».

C'est en tout cas ce qui se passe dans la décision « Écoutes téléphoniques », si la révision de l'art. 10 al. 2 LF est déclarée constitutionnelle, c'est après être passée sous les fourches caudines de l'interprétation conforme. « Une disposition constitutionnelle ne peut être interprétée isolément à partir de son seul texte. Toutes les dispositions constitutionnelles doivent au contraire être interprétées de telle sorte qu'elles soient compatibles avec les principes élémentaires de la loi fondamentale et de son ordre de valeurs ». Ainsi le principe de proportionnalité en l'espèce resserre-t-il l'interprétation du texte vague de la révision (l'information a posteriori de l'intéressé doit être faite si les menaces qui ont motivé la mesure ont disparu, seules peuvent être surveillées les personnes qui font l'objet d'un soupçon concret, elles ne peuvent l'être qu'après épuisement des autres moyens d'enquête etc.).

Cette pratique débouche d'ailleurs en l'espèce sur deux difficultés méthodologiques :

La Cour procède à cette interprétation conforme dans la partie de la décision où elle dit interpréter le sens de l'art. 10 al. 2 avant, dans un second temps, de contrôler la conformité à l'art. 79 al. 3. Mais en réalité parce que l'interprétation conforme procède aussi du « contrôle », le résultat de ce dernier est prédécidé pour ainsi dire dans la partie consacrée à l'« interprétation », notamment pour la justification délivrée sur le fondement de la « démocratie militante ».

Deuxièmement : les principes en conformité desquels est interprétée la disposition révisée sont-ils vraiment ceux de l'art. 79 al. 3 ? Cela ne ressort pas clairement de la décision : L'art. 10 est d'abord interprété (notamment conformément à ces « principes élémentaires », dont il ne nous est pas dit qu'ils correspondent à ceux de l'art. 79 al. 3) ; puis *seulement* l'art. 79 al. 3 est lui-même interprété dans le sens qu'on a dit avant que les deux normes soient confrontées dans le moment du contrôle.

30 BVerfGE 3, 225 (232 et s.).

31 BVerfGE 3, 288 (350).

32 BVerfGE 4, 294 (296).

33 BVerfGE 15, 126 (143 et s.).

34 BVerfGE 5, 85 (137 et s.).

Si les principes élémentaires conformément auxquels est interprété l'art. 10 al. 2 ne sont pas ceux de l'une des deux couches déjà identifiées, on déboucherait sur un chaos indescriptible et injustifiable³⁵.

Plus correcte, me semble-t-il est l'interprétation conforme à la Constitution de l'art. 74a entreprise dans la décision du 26 juillet 1972 : en faisant usage de sa compétence législative dans la matière concurrente du traitement et du régime social des fonctionnaires des Länder ouverte par la disposition citée, la Fédération demeure liée au principe de la loyauté fédérale qui découle de l'art. 20 al. 1 (principe de l'État fédéral) et ne saurait par cet exercice priver les Länder du droit à entreprendre des réformes de structures susceptibles de créer des emplois attachés à des fonctions nouvelles³⁶.

§ 3. Les limitations constitutionnelles aux transferts de droits de souveraineté.

A/ Combinaison des art. 24 al. 1 et 23 al. 1 LF.

Au terme de l'art. 24 al. 1 LF : « La fédération peut transférer par voie législative des droits de souveraineté à des institutions inter-étatiques ». En raison, notamment, des doutes émis sur la qualité d'institutions inter-étatiques des communautés européennes, la révision « Maastricht » du 21 décembre 1992 a flanqué cette disposition générale d'une disposition spéciale contenue désormais dans l'art. 23 al. 1 :

« En vue de la réalisation d'une Europe unie, la RFA contribue au développement de l'Union européenne qui est soumise aux principes de la démocratie, de l'État de droit, de l'État social comme aux principes fédératif et de subsidiarité et qui garantit une protection des droits fondamentaux pour l'essentiel comparable à celle de la présente Loi fondamentale. A cet effet, la Fédération peut transférer des droits de souveraineté par voie législative avec l'approbation du *Bundesrat*. Pour la fondation de l'Union européenne comme pour les modifications de ses fondements conventionnels qui auraient pour effet de modifier ou compléter le contenu de la présente Loi fondamentale ou de rendre de telles modifications ou compléments possibles, l'art. 79 al. 2 et 3 s'applique ».

B/ Limitations aux transferts de l'art. 24 al. 1.

Pour comprendre le sens de cette disposition nouvelle, il est indispensable de rappeler l'interprétation de l'art. 24 al. 1 donnée par la Cour constitutionnelle fédérale. Décisions de principe sur cette question : Déc. du 29 mai 1974 (Solange 1)³⁷, décision du 23 juin 1981 (Eurocontrol 1)³⁸, décision 22 octobre 1986 (Solange 2)³⁹.

Eurocontrol 1 : « Le transfert de droits de souveraineté produit une intervention dans et une modification de l'ordre des compétences fixé par la

35 Pour une critique serrée de cette argumentation de la Cour : Friedrich MÜLLER, *Die Einbeit der Verfassung*, Berlin, 1979, p. 27 et s.

36 BVerfGE 34, 9 (19 et s.)

37 BVerfGE 37, 271 (279 et s.)

38 BVerfGE 58, 1 (36 et s.). Voir aussi : Eurocontrol 2 : BVerfGE 59, 63 (90 et s.).

39 BVerfGE 73, 339 (375 et s.).

Constitution et donc, du point de vue matériel, une révision de la Constitution ».

Or cette révision se produit « par voie législative » : il s'agit d'une loi ordinaire, et la Cour (Eurocontrol 1) précise qu'une « révision formelle conformément à l'art. 79 LF n'est pas nécessaire ».

Nous sommes donc en présence d'une révision dont il est admis qu'elle n'est pas soumise ni à l'alinéa 1 (obligation de modification du texte), ni à l'alinéa 2 (majorité qualifiée) de l'art. 79. Qu'en est-il dans ces conditions des limites matérielles à ce pouvoir très particulier de révision ?

Solange 1 : « L'art. 24 LF parle de transferts de droits souverains à des institutions inter-étatiques. Cela ne peut être pris au pied de la lettre. L'art. 24 LF doit, comme toute disposition constitutionnelle de nature semblablement fondamentale, être comprise et interprétée dans le contexte de la Constitution prise dans son ensemble. Cela signifie qu'il n'ouvre pas la voie à une modification sans révision constitutionnelle, c'est-à-dire par voie législative, de la structure fondamentale de la Constitution sur laquelle repose son identité. » Cette identité, la Cour la trouve dans le standard minimum de protection des droits fondamentaux.

On aurait pu logiquement s'attendre à ce que cette identité de la Loi fondamentale, elle la découvre explicitement dans l'art. 79 al. 3, dans le noyau intangible. Or, non seulement elle ne le fait pas, mais en plus la décision Solange 1 laisse entendre qu'une révision constitutionnelle formelle pourrait permettre de passer l'obstacle de l'identité.

Ici, une couche supplémentaire se forme me semble-t-il, entre ce que nous avons appelé le droit constitutionnel ordinaire et le droit constitutionnel protégé de l'art. 79 al. 3 :

- Droit constitutionnel irrévocable de l'art. 79 al. 3

- Droit constitutionnel intouchable par la voie de l'art. 24 al. 1.

- Droit constitutionnel ordinaire.

Mais deux remarques :

1. La logique de l'ensemble me pousse à adopter le point de vue généralement admis en doctrine, mais non clairement décidé par la Cour, selon lequel les éléments de l'art. 79 al. 3 sont eux aussi hors d'atteinte du législateur de l'art. 24 al. 1.⁴⁰ Comme l'écrit Ingo von Münch : « Il serait pour le moins contradictoire que (les principes visés par l'art. 79 al. 3) échappent à une révision constitutionnelle, et qu'il puissent pourtant être évacués par une loi ordinaire de transfert de droits de souveraineté »⁴¹.

2. Or, sur la base de l'interprétation de l'art. 79 al. 3 donnée par la Cour constitutionnelle fédérale dans la décision « Expropriations », il apparaît que l'essentiel des principes consacrés par les droits fondamentaux de la LF (cet essentiel qui forme l'identité de la Constitution dans les décisions sur l'art. 24) est contenu aussi dans la masse protégée par l'art. 79 al. 3. De sorte que pour l'avenir, et s'agissant de l'art. 24 al. 1 (transferts à des institutions

40

Dans ce sens : Chr. TOMUSCHAT, *Bonner Kommentar*, Art. 24, n° 50 et s. ; M. ZUIBEG, *Alternativ-Kommentar*, Art. 24, n° 39 ; K. STERN, *Staatsrecht*, t. 1, p. 164 ; H. MOSLER, *Die Übertragung von Hoheitsgewalt, Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Isensee/Kirchhof (éds.), t. 7, 1992, p. 629 et s. ; I. VON MÜNCH, *Staatsrecht I*, 5e éd., 1993, p. 404. En français : J. SCHWARZE, La ratification du Traité de Maastricht en Allemagne, l'arrêt de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, mai 1994, p. 296.

41

I. V. MÜNCH, *op. cit.*, p. 404.

autres que l'Union européenne) cette couche intermédiaire que nous avons cru pouvoir identifier pourrait disparaître au profit de la claire reconnaissance de l'intangibilité (même par voie de révision formelle) de l'art. 79 al. 3.

C/ Limitations des transferts de l'art. 23 al. 1 LF.

Si l'on admet que le législateur de l'art. 24 et limité par l'art. 79 al. 3, alors l'étendue de sa compétence rejoint celle du législateur de l'art. 23 al. 1 s'agissant de transferts de souveraineté au profit de l'Union européenne. Celui-ci est clairement limité par le noyau des « garanties éternelles ». C'est ainsi que dans la décision Maastricht, la Cour contrôle que la loi d'approbation du traité ne confère pas à l'Union européenne des attributions et compétences qui « viderait de leur substance les compétences de décision et de contrôle du *Bundestag* d'une manière portant atteinte au principe de démocratie dans la mesure où celui-ci est déclaré intangible par l'art. 79 al. 3 LF ». Le droit subjectif de l'art. 38 qui fonde le recours constitutionnel recevable interdit qu'il soit porté atteinte « au principe de démocratie dans la mesure où celui-ci est déclaré intangible par les dispositions combinées de l'art. 79 al. 3 et de l'art. 20 al. 1 et 2 LF ».

En revanche, le principe selon lequel un transfert de droits souverains ne saurait avoir pour conséquences de remettre en cause « la protection des droits fondamentaux assurée par la Loi fondamentale » demeure dans la décision Maastricht un principe indépendant de l'art. 79 al. 3, et poursuit donc le fil de la jurisprudence traditionnelle, même si la référence au motif de « l'identité de la Constitution » a disparu.

CONCLUSION

Le droit constitutionnel allemand ne se présente donc pas sous la forme d'un plan euclidien, mais sous celle d'un espace structuré. L'élément structurant fondamental est l'art. 79 al. 3 LF qui garantit (éternellement ?) un noyau dur contre toute révision formelle (celle qui emprunte la voie des al. 1 et 2 de l'art. 79) comme contre les révisions induites par les lois de transferts de souveraineté (art. 24 et art. 23).

Cette structure en deux couches a été cependant compliquée par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale. Elle reconnaît en effet, surplombant tout l'édifice, une couche de principes « suprapositifs » échappant au pouvoir constituant originaire lui-même. Par ailleurs, un standard minimum de protection des droits fondamentaux échappe à la compétence des législations de transferts de droits de souveraineté, sans que cette limitation soit fondée dans l'art. 79 al. 3, ce qui apparaît souhaitable et possible d'après l'interprétation de cette disposition donnée par la décision Expropriation de 1991. Enfin, nous avons vu apparaître un ensemble de principes élémentaires non-identifiés justifiant une interprétation conforme d'une disposition constitutionnelle dans la décision « Écoutes téléphoniques ».

Mon sentiment personnel est que si l'on doit admettre l'incidence de l'art. 79 al. 3 sur la structuration interne du droit constitutionnel, les autres « couches » jurisprudentiellement découvertes (et qui se recouvrent partiellement les unes les autres) sont autant de complications inutiles, voire difficilement justifiables au regard du droit positif.

aa) Les exigences constitutionnelles du principe de démocratie à l'égard de la structure organisationnelle et des procédures de décision de l'Union européenne dépendent de la question de savoir dans quelle mesure des fonctions de puissance publique sont transférées à l'Union et quel est le degré d'autonomie politique lors de l'exercice des droits de souveraineté transférés. Un approfondissement de l'intégration peut être contraire à la Constitution, si le niveau de légitimité démocratique ne va pas de pair avec l'étendue et l'importance du pouvoir politique supranational. Tant que et dans la mesure où demeure respecté le principe d'attribution dans un regroupement d'Etats souverains revêtant des caractéristiques prononcées de coopération exécutive et gouvernementale, la légitimité conférée par l'intermédiaire des Parlements et des gouvernements nationaux est en principe suffisante et elle est complétée et étayée par le Parlement européen élu au suffrage direct (...)

263

Si en revanche le seuil vers un Etat fédéral et une renonciation à la souveraineté nationale était franchi – ce qui, en Allemagne, exigerait une libre décision du peuple qui irait au-delà de la Loi fondamentale [GG] actuellement en vigueur – les exigences démocratiques devraient être respectées à un degré correspondant totalement à la légitimité d'une entité de pouvoir organisée sous la forme d'un Etat. Un tel niveau de légitimité ne pourrait alors plus être imposé par les ordres constitutionnels nationaux.

264

Il y aurait un déficit démocratique structurel intolérable au regard de l'article 23 combiné à l'article 79 alinéa 3 GG, si l'étendue des compétences, le pouvoir d'action politique et le degré de formation autonome de la volonté des organes de l'Union atteignaient un niveau correspondant à celui du niveau de la fédération dans un Etat fédéral (niveau analogue à celui d'un Etat), par exemple parce que les compétences législatives essentielles à l'autodétermination démocratique seraient exercées en plus grande partie à l'échelon de l'Union. Si, dans le cadre de l'évolution de l'intégration européenne, une disproportion devait surgir entre la nature et l'étendue des droits de souveraineté exercés d'une part, et le degré de légitimité démocratique d'autre part, il appartiendrait à la République fédérale d'Allemagne en raison de sa responsabilité d'intégration d'agir en vue d'apporter un changement à une telle situation et, en ultime recours, de refuser de continuer à participer à l'Union européenne.

265

bb) Pour la préservation des principes démocratiques, il peut être nécessaire de souligner avec force le principe d'attribution dans les traités et dans l'application et l'interprétation de ces derniers, afin de maintenir l'équilibre des forces politiques en Europe entre les Etats membres et le niveau de l'Union, équilibre qui est la condition pour la répartition des droits de souveraineté dans le cadre du regroupement d'Etats.

266

En ce qui concerne le respect des principes démocratiques par l'Union européenne, l'article 23 alinéa 1 phrase 1 GG n'exige cependant pas qu'il y ait une « *équivalence structurelle* » (...), voire une identité entre l'ordre institutionnel de l'Union européenne et l'ordre juridique que le principe de démocratie selon la Loi fondamentale impose pour le niveau du droit interne. Ce qui est cependant exigé est une organisation démocratique adéquate eu égard au statut et à la fonction de l'Union européenne (...). Il résulte du sens et du but de la clause de préservation des structures fondamentales qu'au niveau européen, le principe de démocratie ne doit pas nécessairement être réalisé de la même manière que celle qui était encore exigée dans les années 1950 et 1960 à l'égard d'institutions internationales au sens de l'article 24 alinéa 1 GG (...).

267

Le principe de démocratie est en principe ouvert aux exigences découlant d'une organisation supranationale et ce, non pas pour adapter son contenu normatif à la situation de fait de chaque organisation de pouvoir politique concernée, mais pour conserver une vigueur constante dans des situations changeantes (...). L'article 23 alinéa 1 phrase 1 GG se base ainsi sur la prémisse que les principes démocratiques ne peuvent être réalisés dans l'Union européenne de la même manière qu'ils le sont dans la Loi fondamentale (...).

cc) Dans les Etats territoriaux modernes, l'autodétermination d'un peuple se réalise essentiellement par l'élection des organes d'une entité de pouvoir qui exercent la puissance publique. Les organes doivent être constitués par une décision majoritaire des citoyens, lesquels peuvent, à intervalles réguliers, influencer l'orientation politique de base, tant sur le plan personnel que matériel. Une opinion publique libre et une opposition politique doivent être en mesure d'apporter leurs observations critiques aux grandes lignes du processus de décision et d'imputer ce dernier à ceux qui en sont responsables – en général, un gouvernement [...]

270

Dans une démocratie, le peuple doit pouvoir désigner le gouvernement et le pouvoir législatif au suffrage libre et égal. Ce noyau dur peut être complété par la possibilité de référendums sur des questions de fond, possibilité qui pourrait être ouverte aussi en Allemagne par une révision de la Loi fondamentale. En démocratie, la décision du peuple est au centre de la formation et de l'affirmation du pouvoir politique : Tout gouvernement démocratique connaît la crainte de perdre le pouvoir en cas de non-réélection. Dans son arrêt relatif à l'interdiction du Parti communiste d'Allemagne rendu en 1956, la Cour constitutionnelle fédérale a décrit la démocratie comme étant la « *lutte pour le pouvoir politique* » selon une procédure déterminée et qui est menée pour l'obtention de la majorité. Il s'agit de déterminer la volonté de la majorité réelle du peuple, volonté qui se manifeste conformément à une procédure soigneusement fixée et qui est précédée par un débat libre. Que la majorité « *puisse toujours changer* », qu'il existe un système multipartite et un droit « *à une opposition politique organisée* » a été considéré dans cet arrêt comme étant d'ordre primordial pour l'organisation démocratique du pouvoir de l'Etat (...).

271

De son côté, l'Union européenne reconnaît que cette idée centrale de démocratie fait partie des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres (cf. l'article 3 alinéa 1 du Protocole additionnel du 20 mars 1952 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, < 1er Protocole additionnel à la CEDH >, Journal officiel fédéral BGBI. 2002 II p. 1072 > ; CSCE, Document de la réunion de Copenhague de la Conférence sur la dimension humaine de la CSCE, dans la revue EuGRZ 1990, pages 239 et suivantes, no 7), lorsqu'elle impose des exigences structurelles en ce sens aux Etats membres et qu'elle érige leur réalisation permanente réelle en condition pour pouvoir participer à l'intégration européenne (article 6 alinéa 1 TUE ; article 2 TUE Lisbonne ; cf. déjà les conclusions de la présidence du Conseil européen de Copenhague des 21 et 22 juin 1993, Bulletin UE 6-1993, I. 13 ; Agenda 2000, COM (97) 2000 version finale, partie I, p. 52). Etant donné que et dans la mesure où l'Union européenne elle-même n'exerce qu'une puissance publique dérivée, il n'est pas nécessaire qu'elle satisfasse intégralement à ces conditions. Contrairement à l'organisation dans un Etat fédéral, le Conseil au niveau européen n'est pas une seconde chambre parlementaire, mais l'organe de représentation des maîtres des traités et par conséquent, il n'est pas composé selon une représentation proportionnelle, mais d'après le principe de l'égalité entre les Etats membres. Le Parlement européen en tant qu'organe de représentation des peuples élu directement par les citoyens de l'Union constitue une source supplémentaire et autonome de légitimité démocratique (...). En tant qu'organe de représentation des peuples dans une communauté supranationale qui, en tant que telle, est caractérisée par une volonté limitée d'unité, la composition du Parlement européen ne peut et ne doit pas forcément satisfaire aux exigences qui, au niveau de l'Etat, découlent du droit de suffrage égal. Il n'est pas nécessaire non plus que la Commission, en tant qu'organe supranational spécifique, remplisse toutes les conditions d'un gouvernement pleinement responsable soit devant le Parlement soit devant la décision majoritaire des citoyens, parce qu'elle-même ne dépend pas manière comparable de la volonté des électeurs.

272

Tant que l'organisation européenne des compétences est régie par le principe d'attribution et exercée par des procédures de décision coopératives et qu'elle respecte la responsabilité d'intégration des Etats membres, et aussi longtemps que subsiste un équilibre entre les compétences de l'Union et celles des Etats membres, il ne sera ni possible ni nécessaire d'organiser la démocratie de l'Union européenne de manière analogue à celle dans un Etat. L'Union européenne est au contraire libre de rechercher des chemins particuliers de complément démocratique, par exemple par des formes supplémentaires et innovantes de procédures de décision politique transparentes ou participatives. La simple participation des citoyens et de leurs organisations au pouvoir politique – c'est-à-dire leur

association directe aux débats des organes compétents pour adopter des décisions politiques contraignantes – ne peut certes remplacer le rapport de légitimité qui se rattache aux élections et votations. De tels éléments de démocratie participative peuvent cependant remplir une fonction accessoire dans la légitimation du pouvoir de la puissance publique européenne. Ceci inclut en particulier des formes de légitimation dans lesquelles l’engagement citoyen peut être apporté de manière plus directe, plus spécialisée et plus approfondie à l’égard des sujets concernés, par exemple lorsqu’est donnée la possibilité aux citoyens de l’Union et à leurs organisations sociales importantes (article 11 alinéa 2 TUE Lisbonne : « *associations représentatives* ») d’exprimer leurs points de vue de manière adéquate. De telles formes de participation décentralisée et marquée par la division du travail, participation susceptible d’accroître la légitimité, contribuent de leur côté à la mise en œuvre effective du rapport de légitimité primaire représentatif et démocratique. (...)

riel » d'une part, et le point de vue « formel » ou « organique » d'autre part. Nous ne l'utiliserons que dans son sens le plus simple, sinon simplifié (1).

Rappelons seulement que toute définition d'une notion juridique peut se faire soit du point de vue matériel, soit du point de vue formel. Le point de vue matériel s'attache au contenu de l'activité, de l'acte ou de la situation qu'il s'agit de définir. Le point de vue formel s'attache aux procédures qu'utilise cette activité ou qui aboutissent à cet acte ou à cette situation. On pourrait distinguer un troisième point de vue, le point de vue organique, qui prendrait en considération la nature des organes en cause. Mais on peut considérer que ce point de vue n'est pas réellement autonome, car il est englobé dans le point de vue formel. En effet, si l'on utilise le point de vue formel, c'est-à-dire si l'on prend en considération les procédures, on est par là même obligé de faire place aux considérations tirées de la nature des organes intervenant dans ces procédures.

Même lorsqu'ils n'utilisent pas le vocabulaire théorique que l'on vient d'évoquer, la jurisprudence et les auteurs emploient nécessairement les techniques auxquelles ce vocabulaire correspond. Prenons un exemple simple : le problème de la classification des actes administratifs unilatéraux. On peut adopter pour cette classification un critère matériel : dans cette perspective, on adoptera comme principe de distinction ce qui caractérise les divers contenus (c'est-à-dire les divers objets possibles) des actes administratifs et l'on sera conduit à distinguer entre les actes réglementaires posant des règles générales et impersonnelles et les actes non réglementaires. Si l'on se place à un point de vue formel, au contraire, on classera les actes administratifs unilatéraux d'après les diverses procédures (et donc d'après les divers organes) qui leur donnent naissance et l'on sera amené à distinguer successivement : les décrets du Président de la République (avec un certain nombre de sous-distinctions formelles), les décrets du Président du Conseil (même remarque), les décisions des diverses autorités administratives. Il va de soi d'ailleurs que les deux points de vue peuvent se combiner et que, en certains cas, il est impossible de donner une définition sans utiliser cumulativement les deux points de vue ; ainsi le règlement d'administration publique ne peut se définir qu'en faisant appel à la fois au point de vue matériel (règlement en vue de l'application d'une loi) et au point de vue formel (invitation du législateur, intervention du Conseil d'État, édicition par le Président du Conseil).

Ainsi le point de vue « formel » et le point de vue « matériel » sont des catégories de la logique juridique que l'on utilise nécessairement, même si on ne les nomme pas expressément.

13. Les deux points de vue sont, sous l'angle de la logique, également nécessaires et il est souvent indispensable de les combiner pour arriver à des définitions complètes. Mais les effets attachés par le droit positif à l'un ou à l'autre peuvent être bien différents. Selon que le droit positif attache les effets les plus importants à l'un ou à l'autre point de vue, tire ses concepts essentiels de l'un ou de l'autre, on a affaire à des systèmes bien différents.

Or, notre droit constitutionnel et, par voie de conséquence, comme nous le montrerons, notre droit administratif positif donnent une incontestable prééminence au point de vue formel ; les critères et les notions de caractère matériel ne doivent pas être négligés, mais ont un caractère subsidiaire. C'est pourquoi la construction du droit administratif sur la base du service public, [notion] principalement matérielle, cadre mal avec notre droit positif.

14. Que le point de vue essentiel de notre droit constitutionnel soit le point de vue formel n'est plus à démontrer depuis CARRÉ DE MALBERG.

La notion-clé de notre droit public est sans aucun doute celle de loi (2). Elle constitue un excellent terrain d'expérience pour établir la prééminence des critères formels et le caractère subsidiaire des critères matériels.

(1) Comme exemples de l'emploi de ces notions, cf. R. BONVARD, *Précis de droit administratif*, 1935, p. 35 et suiv. ; A. DE LAUBADÈRE, « Traité », nos 16 et 17.

(2) Cf. R. MASSÉROL, « Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français », *Études et Documents du Conseil d'État*, n° 3, p. 50 et suiv.

CONFRONTATION DE LA THÉORIE DU SERVICE PUBLIC ET DES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS.

11. Comment passe-t-on des principes constitutionnels aux règles du droit administratif ? C'est ce que précisément les thèses de l'« école du service public » ne permettent pas de comprendre.

La notion même de service public n'est pas une notion constitutionnelle. Jusqu'au Préambule de la Constitution de 1946 aucun texte constitutionnel n'en faisait mention. Le Préambule n'utilise d'ailleurs le terme que de façon incidente pour définir le champ des nationalisations : « Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ». On a d'ailleurs souligné le caractère plus politique que juridique de la formule, car cette disposition qui constitue une directive pour le législateur abandonne à la seule appréciation de celui-ci le point de savoir ce qui caractérise « un service public national » (1).

Mise à part cette mention accidentelle du « service public », notre Constitution ne renferme pas d'autre disposition consacrant la notion. Il est en particulier remarquable, comme on le dira plus loin, que le constituant n'ait défini la tâche administrative que par la mission d'exécution des lois confiée au Président du Conseil (art. 47) et non par référence aux services publics.

Que la notion de service public soit étrangère au vocabulaire constitutionnel ne signifie évidemment pas qu'elle soit inexacte ou inconstitutionnelle. Mais c'est le signe qu'il manque un ou plusieurs maillons à la chaîne qui doit nécessairement relier les principes du droit administratif à ceux du droit constitutionnel. C'est le signe que la notion de « service public » n'a pas le caractère « premier » qu'on a voulu lui attribuer.

On verra plus loin (2) que les maillons qui manquent sont ceux du « pouvoir exécutif » et de la « puissance publique ».

12. Telle est la première constatation simple et quasi immédiate que l'on peut faire. La comparaison des données du droit constitutionnel et du système édifié en droit administratif par l'« école du service public » conduit à une autre conclusion, moins directe mais aussi certaine : il est impossible de construire le droit administratif sur une notion principalement matérielle alors que notre droit constitutionnel, fondement de l'ordre juridique et source des pouvoirs des gouvernements, recourt à peu près exclusivement à des notions et à des critères formels ou organiques.

Il est inutile d'exposer complètement, pensons-nous, la distinction entre le point de vue « maté-

(1) J. RIVERO et G. VEDÉL, « Les principes économiques et sociaux et la Constitution du 27 octobre 1946 », *Collection Droit Social*, cahier XXXI, p. 27, n° 34 ; R. PELLoux, « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *Rev. Dr. publ.*, 1947, p. 380. M. CAPRANT avait proposé devant l'Assemblée constituante la rédaction suivante, qui ne fut pas retenue : « Toute entreprise bénéficiant d'un monopole de fait ou de droit doit être exploitée en service public ». Cette manière de s'exprimer était beaucoup plus logique.

(2) *infra*, n° 30 et suiv.

30. Ce n'est pas à des spéculations théoriques, mais à la jurisprudence que nous demanderons de nous indiquer la base constitutionnelle du droit administratif. En vertu de quel titre constitutionnel existe-t-il une administration? en vertu de quel titre constitutionnel les administrateurs exercent-ils leurs compétences? Ce sont les réponses de la jurisprudence à ces questions qui désignent la base constitutionnelle du droit administratif.

Mais de telles questions se sont rarement posées au juge et ceci pour une raison simple; c'est que, la plupart du temps, le législateur est intervenu pour attribuer aux divers gouvernants ou administrateurs des compétences précises et pour en fixer l'étendue. Dès lors, en vertu d'un principe évident d'économie des moyens, le juge n'a pas à remonter jusqu'aux sources constitutionnelles pour résoudre les problèmes qui lui sont posés.

Ce n'est que dans les cas, peu fréquents, où l'exercice d'une compétence administrative non définie par le législateur paraît nécessaire que le juge est amené à rechercher dans le droit constitutionnel les bases de l'action administrative.

31. Examinant l'arrêt HEYRIES du 28 juin 1918 (3), le Doyen HAURIUOU écrivait avec raison : « Cette décision est l'une des plus riches en substance politique et gouvernementale qui aient été rendues depuis longtemps ».

On sait que, par cet arrêt, le Conseil d'État admettait que le Gouvernement avait pu suspendre par simple décret pour la durée des hostilités l'application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 relatif à la communication de leur dossier aux agents publics tombant sous le coup d'une mesure disciplinaire.

Les raisons de fait qui justifiaient la mesure gouvernementale critiquée par le recours se comprennent aisément et sont indiquées dans l'arrêt : « ...la communication, prescrite par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, à tout fonctionnaire, de son dossier, préalablement à toute sanction disciplinaire, était, pendant la période des hostilités, de nature à empêcher, dans un grand nombre de cas, l'action disciplinaire de s'exercer et à entraver le fonctionnement des diverses administrations nécessaires à la vie nationale... »

Mais en droit, comment justifier qu'une simple mesure gouvernementale pût suspendre l'application d'une loi? Le principe de la continuité des services publics n'y suffisait pas car en lui-même ce principe n'implique pas que l'autorité administrative soit habilitée à se substituer au législateur pour suspendre des dispositions édictées par celui-ci et dont, par une appréciation souveraine, le législateur n'avait pas pensé qu'elles fussent de nature à nuire au bon fonctionnement des services publics. La théorie des « circonstances exceptionnelles » ou des « pouvoirs de crise » encore à sa naissance, ne pouvait, à moins qu'on ne l'étendît démesurément, justifier la solution du Conseil d'État. En effet, si elle permettait une extension des pouvoirs normaux de l'autorité administrative (1) on ne pouvait, sans en changer complètement le sens, s'en servir pour justifier un renversement de la hiérarchie des actes juridiques imposée par notre droit constitutionnel.

C'est au droit constitutionnel dès lors qu'il faut remonter, et c'est ce que fait le Conseil d'État : « ...par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République est placé à la tête de l'administration française et chargé d'assurer l'exécution des lois...; il lui incombe dès lors de veiller à ce qu'à toute époque les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner et à ce que les difficultés de la guerre n'en paralysent pas la marche... »

Sous une forme laconique cet arrêt énonce un certain nombre de constatations de première importance.

Tout d'abord, c'est en vertu de la mission d'exécution des lois que la Constitution lui confie (2) que le Président de la République était, sous le régime de 1875, le chef de l'Administration; administrer, c'est donc, dans un sens qu'on précisera plus loin (3) « exécuter les lois ».

Ensuite, le fonctionnement continu des services publics est l'une des formes de l'exécution des lois.

Enfin, il peut se faire que, dans des circonstances exceptionnelles, l'exécution des lois puisse justifier la suspension de l'application d'une loi, affirmation qui, à première vue, étonne, mais dont, comme on le dira plus loin, l'arrêt HEYRIES n'est pas le seul exemple,

32. Si l'arrêt HEYRIES est bien connu, en revanche, l'arrêt LABONNE (4) rendu à peu près à la même époque l'est moins, et lors de sa publication, il n'attira pas, à notre connaissance, l'attention des annotateurs.

A propos de la légalité d'un retrait de permis de conduire, le Conseil d'État était invité par le requérant à déclarer illégal le décret du 10 mars 1899 portant règlement relatif à la circulation des véhicules sur les voies publiques, ancêtre de notre Code de la Route. En effet, argumentait le sieur LABONNE, s'il existe des textes législatifs confiant à diverses autorités, notamment aux Préfets et aux Maires, la

(1) Cf. p. ex. C.E., 6 août 1915. DELMOTTE et SENMARTIN, S. 1916.III.9, concl. CORNEILLE, note HAURIUO; 28 février 1919, dames DOL et LAURENT, S. 1919.III.33, note HAURIUO.

(2) L'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 disposait sur le point qui nous occupe : « ...il (le Président de la République) promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les deux Chambres; il en surveille et en assure l'exécution... ».

(3) *Infra*, n° 38.

(4) C.E., 8 août 1919, LABONNE, *Rec.*, p. 737; D. 1921.III.23; S. 1924.III.46.

police de la circulation, aucune loi n'investit d'une telle mission de police une autorité gouvernementale (1). Ici encore, faute d'un texte législatif, c'est donc à la Constitution qu'il faut remonter pour trouver la source du pouvoir du Président de la République.

L'arrêt lui-même ne fait pas directement allusion à la Constitution. Son considérant essentiel est ainsi conçu :

« ... si les autorités départementales et communales sont chargées par les lois de veiller à la conservation des voies publiques et à la sécurité de la circulation, il appartient au Chef de l'État en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres de déterminer celles des mesures de police qui doivent en tout état de cause s'appliquer sur l'ensemble du territoire... »

Il va de soi que le fondement de cette affirmation ne peut être que constitutionnel. D'où, en effet, le Chef de l'État tirerait-il des pouvoirs propres, en dehors de toute délégation législative sinon de la Constitution ? Si d'ailleurs les textes constitutionnels ne sont pas mentionnés dans les motifs de l'arrêt, la loi constitutionnelle du 25 février 1875 l'est dans les visas, et il est bien certain que la seule disposition de cette loi qui ait rapport avec l'affaire est cet alinéa de l'article 3 qui confie au Chef de l'État la mission d'exécution des lois, et sur lequel le Conseil d'État s'était appuyé dans l'arrêt HEYRIES.

Ici encore, le laconisme des formules ne doit pas nous masquer la richesse de la décision.

Celle-ci signifie tout d'abord que la mission constitutionnelle d'exécution des lois comporte, outre la gestion continue des services publics, visée par l'arrêt HEYRIES, le maintien de l'ordre par l'usage des pouvoirs de police, notamment sous la forme réglementaire.

En outre, l'exécution des lois ne doit pas s'entendre de l'exécution servile, paragraphe par paragraphe de chaque texte, mais elle implique des pouvoirs propres et une compétence générale qui s'exerce en vertu de la Constitution et en dehors même de toute délégation législative.

33. Si, entre tous les arrêts du Conseil d'État, il fallait choisir ceux qui renferment le plus de substance et qui indiquent le mieux les fondements du droit administratif, c'est aux arrêts HEYRIES et LABONNE que l'on vient de citer qu'il faut faire choix. Ce sont eux qui montrent comment le droit administratif s'enracine dans les principes constitutionnels ; ce sont eux qui montrent comment la notion d'administration est liée à celle de pouvoir exécutif ; ce sont eux qui désignent les deux principaux procédés par lesquels le pouvoir exécutif remplit sa mission d'administration : la police et le service public.

Arrêts isolés et comme tels sans portée ? Certes non. Ainsi qu'on l'a dit plus haut, le Conseil d'État a eu bien peu d'occasions de dire, en dehors de toute référence à un texte législatif précis, ce qu'est la mission confiée aux gouvernements et aux administrateurs et quelles sont ses sources. C'est pour cela que, lorsque la question s'est posée et qu'il l'a résolue, on doit attacher la plus grande importance à sa solution.

34. Au surplus, les idées explicitement dévoilées par les arrêts HEYRIES et LABONNE sont nécessaires pour expliquer bien d'autres arrêts.

Soit par exemple la jurisprudence relative aux circonstances exceptionnelles (2) ou à l'urgence (3). On sait qu'elle revient à étendre les pouvoirs légaux de l'Administration en raison de la situation à laquelle elle doit faire face. Il est scabreux de l'expliquer par le simple état de nécessité, théorie empruntée au droit civil ou au droit pénal (4) et dont la transposition au droit public risque d'être imparfaite et d'ouvrir tout simplement la voie aux pires justifications de la raison d'État. En revanche, l'idée que le pouvoir

(1) Le Gouvernement avait d'ailleurs longtemps hésité à agir par voie de décret, en l'absence de toute attribution expresse de compétence en cette matière. Antérieurement au décret de 1899, il avait préféré prescrire aux Préfets, par voie de circulaire, de prendre, en vertu de leurs pouvoirs, des arrêtés uniformes, chacun pour son département.

(2) Cf. A. DE LAUBADÈRE, Traité n° 404 et suiv.

(3) Cf. GABOINTE, « Essai sur la notion d'urgence en droit administratif français », Thèse Paris, 1951 (dactylographié) ; e L'exception d'urgence en droit administratif », D. 1952, Chr. p. 41.

(4) Cf. R. PALLARD, « L'exception de nécessité en droit civil », Libr. gén. dt. et jur., 1949.

exécutif est investi d'une mission constitutionnelle impliquant le maintien de l'ordre et un minimum de fonctionnement des services publics est plus juste, moins vague et, partant, moins dangereuse. Elle implique le contrôle du juge puisqu'elle ne revient pas, comme la théorie de l'état de nécessité, à affirmer que, dans certaines circonstances, le droit perd son empire.

35. Il est caractéristique que, dans un autre domaine, celui de la grève des fonctionnaires, M. WALINE, commentant l'arrêt DEHAENE (1) ait retrouvé les idées que le Doyen HAURIQUO avait exprimées à propos de l'arrêt HEYRIES et qui n'étaient que l'explicitation des formules du Conseil d'État.

Il appartient au Gouvernement, sous le contrôle du juge, de réglementer l'exercice du droit de grève par les fonctionnaires, encore que le Préambule de la Constitution ait, en principe, réservé cette compétence au législateur. Telle est la solution de l'arrêt DEHAENE. Dans des conclusions à la fois subtiles et vigoureuses M. GAZIER, Commissaire du Gouvernement, n'a pas caché combien il était délicat de justifier totalement cette solution sur le plan purement juridique et, dans une péroraison saisissante, a montré que les équivoques du constituant, les défaillances du législateur, les hésitations gouvernementales laissaient au juge une tâche qui n'est pas normalement la sienne. Et, de fait, les motifs de l'arrêt impliquent un certain nombre de présupposés. Dire, avec le Conseil d'État, que le droit de grève comme tout autre ne peut être exercé abusivement, c'est supposer qu'il existe une règle, écrite ou non écrite, qui permet de dire où commence l'abus. Dire que le Gouvernement responsable du bon fonctionnement des services publics et du maintien de l'ordre public, tient de cette responsabilité le pouvoir de réglementer, sous le contrôle du juge, la grève des fonctionnaires, c'est admettre, implicitement mais nécessairement, qu'il existe une règle de nature supérieure selon laquelle le Gouvernement doit assurer l'ordre public et faire fonctionner le minimum de services publics nécessaire à la continuité de la vie nationale.

Où, sinon dans le droit constitutionnel, trouver la source de telles règles ? En investissant le Président de la République naguère, le Président du Conseil aujourd'hui (2) de la mission d'exécution des lois, la constitution leur confère un titre général de compétence pour tout ce qui est nécessaire aux conditions de continuité de la vie nationale, c'est-à-dire pour tout ce qu'exigent le maintien de l'ordre et la marche des services publics.

C'est que, en effet, l'exécution des lois ne consiste pas seulement dans l'exécution de chaque loi, mais dans le maintien de l'ordre juridique tout entier et de ce qui en est la condition nécessaire, c'est-à-dire la continuité de l'État et de la vie nationale. Comme le montre fort bien M. WALINE (3), retrouvant les idées d'HAURIQUO, il peut se faire que, soit dans des circonstances exceptionnelles, soit en raison d'une lacune législative, la sauvegarde des lois c'est-à-dire de l'État et de l'ordre juridique exige le sacrifice d'une loi. En tenant compte de cette hiérarchie des règles, de la supériorité du tout sur la partie, le pouvoir exécutif ne sort pas du droit et demeure fidèle à sa mission ; il est d'ailleurs sous le contrôle du juge.

36. Essayons maintenant de regrouper dans un ordre logique les divers éléments que nous a fournis la jurisprudence.

Un premier point paraît certain : sur la base des principes constitutionnels, confirmés par ce que l'on disait plus haut du sens de la règle de séparation des autorités administrative et judiciaire (4), l'Administration se définit d'abord par référence au pouvoir exécutif. Il faut entendre ce terme dans le sens organique et formel qui est celui que lui donne traditionnellement nos constitutions, notamment l'article 3 de la loi du 25 février 1875 et l'article 47 de la Constitution du 27 octobre 1946. Le pouvoir exécutif appartient au Président du Conseil et au Gouvernement (5), exceptionnellement au Président

(1) C. E., 7 juillet 1950, DEHAENE, Rev. dr. publ., 1950, p. 691, concl. GAZIER, note WALINE.

(2) Le Président du Conseil des Ministres assure l'exécution des lois » (art. 47 de la Constitution de 1946).

(3) Note précitée sous l'arrêt DEHAENE.

(4) Supra, n° 19.

(5) Le Gouvernement exerce le pouvoir exécutif, soit collégialement par le Conseil des Ministres, soit par l'action individuelle de chacun des ministres.

aspect. D'un point de vue *analytique* elle consiste à assurer l'application de *chaque* loi; d'un point de vue *synthétique*, elle consiste à assurer les conditions d'un ordre juridique légal, ce qui implique le maintien de la continuité de l'Etat et de la vie nationale par le respect de l'ordre et la marche des services publics. Exceptionnellement, comme on l'a montré (1), l'investiture constitutionnelle de l'exécutif pourra, sous le contrôle du juge, l'autoriser à combler les lacunes de la loi, voire à écarter temporairement l'application de telle disposition législative qui, eu égard aux circonstances, mettrait en péril certain et grave la mission générale de sauvegarde de l'ordre juridique tout entier confiée à l'exécutif (2).

C'est le moment d'indiquer comment le caractère « propre et autonome » des attributions de l'exécutif, que l'on vient de souligner peut se cumuler avec le caractère « secondaire et dérivé » qu'on lui reconnaît plus haut (3). Les deux affirmations ne sont pas contradictoires. Le caractère propre et autonome des pouvoirs de l'exécutif, tel que le relevait à propos du pouvoir réglementaire l'arrêt LABONNE (4) vient, comme on l'a dit, de ce que le Gouvernement a reçu de la Constitution une investiture directe et générale. Le caractère secondaire et dérivé tient à la supériorité du pouvoir législatif qui fait que, dans la très grande généralité des cas et dans des circonstances normales, l'« exécution des lois » doit s'entendre dans le sens « analytique » c'est-à-dire, comme la mise en œuvre de dispositions législatives qui dirigent et limitent l'activité administrative.

38. La tâche d'administration, ainsi reliée à la notion de pouvoir exécutif, comporte deux sortes d'objectifs, et partant, deux sortes de moyens.

Le premier objectif est le maintien de l'ordre public qui permet aux activités privées de satisfaire un certain nombre de besoins en se déployant dans un milieu pacifique. Les moyens au service de ce but sont les divers procédés de police et notamment sous la forme réglementaire.

Le second objectif est le fonctionnement des services publics destinés à satisfaire les besoins collectifs par des prestations; pour atteindre ce but, l'exécutif dispose de moyens variés : le pouvoir réglementaire appliqué à l'organisation des services, le pouvoir hiérarchique et disciplinaire, etc.

Ces deux objectifs et ces deux séries de moyens sont d'ailleurs interdépendants. Sans doute, comme on l'a dit (5), faut-il maintenir la distinction entre la réglementation des activités privées par les prescriptions de police et la satisfaction directe des besoins collectifs par les prestations des services publics. Mais il faut tenir compte de ce que, comme le Conseil d'Etat l'a relevé dans l'arrêt DEHAENE, le maintien de l'ordre et la bonne marche des services publics se prêtent un mutuel appui. En outre il faut relever avec M. WALLINE (6) que certaines interventions de l'Etat cumulent la réglementation des activités privées avec l'aide à ces mêmes activités et sont à mi-chemin entre le procédé de la police et celui du service public.

Ainsi, le service public demeure une notion essentielle du droit administratif. Mais celle-ci doit être intégrée dans une construction plus vaste qui le fait apparaître comme un « cas particulier » de l'« exécution des lois » au sens constitutionnel du mot. En même temps on écarte du champ de l'administration et du droit administratif les services publics qui, organiquement et formellement, ne se rattachent pas au pouvoir exécutif.

LE CRITERE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE, COROLLAIRE DU CRITERE DU POUVOIR EXECUTIF.

39. Caractériser l'administration comme une activité du pouvoir exécutif serait insuffisant si l'on n'ajoutait que toute activité des organes participant au pouvoir exécutif doit, pour avoir le caractère administratif, pour relever du juge administratif et du droit administratif, s'exercer par des procédés de

(1) Cf. les développements antérieurs relatifs aux arrêts HEYRIES et DEHAENE (n° 31 et 35).
(2) Sur la différence de cette idée avec la théorie de l'état de nécessité, cf. *supra*, n° 34.
(3) *Supra*, n° 16.
(4) *Supra*, n° 32.
(5) *Supra*, n° 9.
(6) Cf. la référence n° 9 et Traité, 6^e éd., p. 4 et suiv.
Etudes et Documents. — J. 402241.

de la République (1). On doit y rattacher les services et organismes placés sous l'autorité ou sous la tutelle (2) du Gouvernement ou agissant pour son compte (3).

Par conséquent, on doit radicalement exclure de l'administration en droit public français toute activité qui ne se rattache pas formellement et organiquement à l'exécutif. Qualifiées ou non de services publics les activités du Parlement ou de l'autorité judiciaire n'ont rien à voir avec le droit administratif (4).

Au sein même des activités gouvernementales, toutes les activités du Gouvernement ou de ses agents n'ont pas le caractère administratif. On doit refuser ce caractère aux compétences que le Gouvernement exerce à un titre autre que celui que lui confère l'article 47 de la Constitution dans notre droit actuel. Il n'est pas question évidemment de ressusciter la distinction un moment esquissée entre l'action « gouvernementale » et l'action « administrative » (5). Mais l'on doit constater que n'ont pas le caractère administratif, faute de se rapporter à l'« exécution des lois » au sens de l'article 47, les actes par lesquels le Gouvernement conduit ses relations avec le Parlement ainsi que les actes concernant les rapports avec l'étranger. Autrement dit, l'Administration se rapporte au pouvoir exécutif, à tout le pouvoir exécutif, au seul pouvoir exécutif (6).

37. Notons un deuxième point : les compétences gouvernementales dans l'action administrative ont un caractère propre et autonome, et ceci pour deux raisons. La première est que la qualité de pouvoir exécutif est conférée directement par la Constitution elle-même et ne résulte pas de la somme des délégations consenties sur chaque point particulier par le législateur. La seconde est que, selon notre tradition constitutionnelle et selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, la tâche d'exécution des lois a un double

(1) Le Président de la République a gardé une compétence exécutive exceptionnelle pour la nomination en Conseil des Ministres des hauts fonctionnaires visés par l'article 30 de la Constitution. En ce qui concerne la nomination des magistrats du siège sur présentation du Conseil supérieur de la Magistrature, l'on peut hésiter et se demander si le Président de la République agit comme autorité exécutive ou comme président du Conseil supérieur de la Magistrature. Mais la jurisprudence du Conseil d'Etat qui regarde comme émanant d'une autorité administrative les décisions du Conseil supérieur de la Magistrature (22 janvier 1954, RAZZEL, S. 1954.III.48) considère nécessairement comme autorité administrative le Président de la République lui-même dans l'hypothèse que nous envisageons. En effet, la compétence du Conseil d'Etat pour annuler les décisions du Conseil supérieur de la Magistrature ne se justifie que si on regarde ce Conseil comme participant à la fonction exécutive par l'assistance qu'il donne au Chef de l'Etat, lui-même considéré lorsqu'il agit pour l'organisation du service judiciaire comme autorité administrative. Enfin, on sait le délicat problème que posent dans les territoires d'outre-mer la concurrence entre le pouvoir général reconnu au Gouvernement par l'article 47 de la Constitution et le pouvoir reconnu au Président de la République par l'article 72 et la définition de la nature des pouvoirs du Président de la République (sur ces points que l'on ne peut aborder ici cf. A. DE LAUBADIERE, *Traité*, n° 347 et suiv.; ROLLAND et LAMPURU, *Précis de Droit des pays d'outre-mer*, 2^e éd., n° 177 et suiv.).

(2) Il est remarquable que les collectivités locales et les établissements publics aient un caractère purement administratif, sans aucune participation au pouvoir législatif encore que, d'un point de vue « matériel » on puisse voir des « lois » dans les décisions générales et impersonnelles que prennent leurs organes. Ceci tient à ce que ni le Constituant (art. 87) ni le législateur n'ont voulu aller au-delà de la reconnaissance d'un simple pouvoir d'auto-administration. La conséquence est que les collectivités locales et les établissements publics doivent être regardés non, comme on le dit quelquefois comme des « démembrements » de l'Etat, mais comme des « démembrements » du pouvoir exécutif. C'est la raison pour laquelle le contrôle administratif des personnes publiques décentralisées revient à l'exécutif et à ses agents et non, sauf des cas très exceptionnels, au Parlement.

(3) On verra plus loin (n° 52) comment le critère de la puissance publique, corollaire nécessaire de celui du pouvoir exécutif, permet de relier à la notion d'exécution des lois au sens de l'article 47 de la Constitution des tâches de service public confiées à certains organismes privés.

(4) On a dit plus haut (n° 22) que l'organisation du service public de la justice ne relevait de la compétence du juge administratif que parce que le Conseil d'Etat estime, même après l'intervention du Titre IX de la Constitution, qu'elle demeure confiée dans son ensemble au pouvoir exécutif.

(5) Certains auteurs ont prétendu distinguer l'activité gouvernementale et l'activité administrative. La première se rapporterait aux grandes options de politique générale; la seconde aux tâches quotidiennes. Politiquement, la distinction est justifiable. Juridiquement, comme beaucoup de distinctions faites d'un point de vue « matériel » (*supra*, n° 14-18), celle-ci n'a pas de sens. L'importance politique d'un décret ou d'un arrêté ne change rien à sa nature d'acte administratif (Cf. p. ex. à propos de la déclaration de l'état de siège C.E., 23 octobre 1953, HUCKEN). En revanche, le fait qu'un acte de l'exécutif s'insère dans une procédure intéressant les rapports de l'exécutif et du législatif ou les relations internationales le détache de l'article 47 de la Constitution et lui fait perdre sa nature d'acte administratif, et ceci indépendamment de son importance ou de sa signification politique.

(6) On montrera plus loin comment le critère de la puissance publique confirme cette définition et en précise l'application (*infra*, n° 39 et suiv.).

puissance publique. Il ne s'agit pas, comme on le montrera, de greffer sur le critère du pouvoir exécutif un autre critère ayant une nature différente qui se cumulerait artificiellement avec lui, mais de dégager simplement un corollaire des démonstrations précédentes. Mais avant d'en venir à ce corollaire, il faut préciser la notion de puissance publique.

40. Le mot et l'idée de puissance publique ont mauvaise réputation. Ils évoquent la période d'effacement du droit administratif français, la distinction si mal venue des actes d'autorité et des actes de gestion, la délimitation arbitraire et compliquée du contentieux administratif et du contentieux judiciaire que l'on pratiquait avant l'arrêt BLANCO. Ils évoquent aussi l'âge métaphysique du droit, où l'on semblait croire que l'État possédait une volonté, par essence supérieure à celle des individus.

Cependant, on n'a pas réussi à évincer du droit administratif le terme de puissance publique. Laissons de côté les locutions (responsabilité de la puissance publique par exemple) où il n'a que la valeur d'une périphrase pour désigner l'administration ou l'ensemble des personnes publiques. Le sens est en revanche plus précis et chargé de signification lorsqu'il est question, à propos par exemple des établissements publics ou du contenu des contrats administratifs, de « prérogatives de puissance publique ». Et, de façon générale, il est à peu près impossible d'écrire du droit administratif sans rencontrer sur son chemin le terme et la notion (1).

Oubliant les abus et les confusions auxquelles la notion peut avoir donné lieu dans le passé — sauf à ne pas y retomber — demandons-nous donc ce que peut être la puissance publique.

41. Ici encore, c'est du droit constitutionnel qu'il faut partir. Les différents organes de l'État ne tiennent leur autorité que du souverain, c'est-à-dire de la Nation ou du peuple français (2). Mais ils lui empruntent l'un de ses attributs essentiels : le pouvoir de commander, c'est-à-dire de prendre des décisions qui s'imposent aux individus sans le consentement de ceux-ci et, en certains cas, de ramener ces décisions à exécution par la contrainte.

Il est vrai que les divers organes de l'État ne participent pas au même degré à l'exercice de la souveraineté. Il est d'abord une part de souveraineté que la nation — ou le peuple — a retenue pour lui-même en cas de modifications à la Constitution n'ayant pas obtenu au sein du Parlement une certaine proportion de suffrages (3). D'autre part, la qualité de représentants directs du souverain est réservée aux députés à l'Assemblée Nationale qui exercent l'essentiel du pouvoir législatif (4).

Pourtant, il ne faut pas perdre de vue que l'exercice de la souveraineté ne peut être concentré sans délégation ni partage aux mains de l'Assemblée nationale. Même dans un gouvernement conventionnel le pouvoir de commandement doit être subdélégué par l'Assemblée aux organes chargés de l'exécution des lois. Et, dans un régime qui, comme le nôtre, n'a pas renié complètement la séparation des pouvoirs, le Gouvernement détient, sous l'autorité du législateur et pour les objets de sa compétence, le pouvoir de prendre des décisions s'imposant aux individus; ce pouvoir vient de la Nation, par le relais des mécanismes parlementaires et de la suprématie de la loi.

42. La notion de puissance publique n'a donc rien de mystérieux. Elle ne manifeste pas une volonté métaphysiquement supérieure à celle des individus et qui appartiendrait aux gouvernants. Elle est tout simplement la conséquence d'une croyance sociale passée en force de règle juridique : ceux qui, directement ou indirectement, agissent au nom de la Nation ont des compétences que les simples particuliers ne détiennent pas. La puissance publique, ce n'est donc rien d'autre que la détention de compé-

(1) Cf. p. ex. R. OMBERT, *Contentieux administratif* (Polycopie 1953-1954, fasc. I, p. 143).

(2) La formule de l'article 3 de la constitution : « La souveraineté nationale appartient au peuple français » est équivoque et ne permet pas de dire si les constituants se sont ralliés à la souveraineté nationale ou à la souveraineté populaire, choix qui n'est pas sans conséquences (cf. G. VEDEL, *Manuel de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., p. 131-132), mais dont le sens importe peu dans notre matière.

(3) Constitution, art. 3, al. 3 et art. 90.

(4) Constitution, art. 3, al. 4.

tences « exorbitantes du droit commun », le droit commun étant ici le droit privé. Le terme désigne donc un régime juridique spécial caractérisé comme on vient de le dire.

Les prérogatives de puissance publique ne sont d'ailleurs pas réservées à l'exécutif. Le législateur les possède de façon beaucoup plus étendue et à un degré supérieur. Le juge en tant qu'il a la possibilité d'émettre des décisions ayant force de vérité légale et susceptibles d'être exécutées par la contrainte bénéficie aussi du régime de la puissance publique. Mais c'est en tant qu'elle s'attache aux organes exécutifs que la puissance publique nous intéresse ici.

43. On croit avoir ainsi montré que l'idée de puissance publique n'a rien de mystique ni de métaphysique, si du moins on ne dépasse pas à son sujet ce que l'observation de la vie juridique permet d'affirmer.

Il faut, comme l'a montré récemment M. RIVERO (1) ajouter une seconde précision. En effet, on a toujours insisté traditionnellement sur ce que la puissance publique définit un régime juridique exorbitant du droit commun et accordant à ses bénéficiaires des compétences plus étendues que celles des simples particuliers. Mais on n'a pas assez remarqué — et c'est le mérite de M. RIVERO d'avoir souligné ce point — que le régime de puissance publique, s'il comporte par rapport au droit commun, des extensions de compétence, comporte aussi des restrictions de compétence. Le terme même de *compétence*, note M. RIVERO, évoque une action soumise à des sujétions qui ne s'imposent pas à la *capacité* des individus. Les particuliers choisissent librement les buts de leurs actes, sous réserve de ne pas poursuivre des fins illicites ou immorales; l'Administration ne doit agir qu'en vue de l'intérêt public. Outre ces principes généraux, les diverses institutions du droit administratif montrent à l'envie que le régime de puissance publique, s'il exalte le pouvoir de l'Administration sous un certain aspect, le limite sous un autre : obligation de recruter son personnel au concours par exemple; ou encore obligation de respecter l'affectation donnée aux biens du domaine public. « ... ces règles », écrit M. RIVERO, ne sont pas uniformément extensives du pouvoir de l'Administration par rapport à la volonté des particuliers; il arrive fréquemment qu'elles aboutissent à réduire ce pouvoir par rapport au droit privé. La « dérogation au droit commun » ne se fait pas à sens unique, mais dans les deux directions opposées, du plus et du moins » (2).

Ainsi la puissance publique, ce n'est pas seulement un faisceau de compétences plus étendues que les pouvoirs reconnus aux individus, c'est aussi un ensemble de compétences *conditionnées*.

44. Telle qu'on vient de la présenter, l'idée de puissance publique ne paraît plus mériter les reproches qu'on lui a souvent faits. On comprend son origine et sa nature; on ne commet plus l'erreur d'y voir tout uniment des prérogatives, alors que ces prérogatives s'accompagnent de sujétions. Prérogatives et sujétions sont d'ailleurs intimement liées car le propre d'un « État de droit » est qu'aucune autorité ne s'y exerce arbitrairement (3).

(1) J. RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif? », *Rev. Dr. publ.*, 1953, p. 279 et suiv. et particulièrement p. 287-289.

(2) On ne comprend pas pourquoi, au terme d'une analyse pénétrante et neuve, M. RIVERO écrit que la notion de puissance publique « ne saurait rendre compte de toutes les règles qui la composent ». Veut-il dire que le terme de puissance publique est mal choisi parce qu'il n'évoque par rapport au droit privé que des dérogations « en plus » et non les dérogations « en moins » ? Mais alors ce ne serait qu'une simple question de vocabulaire qui pourrait être résolue, soit en adoptant un terme mieux choisi, soit, ce qui est plus simple et ce que l'on a essayé de faire au texte, en précisant le sens que l'on attache au mot employé.

(3) Cette liaison des prérogatives et des sujétions apparaît en pleine lumière dans la théorie de la voie de fait. Lorsque, soit par une décision « manifestement inusceptible de se rattacher à l'application d'un texte légal ou réglementaire », soit en recourant à une exécution forcée qui porte atteinte aux droits des individus, l'Administration rejette des sujétions essentielles pour ne retenir que des prérogatives, son action se « dénature », perd le caractère administratif. Dès lors les litiges qui en naissent tombent sous la compétence du juge judiciaire et sous l'empire des règles du droit privé. Le lien qui, en temps normal, relie l'action des administrateurs à l'exercice du pouvoir exécutif et lui garantit ainsi un régime juridique et un juge particulier est tranché. (Cf. G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait », J.C.P. 1950. I. 851).

Mais nous verrons qu'il paraît indiqué de ne pas s'en tenir rigoureusement à elle.

§ 1. — Leur défaut de caractère constitutionnel.

18. — Rappelons d'abord que, pour arriver à cette définition donnée comme fondée sur la Constitution, c'est à un raisonnement qu'il faut faire appel, — puisque, on l'a relevé précédemment, le terme même d'« administration » ne figure pas une seule fois — en son acception fonctionnelle — dans le texte constitutionnel (28), puisqu'il n'est donc pas question que celui-ci en formule lui-même une définition en forme, et puisqu'enfin il en va tout de même pour l'expression « régime administratif » par laquelle Georges Vedel désigne la notion qui doit, selon lui, définir celle d'administration (en tant que concept fonctionnel) de cette Constitution. Il n'y est bien entendu pas davantage question de la notion de « droit administratif ».

Mais, pour significatifs et révélateurs que soient ces indices de vocabulaire, on accordera volontiers qu'il ne faut pas s'en tenir à eux, que seul est décisif le point de savoir si les idées ou données juridiques essentielles que Georges Vedel entend désigner par les mots « administration » et « régime administratif » se trouvent effectivement ancrés dans la Constitution elle-même.

Il s'agit des « quatre principes essentiels » selon l'auteur, du régime administratif, que nous avons rappelés ci-dessus [cf. *supra*, n° 9 b)]. Reprenons-les donc successivement :

1° 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'obligant couvert de ces fameux textes révolutionnaires, que d'une jurisprudence très libre et plutôt mobile — en tout cas sur le long terme ; seraient-ce par hasard le constituant de 1958, ou ses prédécesseurs de 1946 ou de 1875, qui auraient institué et organisé — au

(28) Cette constatation de l'absence totale du mot même d'administration et de toute expression qui s'y réfère dans les textes constitutionnels de 1875, de 1946 et enfin de 1958, ne donne-t-elle pas quelque piquant malicieux au grave grief que Georges Vedel tirait en 1954, contre la doctrine du service public, du fait que les textes constitutionnels ignoraient totalement son maître-mot (E. D. C. E., 26, n° 11 : « La notion même de service public n'est pas une notion constitutionnelle ») ?

TITRE II
EXAMEN CRITIQUE DE LA THÉORIE

Cette théorie des bases constitutionnelles actuelles du droit administratif est-elle juste ? Ses conclusions sont-elles fondées ? Les arguments invoqués à leur appui sont-ils valables ?

C'est naturellement ce que nous allons maintenant rechercher : nous examinerons successivement les thèses et les arguments portant sur les deux problèmes que nous avons affirmés radicalement distincts et différents.

Section I. — CRITIQUE DES DÉFINITIONS DE L'ADMINISTRATION
ET DU DROIT ADMINISTRATIF PAR LE RÉGIME ADMINISTRATIF

La notion de l'administration proposée et défendue par Georges Vedel est-elle vraiment, comme il l'expose, celle de la Constitution de 1958, celle qui s'en laisse rationnellement inférer, autrement dit : est-elle bien la notion constitutionnelle actuelle de l'administration, ceci en vertu des arguments avancés par l'auteur ?

C'est la première question que nous examinerons : elle répond, à elle seule, quant à l'administration et au droit administratif, à l'objet limité assigné dès le départ à cette étude (27).

(27) Les argumentations que l'on va développer dans cette section relativement au droit constitutionnel de 1958 se laissent transposer sans difficulté, moyennant quelques *mutatis mutandis*, aux deux droits constitutionnels français antérieurs à lui (celui de 1875 et celui de 1946).

sens le plus large — l'ensemble de la juridiction administrative, Conseil d'État en tête, et l'arbitral et mixte Tribunal des Conflits ? Et l'on a rappelé qu'ils n'ont pas davantage soufflé mot de l'existence même de ce « droit administratif autonome », que l'on relie généralement à celle de la juridiction administrative.

²⁰ Le soi-disant principe du « pouvoir de prendre des décisions exécutoires ... et de passer des contrats administratifs » (D. A., 59) n'est rien de plus qu'une vague généralisation d'une série de données précises, c'est-à-dire de règles qui donnent en effet de tels pouvoirs à des autorités administratives déterminées — règles qui sont, dans leur grande masse, simplement législatives, ou réglementaires, ou juridictionnelles.

³⁰ Quant au « principe de légalité », on chercherait en vain un texte constitutionnel (ni davantage d'ailleurs, on le redira ultérieurement, un texte simplement législatif) qui consacrerait ce pauvre truisme sans consistance — tel que l'auteur le définit lui aussi, — ce n'est en effet qu'en apparence qu'il a une portée uniforme, c'est-à-dire identique, pour toutes les autorités administratives (29).

⁴⁰ Enfin, du « principe de responsabilité » administrative, — responsabilité « civile », c'est-à-dire pécuniaire ou patrimoniale, et responsabilité « sous conditions » —, qui oserait soutenir en face qu'il en est question dans la Constitution de 1958 plus que dans ses devancières ?

Le bilan est donc d'une parfaite clarté : tout au passif, rien à l'actif : la Constitution de 1958 ne connaît pas — pas plus que ses devancières — aucune des données juridiques que Georges Vedel entend synthétiser sous le concept global et la dénomination de « régime administratif » — dans son sens étroit, *a fortiori* dans son sens large.

L'ensemble des constatations qui précèdent n'est d'ailleurs pas spécial à l'administration. Des constatations analogues peuvent être faites pour les autres « activités étatiques » : certes, on doit admettre qu'en parlant de « la loi », la Constitution introduit, implicitement, la notion de législation, — et qu'elle fixe dans une très large mesure les règles de la procédure législative, mais il s'en faut de beaucoup qu'elle fixe expressément tous les éléments de ce que Georges Vedel

(29) C'était là l'idée de fond première soutenue dans notre article sur le principe de légalité (Études et Documents du C. E., 1957). Les principales autorités scientifiques n'y ont cependant vu qu'une contestation de pure terminologie, dénuée comme telle de toute portée et intérêt réels sur le plan des idées. — La Constitution de 1958 aurait pu, prévisiblement du fait de ses articles 57 et 34, leur faire comprendre le sens véritable de notre thèse, qui appelait d'ailleurs à un retour à des vues en somme traditionnelles.

appelle très heureusement le « régime législatif », — rappelons l'« incontestabilité » en justice, au sens le plus large, des actes législatifs et surtout de leurs règles, de leur contenu normatif, qui ferait au total l'« autorité de chose légiférée » (D. A., 33).

Mais pour la juridiction ou justice, la situation est tout autre : qui songerait à soutenir que c'est la Constitution elle-même qui fixe les règles de la procédure juridictionnelle, même ses principes les plus fondamentaux, (il serait d'ailleurs plus réaliste de parler des procédures juridictionnelles, car elles sont multiples et plus ou moins diverses), ou encore et surtout les règles qui font l'autorité et la force de chose jugée ?

Et souffle-t-elle davantage mot, cette Constitution, de l'existence juridique et par conséquent du régime d'« actes de gouvernement » ?

Enfin, d'un seul mot, la situation est exactement la même pour l'action de l'Administration en gestion privée.

Finalement donc, aucun des régimes d'actes étatiques n'est réglé entièrement, même en ses principes fondamentaux, par la seule Constitution ; un seul l'est partiellement ; pour tous sauf un, c'est leur existence même et donc celle des diverses catégories correspondantes d'actes qui ne sont point du tout consacrées par cette Constitution, mais c'est beaucoup plus simplement, soit le droit législatif ordinaire, soit le droit juridictionnel qui jouent en la matière, le plus souvent seuls, toujours au moins dans une mesure notable.

19. — Mais revenons à l'administration. Que certaines des règles données comme constituant le régime administratif soient aujourd'hui, depuis des époques d'ailleurs différentes de l'une à l'autre, un acquis du droit *public* français, qu'au moins un grand nombre des inspirateurs de l'œuvre constituant de 1958 ou des participants admis à y collaborer aient eu présente en l'esprit une connaissance et conscience parfaitement claires et savantes de ces principes directeurs et très généraux ; que notamment ces personnes aient eu la parfaite conscience que la formule de l'article 37, qui voulait essentiellement habiliter les décrets réglementaires autonomes, consacrait expressément une source d'actes et de règles soumis à un régime bien connu d'actes administratifs unilatéraux, de règlements administratifs, — tout cela ne fait aucun doute, on l'accordera bien volontiers. Mais encore une fois, ces « règles » ou ce régime résultent d'une combinaison de règles législatives ordinaires et de règles jurisprudentielles de date plus ou moins ancienne, nullement du droit constitutionnel nouveau où l'auteur devait croire les trouver, — ce qu'il a peut-être oublié quelque peu par la suite.

Rien de plus normal que les faits indiscutables ainsi constatés ; on peut dire en effet que les auteurs de la Constitution de 1958, sensibles à leurs devanciers proches ou plus lointains, n'ont absolument pas entendu statuer sur le régime juridique des activités ou actes de l'Administration prise globalement, surtout si l'on songe essentiellement à l'alternative « gestion publique » ou « gestion privée ».

En fin de compte, aucun des éléments, c'est-à-dire des principes, même fondamentaux, du « régime administratif » n'a source ni donc valeur constitutionnelles. Ce régime ne constitue absolument pas une base constitutionnelle du système du droit administratif (30).

20. — Il ne peut donc absolument pas être question que la Constitution de 1958 autorise elle-même et à elle seule, à plus forte raison qu'elle impose, au publiciste français de définir l'administration par le régime administratif, — ces termes et les notions correspondantes lui étant totalement étrangers ; il est — si l'on peut dire — encore moins question que cette même Constitution puisse justifier le postulat initial admis sans discussion ni examen par Georges Vedel (en tout cas, il ne laisse guère soupçonner qu'il ait le sentiment de faire ainsi une première option décisive) : à savoir que, selon elle, la notion-clé du système du droit administratif serait l'administration, concept fonctionnel, et non pas l'Administration, notion institutionnelle ; que

(30) N'est-il par ailleurs pas d'une aveuglante évidence que, tant qu'on les réduit à ce qui est — étant donné leur degré d'indétermination — à peine idées directrices, les deux derniers « principes essentiels » ne différencient aujourd'hui en rien le régime dit de droit administratif ni du régime de droit privé, ni d'ailleurs d'aucun autre régime d'acte étatique (sauf, diront certains, du régime d'acte de gouvernement). Georges Vedel l'a bien senti pour le « principe de légalité » : et c'est pourquoi il s'efforce de démontrer que « l'exécution des lois par le gouvernement avait et conserve deux traits spécifiques par rapport à celle qui est, selon lui, le fait, soit du Parlement-législateur, soit des juridictions, soit des « simples citoyens » eux-mêmes. (D. A., 10-11 et cf. *supra*, n° 13, n. 14). — et ce sont ces deux traits qui expliciteraient l'emploi du terme « pouvoir exécutif » pour désigner le Gouvernement-Administration (cf. nos observations critiques sur ce point, *infra*, Appendice I, nos 4 et s.).

Il nous paraît certain que le degré d'invasibilité de la thèse de Georges Vedel, admettant l'originalité des quatre grands principes du régime administratif, se trouve très fortement accru justement par le fait qu'y figurent les deux « sujétions » prétendues spécifiques de l'action administrative [v. l'introduction de cette idée comme élément de « la notion de puissance publique » in D. A., 10-12, qui repose manifestement sur la confusion entre la notion « fonctionnelle » et la notion « organique » de la puissance publique, que l'on soulignera ci-après (cf. *supra*, T. I, S. II, § 2, n° 13)].

l'administrativiste devrait donc — d'une obligation intellectuelle — définir le droit administratif comme le droit de l'administration-ensemble d'activités, et non pas comme le droit de l'Administration-ensemble d'institutions et organes.

Encore une fois, Georges Vedel ne paraît pas se poser alors le problème de ce choix qui est cependant décisif. On notera toutefois qu'il est peut-être assez paradoxal de voir un apôtre de la primauté des notions « organiques ou formelles » dans le droit constitutionnel — ou, plus largement, public — français opter en fait pour la primauté de la notion fonctionnelle de l'administration définie pour lui par son régime. Et l'on sera d'accord avec la logique de sa profession de foi générale (à laquelle il ne reste pas fidèle en fait) lorsqu'il s'agit de la constitution des différentes disciplines fondamentales du droit public, c'est-à-dire de la détermination de l'assise ou cadre de chacune d'elles, ces opérations étant d'ailleurs en pleine harmonie avec ce que l'on peut appeler l'atmosphère générale de la vie politico-juridique nationale. — En vérité, il s'agit là de problèmes dont le constituant de 1958 ne s'est pas un instant préoccupé, non plus que ne l'avait fait aucun de ses devanciers depuis 1791 (31). On admettra difficilement qu'il les aurait résolus inconsciemment, donc involontairement.

Ainsi donc, l'actuelle Constitution française ne définit pas, ou plutôt elle ne justifie pas le moins du monde la définition de l'administration par le régime administratif. D'ailleurs, par les mêmes raisons, elle ne justifie pas davantage aucune autre définition de cette notion. D'où il s'ensuit qu'elle ne définit pas non plus ni n'appelle à définir par cet objet le droit administratif. Il ne faut donc pas lui demander, assuré qu'elle ne donnera point de réponse, d'indiquer à l'administrativiste s'il doit adopter comme notion fondamentale et première la notion étroite, restrictive, de l'administration — celle qui en exclut la « gestion privée » — ou au contraire la notion large, — celle qui l'y admet sur le même pied que la « gestion publique » —. Encore une fois, elle ignore purement et simplement, elle ignore totalement ces problèmes.

(31) Cela n'est-il d'ailleurs pas surabondamment confirmé par la nature des matériaux que mettent en œuvre les amples développements que Georges Vedel consacre à chacun des grands « principes » ou éléments constitutifs du régime administratif ? Il n'y est plus ou à peu près jamais question des articles 37 — et — 34, ni d'aucune autre disposition constitutionnelle, mais uniquement de règles de droit public non-constitutionnel, c'est-à-dire, dans une proportion que nous n'avons pas à préciser ici, de règles jurisprudentielles et de règles législatives ou « dévotives ». Cf. *infra*, n° 35 d) et n° 36, n. 46.

Au bout du compte, ces tentatives pour fonder constitutionnellement le Droit administratif — au sens que Georges Vedel attache à cette idée — ne sont qu'illusion et chimère, — aujourd'hui comme hier ou avant-hier.

Ni définition constitutionnelle de l'administration par le régime administratif, ni semblable définition du droit administratif par l'administration elle-même ainsi définie, — il nous paraît que ce premier élément de la théorie vedélienne du droit administratif n'est absolument pas justifié et ne peut pas être retenu.

Sous ce premier rapport, il n'est donc absolument pas juste de soutenir que « le Droit administratif français » repose depuis 1958 — non plus qu'il ne reposait dans les périodes constitutionnelles antérieures — sur aucune disposition du droit constitutionnel.

20 bis. — Et par conséquent, pour remonter régressivement à la prémisse initiale de Georges Vedel, on voit que les faits lui infligent un complet démenti : ils font apparaître en toute évidence qu'il n'était pas juste d'affirmer que la nature même de la Constitution, de toute Constitution, veuille qu'elle définisse « l'administration et le droit administratif ». Il ne s'agissait en vérité que d'un postulat parfaitement arbitraire, — que l'expérience française — entre bien d'autres — ne confirme pas du tout.

DOCUMENT 13 : G. Vedel, « Préface » in B. Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, 7^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2011, p. v-viii.

Au beau livre que j'ai le plaisir et l'honneur de préfacer, Bernard Stirn a donné un double titre : « **Les sources constitutionnelles du droit administratif – Introduction au droit public** ». En commençant, il rappelle que, dans un cadre plus restreint (celui d'un article), j'avais recherché en 1954 « **les bases constitutionnelles du droit administratif** »¹.

Si je commence mon propos de présentateur par la mise en parallèle de deux intitulés distants l'un l'autre d'un demi-siècle, ce n'est pas pour revendiquer un droit d'aïnesse encore moins une invention mais pour deux raisons.

La première est d'échapper à un rite qui n'est peut-être pas absurde mais qui, dans le cas présent, tomberait à plat : celui de présenter l'auteur et son livre. L'auteur, par sa carrière, ses responsabilités et ses écrits, répond de lui-même. Le livre, par la vigueur de son dessein, la carrure de son plan, la sûreté de l'érudition et la clarté du propos, réduirait la préface à un exercice oiseux : l'annonce de ce que l'auteur va dire.

L'autre justification du thème évoqué plus haut est qu'il met en lumière la mutation qui a affecté le droit public français depuis l'installation de la V^e République. J'entends bien que cette mutation n'est pas en général passée inaperçue, que le terme employé est d'ailleurs lui-même trop réducteur selon certains constitutionnalistes et que mieux vaudrait se servir de celui de « révolution », notamment dans les rapports du droit administratif et du droit constitutionnel.

C'est sur ce choix entre mutation et révolution qu'en guise de préface, je voudrais avancer quelques remarques.

En premier lieu, l'ampleur du changement est révélée par le vocabulaire lui-même. Le terme « les bases » désignait certes des

1. *EDCE* 1954, n° 8, p. 21.

fondements mais assez peu visibles ou même assez peu reconnus. C'est du bout des lèvres qu'au meilleur de son génie critique Charles Eisenmann² concédait qu'il existait certainement des bases du droit administratif mais sans indiquer clairement lesquelles et sans leur reconnaître expressément le rang constitutionnel. Dans cette controverse qui, curieusement, se déployait à fronts renversés, c'était son antagoniste qui soutenait que la rigueur de l'ordonnement juridique hiérarchisé selon le rite kelsenien devait relier le droit administratif à la norme constitutionnelle.

Or, c'est à bon droit et de façon concrètement convaincante que Bernard Stirn, traite, lui, des « sources constitutionnelles » du droit administratif. Le terme désigne rigoureusement l'évidence de l'agencement hiérarchique, la limpidité – sans jeu de mots – de l'enchaînement d'un niveau à l'autre, tant en ce qui concerne les règles que les juridictions compétentes. Bien sûr, l'inévitable et d'ailleurs séducteur catalogue des problèmes incertains n'est-il pas refermé. Mais il est évident que la partie supérieure des sources du droit administratif est composée de normes de valeur constitutionnelle dont le respect est juridictionnellement assuré.

S'il en est ainsi, c'est tout simplement parce qu'en 1958 la Constitution s'est enrichie de règles concernant directement l'activité administrative comme par exemple l'intangibilité du domaine réglementaire. Encore plus agissante a été l'incorporation à la Constitution de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946. Enfin tout cela serait demeuré théorique si le Conseil constitutionnel n'avait pas été créé ou s'il n'avait pas fait son métier.

Il s'en est suivi très logiquement la proclamation de la « constitutionnalisation » des diverses branches du droit. Et c'est là que la tentation de recourir au terme de « révolution » est la plus forte. D'une part, le rattachement à la Constitution des diverses branches du droit, même étrangères au droit public, n'est pas une illusion. La doctrine l'a déjà démontré comme l'ont déjà fait au premier rang, mais non pas seuls, François Luchaire et Nicolas Molfessis. D'autre part, l'ensemble normatif ainsi pourvu d'une source première unique est en forme de schéma déductif construit sur les engendres de normes de degré à degré. La science juridique repose donc sur l'unité de son objet et sur l'unité de sa logique qui est celle de la géométrie normative. Il s'agirait donc bien d'une révolution à la fois dans la réalité et dans la théorie.

2. RDP 1972, p. 1345.

Le malheur est que, dans la réalité de l'histoire, dont l'entêtement résiste à la table rase des théories, les choses se sont passées exactement à l'inverse de ce qui est inscrit sur le tableau noir. Non seulement les corps de règles juridiques diversifiés ont forgé leurs concepts et leurs instruments logiques sans référence à une norme fondamentale mais ce sont eux qui ont fourni au futur constitutionnalisme nombre de matériaux de construction. L'arbre généalogique se lit en sens contraire du schéma déductif.

Un théoricien impénitent pourrait cependant objecter qu'une construction scientifique n'est en rien esclave de l'histoire qui l'a produite. Non seulement des concepts obsolètes ou de fausses observations doivent être oubliés mais ceux ou celles qui, moins critiquables, ont le droit de survivre doivent-ils encore se plier à une remise en ordre et en situation qui les insère dans la science actuelle. Pourquoi en irait-il autrement pour le droit ? Les révolutions coperniciennes peuvent éclater ailleurs qu'en astronomie ou en physique. La constitutionnalisation du droit en serait une. Portée par le normativisme et par le contrôle de constitutionnalité, elle ne se ramène pas à une entreprise de contrôle toute négative. Le contrôle n'est qu'une fin immédiate. La finalité ultime est une déconstruction du droit empirique qui serait suivie d'une reconstruction intégrale et sans omission à partir de la Constitution.

Voire... Le droit et la science qui s'y rapportent ne sont certes pas hors de toute nouveauté ou de toute invention. Mais le processus de leurs changements est assez différent de celui qui préside aux révolutions à la Copernic, à la Newton ou à l'Einstein. Celles-ci portent sur une réalité qui, en dehors de toute métaphysique, est indifférente à l'histoire de sa connaissance : le système solaire n'a été affecté ni par les astronomes ante-coperniciens ni par les post-coperniciens. Mais s'agissant des objets qui sont ceux des sciences sociales et notamment de la science juridique ils sont modelés par l'histoire et par une histoire qui n'est pas faite par les seuls savants. Le fait qu'ils sont tributaires de représentations, dont la « falsification » selon Popper est difficile, se prête mal à des mutations totales et rapides à caractère révolutionnaire. Et les évolutions vécues sont elles-mêmes des levers de rideau suivis d'une saga souvent longue et énigmatique.

Aussi bien le Conseil constitutionnel français s'est en matière de constitutionnalisation du droit tenu à une sage réserve. Sa mission n'est pas de faire une critique scientifique des concepts et des méthodes en œuvre dans les diverses branches du droit ni d'en

comblent les lacunes, encore moins de construire la grande Pyramide des normes. Il prend les corpus que sont les diverses branches du droit « dans l'état où il les trouve » comme en son temps le disait à propos de la matière imposable le commissaire du gouvernement, Corneille. Ce qui est son affaire, c'est de savoir si, à propos d'une loi votée, le législateur a ou non heurté la Constitution. Mais il ne saisit pas l'occasion de se prendre pour Moïse, porteur des Tables, ni même pour un metteur en scène dans le vent rendant enfin supportables les auteurs classiques.

Excessive pour toutes les branches du droit, l'interprétation copernicienne de la constitutionnalisation serait un pur contresens s'agissant du droit administratif. En effet, pratiquement jusqu'en 1958, le seul juge qui ait eu à statuer sur des affaires régies par la Constitution a été le juge administratif. Les matériaux de base de notre droit public, le régime de puissance publique, le service public, la hiérarchie des normes, la responsabilité publique, les principes généraux du droit ont préexisté non seulement à la constitutionnalisation mais aux textes constitutionnels auxquels ils ont largement fourni une part de leur contenu. En un sens même l'on pourrait parler de « l'administrativisation » du droit constitutionnel. Par le canal des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, nombre de règles consacrées par le Conseil d'État sont incorporées au droit constitutionnel positif à commencer par celle qui réserve au juge administratif un champ de compétence contentieuse. D'autre part, bien que la saisine du Conseil constitutionnel soit étrangère en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois à la notion de recours contentieux, les instruments intellectuels utilisés retrouvent, à propos de « l'excès de pouvoir législatif », les techniques du contrôle de l'excès de pouvoir administratif.

Bernard Stirn, par la clarté et l'exactitude de son livre, fait admirablement saisir l'importance des sources constitutionnelles du droit administratif. C'est un grand mérite. Mais non moins appréciable est celui de ne pas suggérer au lecteur que le droit public français est né dans la deuxième moitié du siècle finissant.

RFDA 2014 p. 1211

L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif (1)

Pierre Delvolvé, Membre de l'Institut, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Les organisateurs du colloque sur la constitutionnalisation du droit administratif ont voulu que, dès le début des travaux, soit exposée l'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif. C'est un honneur à un double titre : d'une part, pour un participant français, il manifeste une attention particulière pour la doctrine française qui est à l'origine de la théorie ; d'autre part, pour le rapporteur auquel est demandée la présentation du sujet, il souligne le lien qu'il a eu avec l'auteur de la théorie, le doyen Vedel, qui l'a associé à son ouvrage de droit administratif à partir de la 7^e édition ; c'est dans cette même édition que le doyen a déjà actualisé cette théorie.

Il en est l'auteur exclusif : puisqu'il se trouve désormais dans un autre monde, on ne peut ici que rappeler sa thèse et essayer de déterminer en quoi elle survit aujourd'hui.

Il faut revenir au célèbre article publié en 1954 dans *Études et documents du Conseil d'État* (2). L'auteur constate l'affirmation faisant l'objet d'un accord général, selon laquelle « la Constitution est la base nécessaire des règles dont l'ensemble compose le droit administratif », dont la démonstration est inutile : « elle découle de la nature même de la Constitution, fondement de l'ordre juridique français et charte de l'organisation étatique ». Il veut aller plus loin en cherchant « sur quelles bases constitutionnelles peut se construire le droit administratif ». Contestant la notion de service public qui a pu paraître un temps la pierre angulaire du droit administratif, non seulement parce qu'elle est en crise mais parce qu'elle introduit une solution de continuité entre les principes constitutionnels et le droit administratif, il établit que « notre droit administratif doit se construire sur les notions de pouvoir exécutif et de puissance publique ». Ses propositions sont ainsi résumées : « l'administration *stricto sensu* n'est autre chose que l'exercice de la puissance publique par le pouvoir exécutif. Le droit administratif est le corps de règles spéciales applicables à l'activité du pouvoir exécutif en tant qu'il use de la puissance publique ».

La thèse, fondée sur les textes constitutionnels de 1875 et 1946 et la jurisprudence auxquels ils ont donné lieu (3), a dû être une première fois actualisée avec la Constitution de 1958, et notamment son article 3 donnant à l'exécutif un pouvoir réglementaire « autonome » : l'ouvrage *Droit administratif*, publié pour la première fois la même année, a cru pouvoir en déduire que l'activité administrative était l'activité de droit commun de la puissance publique et le droit administratif, « le droit commun de la puissance publique ». Ainsi, plutôt que des bases constitutionnelles du droit administratif, est établie la base constitutionnelle.

Cette thèse fut ébranlée par plusieurs démonstrations : d'abord, René Chapus (4) a identifié le droit administratif comme le droit du service public et le contentieux administratif comme le contentieux de la puissance publique - distinction contestée par Paul Amselek (5), et s'éloignant de la question des bases constitutionnelles ; puis Charles Eisenmann y est revenu de manière centrale en démontant de manière systématique la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif (6).

Le doyen Vedel en a tenu compte dans la préface à la 7^e édition de son *Droit administratif* (1980). Admettant l'erreur commise quant à la première interprétation de la Constitution de 1958, il rappelle la nécessité logique d'un lien entre droit administratif et droit constitutionnel et l'importance de la notion de pouvoir exécutif doté de prérogatives de puissance publique au coeur de l'histoire du critère de compétence et de celle du régime administratif. Il maintient l'idée que le droit administratif repose nécessairement sur « des bases constitutionnelles... ». Il l'affine et le précise. Il arrive « ainsi à définir l'administration comme l'ensemble des activités du gouvernement et des autorités décentralisées étrangères à la conduite des relations internationales et aux rapports entre les pouvoirs publics et s'exerçant sous un régime de puissance publique » - et le droit administratif comme le droit de ces activités.

Revenant plus tard sur cette controverse (7), le doyen Vedel observe, d'une part, qu'elle est dépassée, d'autre part, que les « bases constitutionnelles émergeront de plus en plus de notre droit positif ». Il a plus tard encore pris une certaine distance par rapport à sa position initiale (8). Cela encourage à actualiser la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif et à la relativiser.

Le doyen Vedel l'avait établie dans un cadre exclusivement français : il ne se fondait que sur les textes constitutionnels de la France, ceux de 1875 et 1946 d'abord, celui de 1958 ensuite, et sur la jurisprudence du Conseil d'État. On ne peut plus le faire. Le développement du droit administratif dans de nombreux systèmes juridiques, y compris anglo-saxons, les interactions entre eux, non par voie hiérarchique évidemment, mais par observation, comparaison, échanges (comme celui de ce colloque), ont conduit, non à une unification, mais à une convergence faisant apparaître des notions et des solutions communes. La réflexion sur l'identité du droit administratif ne peut être limitée à un cadre exclusivement national.

Pourtant, chaque droit administratif national a sa spécificité : le contenu peut varier d'un État à l'autre. Le professeur Cassese écrit à ce sujet (9) : « *La notion et les règles du droit administratif n'ont pas de valeur générale et universelle, comme celles du droit privé ; elles diffèrent d'un pays à l'autre, selon que le droit administratif est plus ou moins développé ; de même les principes ordonnateurs sont de types différents selon les pays, les réflexions juridiques sont très vastes ou très circonscrites. En somme, il n'y a pas d'unités profondes, mais des entités disparates, sans cohérence* ». À cela s'ajoute la création d'un véritable droit administratif européen, fondé sur des traités qui ont successivement fondé la Communauté européenne puis l'Union européenne (10).

Faut-il alors renoncer à essayer de trouver une théorie unique des bases constitutionnelles puisque le droit administratif lui-même n'est pas unique ? On peut au moins chercher si, au-delà de la diversité du droit administratif et à travers celle de ses bases constitutionnelles, il n'existe pas partout un socle constitutionnel du droit administratif. Les droits administratifs peuvent être variés, leurs bases constitutionnelles aussi, mais le système des bases constitutionnelles devrait permettre de dégager une théorie qui les englobe toutes.

Encore faut-il s'entendre sur ce que sont des bases, car il est souvent parlé autant de sources constitutionnelles (11) que de bases constitutionnelles.

Selon le *Grand dictionnaire Robert*, la base est d'abord la partie inférieure d'un corps, sur laquelle il porte ou repose ; au figuré, elle est le principe fondamental sur lequel repose un raisonnement, une proposition, un système, une institution. Le mot renvoie à fondement, qui est, en logique, ce sur quoi repose un certain ordre ou un certain ensemble de connaissances. Base et fondement sont ainsi des concepts semblables.

La source est d'abord le point d'où sort l'eau ou l'eau qui sort elle-même. Au sens figuré, elle est le point d'origine de quelque chose (par exemple d'une information, de la chaleur, de la lumière, de l'énergie), duquel celle-ci découle.

Si l'on applique ces définitions dans l'espace, la base (ou le fondement) permet d'élever un édifice verticalement, la source se répand horizontalement. La base soutient, la source produit. La base sert à construire, la source permet plusieurs usages.

Si l'on applique ces définitions aux rapports entre droit constitutionnel et droit administratif, les sources constitutionnelles contribuent à déterminer le contenu du droit administratif, les bases constitutionnelles sont le socle sur lequel se construit le droit administratif.


Il n'est pas toujours facile de différencier sources constitutionnelles et bases constitutionnelles, car les sources peuvent servir à établir les bases du droit administratif autant qu'elles peuvent servir à en déterminer le contenu.



Mais pour être fidèle au sujet proposé, il faut chercher en quoi le droit constitutionnel permet la construction du droit administratif en un édifice juridique spécifique.

L'actualité fait apparaître à ce sujet deux tendances :

- le développement des normes constitutionnelles en droit administratif ;
- le dépassement de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif.


Le développement des normes constitutionnelles en droit administratif

Le développement des normes constitutionnelles en droit administratif est un aspect du développement de la constitutionnalisation du droit dans son ensemble, sous l'effet du constitutionnalisme, marqué à la fois par l'augmentation du nombre et du champ des normes constitutionnelles et par le renforcement de la justice constitutionnelle. Le doyen Vedel a élaboré « sa » théorie à partir des arrêts du Conseil d'État (v. note 2) interprétant des dispositions constitutionnelles. Comme l'observe Olivier Jouanjan  (12), le Conseil d'État a fait parler les textes constitutionnels pour leur donner un sens et une portée. Depuis lors, s'il n'a pas perdu son rôle créateur, il a été relayé par le Conseil constitutionnel au fur et à mesure de l'accroissement de ses interventions et de l'affermissement de son autorité. Le phénomène n'est pas propre à la France. Toutes les juridictions constitutionnelles, selon des procédés divers, ont pu et ont dû, à partir des textes constitutionnels, préciser les normes constitutionnelles s'imposant à toutes les branches du droit.

On en trouve des illustrations même dans celles, tel le droit civil, qui paraissent *a priori* les plus réticentes au phénomène  (13). « La constitutionnalisation du droit administratif »  (14) apparaît ainsi comme un phénomène parmi d'autres. Cela peut contribuer à relativiser la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif alors même que ces normes se développent elles-mêmes de deux manières : formellement, par le développement de dispositions constitutionnelles en matière administrative ; matériellement, par le développement constitutionnel de notions de droit administratif.

Le développement des dispositions constitutionnelles en matière administrative

Le doyen Vedel s'était fondé exclusivement sur l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 et l'article 47 de la Constitution du 27 octobre 1946, puis sur l'article 21 de celle du 4 octobre 1958, chargeant successivement le Président de la République, le Président du Conseil et le Premier ministre de l'exécution des lois. Il ne s'était pas servi des dispositions des Constitutions de 1946 et 1958 relatives aux collectivités locales. Actuellement, les révisions dont la Constitution de 1958 a fait l'objet depuis son adoption, si elles n'ont pas touché à l'article 21, ont renforcé certains aspects de l'administration, particulièrement la révision du 28 mars 2003. Il est désormais de principe, selon l'article 1^{er}, que l'organisation de la République est décentralisée ; il en résulte plusieurs aménagements des dispositions relatives aux collectivités territoriales. C'est peu par rapport à ce que l'on trouve dans des constitutions d'autres États.

Une recherche menée à l'occasion de l'étude de la Constitution administrative de la France  (15) a révélé que les constitutions sont inégalement précises.

Certaines le sont surtout pour les collectivités locales auxquelles elles consacrent des dispositions spéciales. C'est le cas par exemple de celles de la République tchèque (1992, art. 99 s.), de la Lituanie (1991, art. 119 s.), de la Bulgarie (1991, art. 135 s.).

D'autres sont plus générales, dans leur formulation ou dans leur objet. La Constitution italienne (1947) renvoie pour l'essentiel (art. 97) à la loi d'organisation et de fonctionnement des services publics. La Constitution grecque (1975) consacre à l'administration une section F qui porte sur l'organisation générale de celle-ci et sur le statut de ses agents.

Les formulations s'élargissent avec l'article 103 de la Constitution espagnole (1978), qui établit des principes généraux sur la manière dont l'administration doit servir (« avec *objectivité* ») et agir (efficacité, hiérarchie, décentralisation, déconcentration et coordination, soumission à la loi et au droit), celle de la Roumanie (1991), qui consacre un chapitre V (art. 165 s.) à « *l'administration publique* » en distinguant l'administration centrale et l'administration locale.

La Constitution portugaise (1976) est beaucoup plus riche avec tout un titre IX (art. 266 à 272) consacré à l'« *administration publique* », précisant, après des « *principes fondamentaux* », la « *structure de l'administration* », les « *droits et garanties des administrés* », le « *régime de la fonction publique* », les « *restrictions à l'exercice de droits* » de certains agents, la « *responsabilité des fonctionnaires et des agents* », la « *police* ». C'est sans doute celle qui, en matière administrative, d'une part, est la plus précise, d'autre part, établit le dispositif, sinon le plus complet, du moins le plus essentiel, et établit ainsi la trame d'une constitution administrative.

Deux constitutions méritent d'être particulièrement citées car elles comportent une systématisation propre à notre sujet.

Les formules de la Constitution hongroise de 2011 auraient particulièrement étayé la théorie des bases constitutionnelles du doyen Vedel. En effet, selon l'article 15, 1. *Le gouvernement est l'organe général du pouvoir exécutif, ses prérogatives englobent tout ce qui ne relève pas expressément de la compétence d'un autre organe en vertu de la Loi fondamentale ou de toute autre norme juridique.....* 2. *Le gouvernement est l'organe suprême de l'administration de l'État, habilité, dans les cas et les conditions prévus par la loi, à créer des organes d'administration d'État.* 3. *Dans le cadre de l'accomplissement de ses missions, le gouvernement prend, sur la base d'une autorisation accordée par une loi, des décrets relatifs à des sujets ne relevant pas du domaine de la loi.* S'y ajoutent les dispositions propres aux collectivités locales (art. 31 s.).

La plus ambitieuse est sans doute la Constitution de la Colombie de 1991, qui ne se contente pas d'établir l'organisation de l'État, mais, au sein de la branche de l'exécutif, définit la fonction administrative (art. 209 s.).

Il ne s'agit là que d'un inventaire incomplet. Il est insuffisant pour établir partout et toujours les bases constitutionnelles du droit administratif. Du moins les articles cités sont-ils une illustration de la part que certaines constitutions donnent à des questions d'ordre administratif. Ils peuvent contribuer plus profondément au développement constitutionnel des notions du droit administratif.

Le développement constitutionnel des notions de droit administratif

C'est essentiellement la jurisprudence qui, à partir des dispositions constitutionnelles, par une interprétation créative a érigé au niveau constitutionnel des éléments essentiels du droit administratif. Elle l'a fait pour les notions centrales du droit administratif et du régime administratif.

S'agissant des notions centrales du droit administratif, on retrouve celles qui, en tout cas en France, ont servi à la construction et à la systématisation du droit administratif.

On sait l'importance de la notion de service public, celle-là même que le doyen Vedel trouvait insuffisante pour servir de base constitutionnelle au droit administratif - et qui d'ailleurs n'est pas reprise dans tous les systèmes étrangers, voire peut paraître rejetée par le droit de l'Union européenne. Du moins le Conseil constitutionnel a-t-il contribué en France à reconnaître les exigences constitutionnelles relatives à l'existence de services publics et au régime du service public. Dans le premier cas, il affirme que « la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles à valeur constitutionnelle » (16), sans pour autant ni les identifier ni les définir : on sait seulement par là que la notion de service public s'élève au niveau constitutionnel. Cela se confirme dans le second cas puisque le Conseil constitutionnel appelle au « respect des exigences du service public » (17) ou encore des « exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics » (18) : en particulier, « la continuité du service public [...] a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle » (19).

La notion de puissance publique est tout autant sollicitée. Elle est au cœur de la fameuse décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 identifiant le principe constitutionnel selon lequel « *relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative 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* ». La référence à la fois au pouvoir exécutif et à la puissance publique est un écho direct de la position du doyen Vedel sur les bases constitutionnelles du droit administratif, qu'il a pu faire entériner par le Conseil constitutionnel auquel il appartenait lorsque celui-ci a rendu la décision du 23 janvier 1987, dont le doyen a été le rapporteur. C'est une confirmation éclatante de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif.

Elle se prolonge au sujet du régime administratif, caractérisé par deux éléments indissociablement liés à l'État de droit que la Constitution établit.

Le premier est le principe de la soumission de l'administration au droit. On a parlé longtemps du principe de légalité ; la formule vaut toujours, sauf à souligner que l'administration n'est pas seulement soumise à la loi. À ce sujet encore, les développements du droit constitutionnel ont souligné comme faisant partie du corps constitutionnel l'exigence du respect du droit par l'administration. Certes, ils n'ont pas été attendus pour que le principe de légalité soit considéré comme « le plus important de notre droit public », dont le respect s'impose « à toutes les autorités administratives si haut qu'elles fussent placées et quel que fût leur caractère » (20). Mais certaines dispositions constitutionnelles ont conduit à en rehausser le niveau et en renforcer la portée.

On peut citer certaines constitutions en ce sens. De l'article 1^{er} de la Constitution espagnole de 1978, aux termes duquel « *l'Espagne se constitue en un État de droit social et démocratique qui proclame comme valeurs suprêmes de son ordre juridique la liberté, la justice, l'égalité et le pluralisme politique* », les tribunaux ont déduit les principes de légalité et de sécurité juridique (21). En Allemagne, « *le juge constitutionnel et le juge administratif ont tiré du principe de l'État de droit (Rechtsstaat), qui est posé par les articles 20 et 28 de la Loi fondamentale, non seulement le principe de légalité sous toutes ses variantes, mais encore un certain nombre de principes du droit administratif tels que l'impartialité, l'obligation de motiver les décisions, la sécurité juridique et spécialement la protection de la confiance légitime* » (22). Plus directement, l'article 266-2 de la Constitution portugaise de 1976 dispose : « *les organes et les agents administratifs observent la Constitution et la loi et doivent exercer leurs fonctions dans le respect des principes d'égalité, de proportionnalité, de justice et d'impartialité* ». En France, si le principe de la soumission de l'administration au droit n'a pas été exprimé par une disposition de la Constitution, le Conseil constitutionnel considère que lorsque des pouvoirs sont attribués à des autorités administratives ou publiques, notamment celles qui sont qualifiées d'« indépendantes », elles sont toujours tenues de respecter les éléments de la légalité (23).

Le second principe constitutionnel du régime administratif est celui de la soumission de l'administration à contrôle. Il s'exprime en France à travers l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 relatif à « la garantie des droits », de laquelle découle le droit à un recours effectif (24), précisé comme devant être « juridictionnel » (25). Plus explicitement et plus anciennement, l'article 131 de la Constitution fédérale d'Autriche permet à toute personne qui prétend être lésée de former un recours en violation du droit contre la décision d'une autorité administrative ; l'article 132 envisage un recours contre la violation du devoir de décider. Plus récemment, avec la *Loi fondamentale* de l'Allemagne fédérale (art.19, al. 4), « *quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel* ». L'article 106-1 de la Constitution espagnole charge les tribunaux de contrôler « *le pouvoir de réglementation et la légalité de l'action administrative, ainsi que la soumission de celle-ci aux lois qui la justifient* ». Pour la Constitution polonaise de 1997 (art. 184), « *la Haute cour administrative et les autres tribunaux administratifs exercent, dans les limites de la loi, le contrôle de l'activité de l'administration* ». La Constitution portugaise est encore plus prolix : par son article 268, alinéa 4, « *il est garanti aux administrés une protection juridictionnelle effective de leurs droits ou intérêts juridiquement protégés, comprenant notamment la reconnaissance de ces droits ou intérêts, la condamnation de tout agissement administratif qui lèse ceux-ci, indépendamment de la forme, la détermination des cas où l'administration est tenue par la loi d'agir et l'adoption de mesures provisoires appropriées* ». Il ne s'agit là que de quelques exemples. Ils pourraient être multipliés (26).

Ainsi se sont développées les normes constitutionnelles propres au droit administratif. Cela confirme-t-il la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif ? On peut avoir un doute.



(...)

Mots clés :

DROIT ADMINISTRATIF * Définition * Base constitutionnelle

(1) Version française, légèrement remaniée, d'un rapport présenté le 3 sept. 2014 à l'Université Externado de Colombie (Bogota) lors des XV^e journées internationales de droit administratif, et publié en langue espagnole dans *La constitucionalización del Derecho administrativo* (Alberto Montana Plata et Andrés Ospina Garzon, editores), Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 41-59

(2) N° 8, p. 21.

(3) CE, 28 juin 1918, n° 63412, *Heyriès, Lebon*  ; CE, 8 août 1919, n° 56377, *Labonne, Lebon* .

(4) R. Chapus, « Le service public et la puissance publique », RD publ. 1968. 235-282.

(5) P. Amselek, « Le service public et la puissance publique - Réflexions autour d'une étude récente », AJDA 1968. 492-507.

(6) C. Eisenmann, « La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », RD publ.-1972. 1345-1441.

(7) G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica - Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, pp. 133-145.

(8) « Propos d'ouverture », in *La constitutionnalisation des branches du droit*, sous la direction de B. Mathieu et M. Verpeaux, Economica, 1998, p. 13 s.

(9) S. Cassese, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni* (trad. de l'italien par J. Morvillez-Maigret), Montchrestien, 2000, p. 14.

(10) V. notamment, J. Scharze, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2^e éd., 2009.

(11) Par ex., B. Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif - Introduction au droit public*, préface G. Vedel, LGDJ, 8^e éd., 2014.

(12) « La Constitution », in *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, t. 1, p. 383 s., spéc. p. 394.





(13) V. par ex., F. Luchaire, « Les fondements constitutionnels du droit civil », RTD civ. 1982. V., in *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008 ; les articles sur la constitutionnalisation du droit civil, du droit économique, du droit du travail, du droit pénal, du droit processional, du droit public financier, du droit de l'environnement, respectivement par




















N. Molfesis, Ph. Terneyre, O. Dutheillet de Lamothe, B. Bouloc, S. Guinchard, M. Bouvier et M. Prieur, p. 419 s.

(14) V. dans le même ouvrage, pp. 397-418 l'étude de P. Delvolvé.

(15) *La Constitution administrative de la France* (sous la Direction de J.J. Bienvenu, J. Petit, B. Plessix et B. Seiller), Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2012. Rapport introductif par P. Delvolvé, pp. 3-12, spéc. p. 9.

(16) Cons. const., 25-26 juin 1986, n° 86-207 DC.

(17) Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, AJDA 2003. 1404 , note E. Fatôme  ; *ibid.* 1391, note J.-E. Schoettl  ; *ibid.* 2348, étude E. Fatôme et L. Richer .

- (18) Cons. const., 14 avr. 2005, n° 2005-513 DC, AJDA 2006. 178, étude E. Fatôme .
- (19) Cons. const., 25 juill. 1979, n° 79-105 DC.
- (20) Conclusions J. Delvolvé sur CE, 17 févr. 1950, n° 86949, *Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte, Lebon*  ; RD publ. 1951. 478
- (21) M. Fromont, *Droit administratif des États européens*, PUF, Thémis, 2006, p. 103.
- (22) *Idem, ibidem.*
- (23) Par ex., Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-260 DC.
- (24) Cons. const., 9 avr. 1996, n° 96-373 DC, AJDA 1996. 371 , note O. Schrameck  ; D. 1998. 156 , obs. J. Trémeau  ; *ibid.* 145, obs. J.-C. Car  ; *ibid.* 147, obs. A. Roux  ; *ibid.* 153, obs. T. S. Renoux  ; RFDA 1997. 1, étude F. Moderne  ; Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-129 QPC, AJDA 2011. 988  ; RFDA 2011. 995, étude S. Jeannard  ; Constitutions 2011. 305, obs. A. Baudu .
- (25) Cons. const., 17 juin 2011, n° 2011-138 QPC, AJDA 2011. 1228  ; D. 2011. 1942 , note O. Le Bot  ; *ibid.* 2694, obs. F. G. Trébulle  ; RDI 2011. 465, obs. P. Soler-Couteaux  ; Constitutions 2011. 577, chron. A. Faro .
- (26) V., M. Fromont, *op. cit.*, p. 106.

EN RELISANT LA DÉCISION *CONSEIL DE LA CONCURRENCE*

PAR FABRICE MELLERAY

L'ESSENTIEL

La relecture de la décision du 23 janvier 1987 invite à revenir sur le fondement de la solution retenue par le juge constitutionnel, à apprécier ses suites jurisprudentielles et à relativiser son apport à la théorie dite des « bases constitutionnelles du droit administratif ».

Tout n'a-t-il pas déjà été écrit sur la décision du 23 janvier 1987 ? Seule décision à avoir simultanément les honneurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* (Dalloz, 20^e éd., 2015, n° 85) et des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* (Dalloz, 18^e éd., 2016, n° 6), elle a immédiatement fait l'objet d'une quinzaine de commentaires dans les principales revues juridiques, écrits dont on trouve la liste sur le site internet du Conseil constitutionnel.

Et l'intérêt ne s'est pas démenti par la suite, qu'on songe en particulier à l'article publié trois ans plus tard par le doyen Vedel, rapporteur de la décision, à l'occasion de la célébration du bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790 (G. Vedel, La loi des 16-24 août 1790: Texte? Prétexte? Contexte?, RFDA 1990. 698) ou encore à sa préface de la version commerciale de la thèse de Pierre Esplugas (*Conseil constitutionnel et service public*, LGDJ, 1994; v. du même auteur, Georges Vedel et la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987: *Conseil de la concurrence* [à propos de la réserve constitutionnelle de compétence du juge administratif], Rev. adm. 2002, p. 216).

Sans doute a-t-elle eu des prolongements qui n'avaient probablement pas été envisagés par ses rédacteurs (on se reportera à cet égard au procès-verbal de la séance du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1987, disponible en ligne). Tel est tout particulièrement le cas de son utilisation par le Tribunal des conflits pour trouver un nouvel équilibre en matière de questions préjudicielles (17 oct. 2011, n° 3828, *SCEA du Chêneau c/ INAPORC et Chérel c/ CNIEL*, Lebon 698; AJDA 2012. 27, chron. M. Guyomar et X. Domino; RFDA 2011. 1122, concl. J.-D. Sarcelet, 1129, note B. Seiller; et 1136, note A. Roblot-Troizier) ainsi que du possible effet d'entraînement de ce cadrage constitutionnel sur la redéfinition du périmètre des théories de la voie de fait (T. confl. 17 juin 2013, n° 3911, *Bergoend c/ ERDF Anancy-Léman*, Lebon 370; AJDA 2013. 1568, chron. X. Domino et A. Bretonneau; RFDA 2013. 1041, note P. Delvolvé) et de l'emprise irrégulière (T. confl. 9 déc. 2013, n° 3931, *Epoux Panizzon c/ Commune de Saint-Palais-sur-Mer*, Lebon 376; AJDA 2014. 216, chron. A. Bretonneau et J. Lessi; RFDA 2014. 61, note P. Delvolvé) par l'organe répartiteur des compétences, questions étudiées dans le présent dossier par le président Arrighi de Casanova (v. p. 95; v. également R. Noguellou, La fin de la voie de fait?, BICC, 1^{er} nov. 2014, p. 38). De même contient-elle des expressions sinon mystérieuses à tout

le moins sujettes à interprétation, en particulier celle de « matières réservées par nature à l'autorité judiciaire », ci-après analysée par Gweltaz Eveillard (p. 101). Il n'est pas davantage douteux que cette solution jurisprudentielle ne prive pas le législateur de toute latitude pour confier tel ou tel contentieux au juge administratif ou au juge judiciaire lorsque sont en cause ce que le doyen Vedel nommait des « matières mixtes », le Parlement ne s'en étant d'ailleurs pas privé depuis trente ans, comme l'illustre l'inventaire proposé par Charles Froger.

Il ne s'agira évidemment pas ici d'évoquer ces questions, essentielles, mais uniquement de revenir sur le principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) suivant lequel « relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative 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 ».

Il est, en effet, assez frappant de relever, à la lecture du procès-verbal de la séance dédiée à l'adoption de cette décision et des nombreux commentaires qui lui ont été consacrés, que les auteurs ne contestent généralement pas la reconnaissance d'un tel principe et donc l'existence d'une tradition législative républicaine (v., toutefois, mettant en cause ce caractère républicain, Y. Gaudemet, Les bases constitutionnelles du contentieux administratif, RD publ. 1987. 1341) antérieure à 1946 conférant au juge administratif le « noyau dur » (on trouve déjà ce mot dans la bouche du doyen Vedel lors de la présentation de son rapport) de compétence constitutionnellement garanti, ici en cause. On constatera pourtant que tel n'est peut-être pas le cas et que la solution est probablement plus audacieuse qu'on ne l'écrit souvent. Cette audace ne se retrouve toutefois pas dans la mise en œuvre du principe, la jurisprudence constitutionnelle postérieure étant empreinte de prudence. Mérite enfin, nous semble-t-il, d'être discutée l'affirmation assez répandue suivant laquelle cette décision constituerait une déclinaison jurisprudentielle de la célèbre théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif » développée par Georges Vedel au milieu des années cinquante et amendée par la suite. Ces trois questions seront successivement évoquées.



I - SUR LA CONSÉCRATION AUDACIEUSE DU PRINCIPE CONSTITUTIONNEL

La cause semble entendue. Les textes révolutionnaires (art. 10 et 13 du titre II de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire et décret du 16 fructidor an III) énonçant le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas valeur constitutionnelle mais il existerait, « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs », un PFRLR protégeant le « noyau dur » de la compétence des juridictions administratives.

Le premier temps du raisonnement n'est pas à l'abri de la discussion, Jean-Louis Mestre ayant identifié « sous la Révolution, des dispositions constitutionnelles, figurant dans les Constitutions de 1791 et de l'an III, qui allaient dans le même sens » que la loi de 1790 et le décret de l'an III (J.-L. Mestre, A propos du fondement constitutionnel de la compétence de la juridiction administrative, RFDA 2012. 339). Mais on se limitera ici au second temps de la démonstration, essentiel pour apprécier si le Conseil constitutionnel a dégagé un PFRLR en respectant les conditions d'identification qu'il a lui-même posées.

“ Le Conseil constitutionnel est allé, en 1987, au-delà de ce qu'avait expressément affirmé le législateur ”

Il est bien connu que l'expression PFRLR, « formule [...] vouée à une obscurité certaine » pour reprendre le célèbre mot de Jean Rivero (Les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » : une nouvelle catégorie constitutionnelle ?, D. 1972. Chron. 265), a été introduite dans le préambule de la Constitution de 1946 pour permettre la consécration indirecte de la liberté de l'enseignement (B. Genevois, Une catégorie de principe de valeur constitutionnelle : Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, in P. Avril et M. Verpeaux [dir.], *Les règles et principes non écrits en droit public*, Ed. Panthéon-Assas, 2000, p. 21). Il est tout aussi avéré qu'elle s'est déployée au-delà de cette question, le Conseil constitutionnel « piochant dans l'œuvre législative des Républiques » (V. Goessel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2^e éd., 2016, p. 123) antérieures à 1946 pour identifier des principes intéressant les droits et libertés fondamentaux, la souveraineté nationale ou l'organisation des pouvoirs publics (Cons. const. 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*).

Nul ne disconvient sans doute que le Conseil constitutionnel, qui use avec parcimonie de cette technique, « reste largement maître de la découverte et du contenu de cet élément du bloc de constitutionnalité » (D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 11^e éd., 2016, p. 239). Mais s'il est

libre de qualifier de fondamental tel ou tel principe, encore faut-il que celui-ci ait été énoncé par le législateur républicain avant 1946.

Il est à cet égard frappant de constater que le doyen Vedel effleure à peine cette question lors de l'examen de la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, mentionnant de manière incidente la compétence traditionnelle du Conseil d'Etat en matière d'excès de pouvoir. Le président B. Genevois, alors secrétaire général du Conseil constitutionnel, est plus précis puisqu'il évoque dans ses commentaires de la décision du 23 janvier 1987 (RFDA 1987. 287 et AJC 1987. 602) trois textes : l'article 6 de la loi organique du 3 mars 1849 du Conseil d'Etat, l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat et l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'Etat. On constate toutefois à leur lecture que si le recours pour excès de pouvoir est mentionné dans les deux derniers textes, et plus largement le « contentieux administratif » dans le premier, aucune mention n'est, par contre, faite de la compétence du juge administratif pour réformer les actes administratifs unilatéraux dans certaines matières. Autrement dit, ce que l'on nomme désormais couramment le « plein contentieux objectif » (H. Lepetit-Collin, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, LGDJ, 2011) n'est pas expressément évoqué par ces textes. Or, comme n'a pas manqué de le relever René Chapus, « l'inclusion dans la compétence constitutionnelle du juge administratif des recours tendant à une réformation des décisions contestées » n'est pas « un simple complément de second ordre » car « non seulement [...] les catégories classiques de recours en réformation sont en elles-mêmes importantes, mais encore la tendance (notamment législative) actuelle est à les préférer, en de nombreux contentieux, aux recours en annulation pour excès de pouvoir » (*Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^e éd., 2008, n° 167). Et cette tendance ne s'est effectivement pas démentie ces trente dernières années.

On peut donc considérer que le Conseil constitutionnel est allé, en 1987, au-delà de ce qu'avait expressément affirmé le législateur dans les textes ayant selon toute vraisemblance servi à la reconnaissance de ce PFRLR, en incluant dans ce « noyau dur » la réformation des décisions prises par les personnes publiques dans l'exercice de prérogatives de puissance publique et en ne se limitant pas à la seule constitutionnalisation du contentieux de l'annulation. Le doyen Vedel esquivait d'ailleurs cet obstacle en affirmant que « pour le Conseil constitutionnel, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République peuvent être trouvés non seulement dans des dispositions législatives positives mais encore dans l'économie générale d'une législation faisant ressortir ce qui, selon la conviction du législateur, exprimé “en relief” et “en creux”, relève du domaine législatif ou du domaine constitutionnel » (G. Vedel, *La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexe ? Contexte ?*, p. 706, préc.). Autrement dit, « dans l'effort de construction qu'a fait le Conseil, ce qu'il a retenu c'est que les lois de la République n'ont jamais dérogé au principe de séparation dans ce domaine et cette constatation a pour effet tout à la fois de donner valeur constitutionnelle au principe et de limiter cette valeur à une partie du contentieux

constitutionnel. Les commentaires de la décision ont quelquefois pêché par méconnaissance de cette donnée historique qui a été à la source de la décision du Conseil constitutionnel » (G. Vedel, *Doctrine et jurisprudence constitutionnelle*, RD publ. 1989. 11 et s., spéc. p. 16).

A suivre le doyen Vedel, le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'aurait ainsi pas, dans sa généralité, valeur constitutionnelle car il aurait été régulièrement écarté par le législateur depuis deux siècles, mais aurait une telle valeur dans les matières à propos desquelles le législateur n'y aurait jamais dérogé. Dans cette perspective, il s'agirait ici moins d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République que d'un principe fondamental jamais démenti par lesdites lois à défaut d'avoir été consacré dans sa plénitude par celles-ci...

On mesure dès lors l'audace du raisonnement, toutefois tempérée par la retenue avec laquelle le Conseil constitutionnel a mis en œuvre le principe.

II - SUR LA MISE EN ŒUVRE DISCRÈTE DU PRINCIPE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Le principe énoncé le 23 janvier 1987 s'accompagne d'une exception (les « matières réservées par nature à l'autorité judiciaire ») et d'une possibilité ouverte au législateur d'y déroger « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice ». Le juge constitutionnel précise à propos de ce que le doyen Vedel nomme les « matières mixtes », que « 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 [...] d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé », ce qui revient aussi bien à permettre suivant les cas une unification au profit des juridictions judiciaires qu'au bénéfice de leurs homologues administratives.

Ce cadre constitutionnel est ainsi marqué par une réelle souplesse, qui a permis en l'espèce d'admettre l'attribution au juge judiciaire du contentieux du Conseil de la concurrence et ce, à rebours de la position adoptée par le Conseil d'Etat qui, saisi du projet de loi, avait considéré que le principe de séparation des autorités faisait obstacle à cette solution. De même, le Conseil constitutionnel a-t-il précisé, neuf ans plus tard, que l'unification du contentieux au profit de l'ordre juridictionnel principalement intéressé « peut être opérée tant en fonction de l'autorité dont les décisions sont contestées, qu'au regard de la matière concernée ». Ce qui lui a ouvert la possibilité d'admettre la constitutionnalité de la soumission au juge judiciaire d'une partie du contentieux de l'Autorité de régulation des télécommunications et ce alors même que le contentieux des autres décisions de l'autorité continuait à relever du juge administratif (Cons. const. 23 juill. 1996, n° 96-378 DC, *Loi de réglementation des télécommunications*, AJDA 1996. 694, note O. Schrameck; D. 1998. 146, obs. J. Trémeau; RFDA 1997. 1, étude F. Moderne). Et, même dans un contentieux où la répartition des compétences était passablement insatisfaisante, le Conseil

constitutionnel a jugé que l'unification au profit de l'un ou l'autre des ordres de juridiction n'était pas imposée par la Constitution (Cons. const. 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC, AJDA 2011. 174, note X. Bioy; RFDA 2011. 951, étude A. Pena; à propos du régime de l'hospitalisation d'office antérieurement à la réforme opérée par la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge; v. sur cette réforme et sur l'incidence du nouvel article L. 3216-1 du code de la santé publique qui attribue ce contentieux au seul juge judiciaire, not. M. Vialettes et M. Grosset, *L'unification du contentieux de l'hospitalisation sans consentement*. De quelques questions posées par sa mise en œuvre au 1^{er} janvier 2013, JCP 2013. Doctr. 157). Il n'a pas davantage censuré l'articulation des compétences entre juge administratif et juge judiciaire en matière de droit des étrangers (Cons. const. 9 juin 2011, n° 2011-631 DC, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, AJDA 2011. 1174).

Cette souplesse n'est toutefois pas absolue, le Conseil constitutionnel ayant pris soin, dès 1987, de mentionner le caractère « précis et limité » de l'aménagement des compétences en cause avant de le valider. Et la deuxième application du PFRLR aboutira en 1989 (Cons. const. 28 juill. 1989, n° 89-261 DC, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, D. 1990. 161, note X. Prétot) à la première censure prononcée sur son fondement. En effet, alors que le législateur envisageait l'attribution du contentieux de l'annulation des arrêtés de reconduite à la frontière au juge judiciaire, le Conseil constitutionnel (suivant en cela son rapporteur, Jacques Robert) a refusé qu'il soit ainsi « fait échec à la compétence générale du juge administratif dans le domaine de l'annulation des actes de la puissance publique », a affirmé la prévalence des « règles normales de compétence » et a souligné que l'exigence de bonne administration de la justice « ne saurait à elle seule autoriser qu'il soit porté atteinte à un principe de valeur constitutionnelle ». On mesure, avec le développement spectaculaire du contentieux des étrangers depuis les années quatre-vingt-dix, à quel point l'adoption de la solution contraire aurait modifié la pratique quotidienne des tribunaux administratifs...

“ La deuxième application du PFRLR aboutira en 1989 à la première censure prononcée sur son fondement ”

La vigilance du Conseil constitutionnel est également illustrée par une décision de 2001 où il censure d'office une disposition qui étendait la compétence des juridictions du contentieux général de la sécurité sociale à des décisions prises, dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, par des autorités étatiques et dérogeait ainsi irrégulièrement « à la répartition normale des compétences entre les deux ordres de juridiction » (Cons. const. 27 nov. 2001, n° 2001-451 DC, *Loi portant amélioration*





de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, D. 2002. 1950, obs. D. Ribes). De même le Conseil constitutionnel avait-il pris soin, quelques mois plus tôt, d'émettre une réserve d'interprétation à propos de la loi organique relative aux lois de finances (Cons. const. 25 juill. 2001, n° 2001-448 DC, *Loi organique relative aux lois de finances*, AJDA 2002. 59, note P. Jan), indiquant que son article 59 (qui dispose que « lorsque, dans le cadre d'une mission de contrôle et d'évaluation, la communication des renseignements demandés en application de l'article 57 ne peut être obtenue au terme d'un délai raisonnable, apprécié au regard de la difficulté de les réunir, les présidents des commissions de l'Assemblée nationale et du Sénat chargés des finances peuvent demander à la juridiction compétente, statuant en référé, de faire cesser cette entrave sous astreinte ») ne peut être interprété que « comme permettant au juge administratif d'ordonner en référé à une personne morale investie de prérogatives de puissance publique la communication sous astreinte des documents ou renseignements susmentionnés ». Une réserve d'interprétation équivalente sera opérée quatre ans plus tard à propos de l'article 10 de la loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale (Cons. const. 29 juill. 2005, n° 2005-519 DC, *Loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale*, RFDA 2005. 1030, étude J.-E. Schoettl), étant relevé que dans les deux cas, le PFRLR n'apparaît pas (le juge se bornant à évoquer « la conception française de la séparation des pouvoirs », ce raccourci étant d'ailleurs également opéré, sous une autre forme, par T. confl. 17 oct. 2011, n° 3828, *SCEA du Chêneau*, préc.), pas plus que la limitation de la solution aux seules personnes publiques, sans que l'on sache avec certitude s'il s'agit d'une facilité de plume ou d'une inflexion jurisprudentielle.

III - LE LIEN AVEC LA THÉORIE DES « BASES CONSTITUTIONNELLES DU DROIT ADMINISTRATIF »

Reprenant le considérant de principe de la décision *Conseil de la concurrence*, Pierre Delvolvé a pu affirmer que « la référence à la fois au pouvoir exécutif et à la puissance publique est un écho direct de la position du doyen Vedel sur les bases constitutionnelles du droit administratif, qu'il a pu faire entériner par le Conseil constitutionnel auquel il appartenait lorsque celui-ci a rendu la décision du 23 janvier 1987, dont le doyen a été le rapporteur. C'est une confirmation éclatante de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif » (P. Delvolvé, L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif, RFDA 2014. 1211). De même Jean-Bernard Auby a-t-il pu écrire que le Conseil constitutionnel a apporté « au moulin » de l'analyse de Georges Vedel « l'eau de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (J.-B. Auby, La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif, Dr. adm. 2002. Repère 4).

Echo assurément, confirmation peut-être pas, voudrait-on tenter ici de convaincre le lecteur. Il convient, en effet, de rappeler que la théorie forgée par Georges Vedel en 1954 (*Les bases constitutionnelles du droit administratif*, EDCE 1954. 21), et amendée par la suite (v. sur l'état final

de sa position G. Vedel, Les bases constitutionnelles du droit administratif, in P. Amselek [dir.], *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica-PUAM, 1986, p. 133 et Propos d'ouverture, in B. Mathieu et M. Verpeaux [dir.], *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica-PUAM, 1998, p. 13, Préface à la 3^e édition de B. Stirn, Les sources constitutionnelles de droit administratif, LGDJ, 1999), visait, dans le contexte de « la crise de la notion juridique de service public en droit administratif français » (pour reprendre l'intitulé de la thèse bien connue de J.-L. de Corail, LGDJ, 1954, préface P. Couzinet) et dans la perspective de redonner à la notion de puissance publique un rôle essentiel, à répondre aux interrogations suivantes : « En vertu de quel titre constitutionnel existe-t-il une administration ? En vertu de quel titre constitutionnel les administrateurs exercent-ils leurs compétences ? »

La décision du 23 janvier 1987 ne répond en aucune manière à ces interrogations et le principe qu'elle dégage, outre qu'il porte sur le juge compétent et non sur le droit applicable, est à l'évidence trop étroit pour servir de « socle sur lequel se construit le droit administratif » pour reprendre le mot utilisé par Pierre Delvolvé pour caractériser les bases constitutionnelles de la matière. Peut-on, en effet, faire reposer tout un édifice sur la constitutionnalisation du seul « noyau dur » de compétence du juge administratif, sur une décision dont Georges Vedel a pu écrire, non sans malice, qu'elle a vu le Conseil constitutionnel « couper en deux, à l'inverse du bon Salomon, le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, chéri du juge administratif et en abandonner une moitié au bon plaisir du législateur » en procédant à une « réception-partition » de la jurisprudence du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation et du Tribunal des conflits (G. Vedel, *Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 647) ? Nullement, comme le relève d'ailleurs Pierre Delvolvé, lui-même qui souligne que le droit administratif n'a pas « en tant que tel une base constitutionnelle, entendue comme l'assise sur laquelle il est établi ». Tout au plus peut-on parler de « sources constitutionnelles » (B. Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif. Introduction au droit public*, LGDJ, 9^e éd., 2016), voire même plutôt de « cadre constitutionnel » pour reprendre la formule notamment utilisée par Olivier Jouanjan (*La Constitution*, in *Traité de droit administratif*, Dalloz, t. 1, 2011, p. 383).

La question est-elle purement sémantique ? Peut-être pas car l'expression « bases constitutionnelles » permet d'entretenir un phénomène que Georges Vedel dénonçait avec vigueur dans ses derniers écrits, celui de la construction « d'un univers juridique sur le fondement d'un impérialisme "constitutionnaliste" dont la Constitution, son juge et ses commentateurs détiendraient toutes les clés et garderaient toutes les voies » (G. Vedel, Propos d'ouverture, in B. Mathieu et M. Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, préc.).

Audacieuse ? Assurément. Prudente ? Aussi. Fondatrice ? Nullement. Tel pourrait être résumé ce rapide retour sur la décision Conseil de la concurrence.

BIGOT (Géorgis), Le droit qu'on dit administratif, Éd. La Mémoire du droit, 2015, 373 pp. (extrait)

LES BASES CONSTITUTIONNELLES DU DROIT ADMINISTRATIF AVANT 1875

Chapitre I

« On pouvait donc synthétiquement définir l'administration comme l'exercice du pouvoir exécutif sous un régime de puissance publique ».

« [...] le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, qui est, historiquement et conceptuellement, la base du droit administratif français »²⁷¹.

En développant la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif²⁷², Georges Vedel concevrait comme historien du droit : il y a toujours eu des bases constitutionnelles au droit administratif. Cependant l'historicité de cette thèse condamne, sous certains aspects, sa validité dans les temps présents.

²⁷¹ G. Vedel, *Droit administratif*, Paris, PUF, 12^e édition, 1992, tome I, respectivement p. 38 et 66.
²⁷² Y. G. Vedel, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, *EDCE*, 1954, p. 21-53 ; et, en collaboration avec P. Delvolvé, *Droit administratif*, préc., tome I, p. 25-76.

§ 1 - L'histoire des bases constitutionnelles

Cette histoire remonte aux premiers temps de la Révolution. Lorsque les Constituants décident de séparer les fonctions de justice et d'administration, que confondait l'ancien droit, par la grande loi des 16-24 août 1790, la question du contentieux de l'administration reste en suspens, faute de savoir avec exactitude s'il se rattache à l'unicité de la fonction juridictionnelle ou si ses particularismes doivent l'inscrire au contraire dans le prolongement de l'administration active. La loi des 6-7, 11 septembre 1790, prise en complément de celle d'août 1790, tranche en faveur de la seconde hypothèse : aux institutions administratives – directrices de districts et de départements – composées d'agents élus – et donc responsables – échoit le soin de vider les litiges administratifs notamment en matière de travaux publics et de contributions directes. Dès l'origine, le contentieux administratif est dans le prolongement organique de l'exécutif.

Au regard de ces brèves considérations la situation réservée au contentieux administratif par le Consulat et l'Empire n'innove pas radicalement. Le Conseil d'État, institué par la Constitution du 22 frimaire an VIII, hérite du contentieux précédemment remis aux ministres et termine les conflits d'attributions (arrêté du 5 nivôse an VIII). La rupture fondamentale est dans l'arrière-plan constitutionnel où le Conseil fait figure de pierre angulaire. Piloté par le chef de l'État qui en nomme les membres, le Conseil absorbe le législatif puisqu'il rédige les projets de loi dont le gouvernement a seul l'initiative²⁷³. Le Conseil appuie la souveraineté du 1^{er} Consul, laquelle a glissé depuis le Corps législatif jusqu'à un exécutif qualifié, de façon

²⁷³ Articles 44 et 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII.

symptomatique, de « gouvernement » par la Constitution de l'an VIII. Ce système de la prééminence du gouvernement sur les chambres est en outre aggravé parce que c'est au Conseil qu'il revient de rédiger les règlements d'administration publique²⁷⁴ ; ceux-ci, on le sait, ne tarderont pas à déborder sur le domaine réservé la loi. A la tête de son Conseil, Bonaparte puis Napoléon impose ainsi la force administrative – qui est celle de son gouvernement – aux autres pouvoirs constitués. « C'est ce Conseil – résume Cormenin – qui, fidèle aux impulsions du chef, seconda si puissamment l'action de son Gouvernement intérieur. Ses attributions se grossirent bientôt de toutes celles que Bonaparte, dans les ombreuses jalousies de son pouvoir, avait ôté successivement au corps législatif, au tribunal et aux ministres.

Passé le cap difficile de la Restauration, la doctrine va redoubler d'efforts pour conforter l'existence d'un Conseil d'État qui épaula la « puissance exécutive », pour reprendre l'expression consacrée par les deux Chartes. Il est vrai que le climat de Juillet y est favorable : sous le règne de Louis-Philippe le Conseil s'engage dans la voie du professionnalisme et de la modernité. Ses différentes sections se réunissent à nouveau en un lieu unique – le palais d'Orsay – comme au temps de l'Empire ; l'avancement au sein du corps se fixe de façon coutumière. Le Conseil est associé de façon croissante à l'élaboration des lois d'origine gouvernementale. Il progresse surtout dans ses fonctions contentieuses : suite à la création des commissaires du roi, sa jurisprudence s'enrichit, notamment dans le domaine crucial du recours pour excès de pouvoir²⁷⁵.

²⁷⁴ Intérêt de l'État » (extrait cité au *Recueil Sirey*, 1809, 2^e partie, p. 170).
²⁷⁵ L.-M. de Cormenin, *Du Conseil d'État*, préc., p. 47-48.

(. . .)

Pour l'essentiel des auteurs qui ont écrit sous les monarchies constitutionnelles, le droit administratif est exorbitant et doit jouir du privilège de juridiction pour cette raison qu'il s'inscrit dans le prolongement organique du pouvoir exécutif. Voici, pour s'en tenir à un dernier exemple, ce que dit Proudhon : « Le pouvoir administratif reste entièrement placé dans les mains du gouvernement ; et c'est pourquoi l'appel ou le recours contre les décisions de ses officiers ou agents subalternes doit toujours être porté au ministre ou au Conseil d'État »²⁹⁹. Les bases constitutionnelles, au milieu du XIX^e siècle, sont à ce point dans les meeurs doctrinales que Firmin Laferrière, dans la troisième édition de son *Cours théorique et pratique de droit public et administratif* en 1850, maintient l'opinion selon laquelle « séparer le Droit administratif du Droit public constitutionnel, ce serait lui enlever sa raison d'existence ».

(. . .)

On comprendra alors aisément que la doctrine, sous le second Empire, ait à cœur de caractériser le droit administratif sur le fondement de critères organiques et formels comme le veut la théorie des bases constitutionnelles. Si Maurice Block, dans son *Dictionnaire*, insiste sur la différenciation qu'il convient de maintenir entre administration et gouvernement, c'est qu'à ses yeux existe simplement une hiérarchisation entre ces deux « autorités » ; mais la première est bien aux ordres de la seconde puisque « l'administration peut être définie [comme] l'ensemble des services publics destinés à concourir à l'exécution de la pensée du Gouvernement [...] ». C'est le Gouvernement qui dirige, qui donne l'impulsion ; c'est l'administration qui agit,

qui exécute »³⁰⁰. Et Block d'employer une métaphore organiciste pour dire de l'administration « qu'elle est subordonnée au Gouvernement comme le bras l'est à la tête »³⁰¹.

(. . .)

§ 2 - L'actualité des bases constitutionnelles

A s'en tenir à une lecture linéaire de l'histoire du droit administratif, les auteurs anciens confortent et soutiennent la thèse vedélienne : ils lui donnent raison contre Charles Eisenmann dans la fameuse controverse qui les opposa voici près de trente ans³¹⁸. La « dernière » grande théorie d'ensemble du droit administratif – et dont le mérite est qu'elle construit un ordre juridique – reçoit une validation historique. Mais le propre de l'histoire du droit administratif est de ne point être linéaire, du moins sur le plan doctrinal qui nous intéresse ici. Il y a aux alentours de 1900 une rupture épistémologique qui brise la linéarité historique ; et c'est parce que la thèse des bases constitutionnelles, énoncée pour servir de cadre sous les trois dernières républiques, s'accommode en réalité des régimes non démocratiques du XIX^e siècle qu'on est appelé à développer des réserves quant à son opportunité.

Un mot de la méthode et des instruments : ils déterminent le fond du droit. Les bases constitution-

³¹⁸ G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, préc. p. 41.
³¹⁹ L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, préc. tome I, p. 97.

³²⁰ V. E. Breen, Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann, une controverse sur les fondements du droit administratif, *RFDA*, 2002, p. 232-243.

nelles relèvent-elles de la théorie du droit ou de la théorie de l'État ? Elles appartiennent à la première catégorie dans l'approche organique : Vedel se borne en effet à décrire son objet en constatant la séparation des organes constitutionnels pour en inférer que l'administration et son droit se rattachent au gouvernement et aux autorités qu'il contrôle. La neutralité de cette approche positiviste – qui est le propre de la théorie du droit³¹⁹ – se trouve néanmoins contrariée par le second critère des bases constitutionnelles, à savoir le critère formel. Certes la démarche vedélienne est-elle là aussi d'inspiration positiviste dans la mesure où le critère de puissance publique serait la simple conséquence d'un exécutif qui remplit sa mission « au nom de la souveraineté nationale [...] dans le cadre des lois qui sont l'expression supérieure de celle-ci »³²⁰. Mais la puissance publique n'est-elle pas extérieure au système constitutionnel présent – dès lors elle relève de la théorie de l'État³²¹ – dans la mesure, par exemple, où la continuité historique de la notion la révèle vivace sous les régimes passés et qu'il va de soi que les constitutions de l'an VIII, 1814, 1830 et 1852 sont loin de consacrer la souveraineté nationale (les textes de l'an VIII et de 1852 s'en tiennent à un silence pudique tandis que la Charte de 1814 consacre une souveraineté monarchique et que celle de 1830 entretient à dessein l'ambiguïté). Que la

³¹⁹ V. M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, Introduction, p. V-VI.

³²⁰ G. Vedel, *Droit administratif*, préc. p. 35.

³²¹ V. la définition de M. Troper, La constitution comme système juridique autonome, *Droits*, n° 35, 2002, p. 73 : « La théorie générale de l'État est extérieure au système constitutionnel. Elle fait partie des idéologies qui contribuent à déterminer le fond du droit constitutionnel ».

puissance publique appartient au champ de la théorie de l'État, c'est ce qu'on a voulu rappeler en laissant s'exprimer les auteurs du XIX^e siècle. On a pu constater qu'ils cherchaient à justifier l'organisation d'un État non démocratique qui met en œuvre un rapport de domination à sujétion à l'égard des citoyens ; justification qui passe par l'apologie implicite des monarches régnants puisque par le biais d'un droit administratif qu'ils sont censés produire en Conseil d'état, ils trouveraient en la personne des administrés une sujétion consentie, les recours juridictionnels palliant le défaut d'expression politique. « Partout où l'administration est bonne – écrivait le Professeur Mallein en 1857 –, le gouvernement doit être réputé bon [...] Les vices de l'organisation politique peuvent être atténués sensiblement par une sage administration »³²². Il est vrai que Vedel pressentait qu'on pût lui reprocher ce parallèle, puisqu'il écrit que « le terme de « puissance publique » a été employé en droit public dans un sens quasi métaphysique qui l'a discrédité. Au XIX^e siècle, on considérait de façon plus ou moins claire que l'État possédait une volonté propre, supérieure par nature à celle des individus ». Seulement pour « épurer de ses aspects les plus inacceptables » la notion, il substitue simplement à l'État la souveraineté nationale nommée par la Constitution de 1658 : c'est elle qui attribuerait « aux organes de l'État [...] certaines prérogatives exorbitantes du droit commun et étrangères aux droits normalement

³²² J. Mallein, *Considérations sur l'enseignement du droit administratif*, Paris, Pion, 1857, p. 5, cité par M. Pétroff, L'éclipse du droit constitutionnel, *Le Prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852* (F. Bluche dir.), Paris, PUF, 2000, p. 167.

reconnus aux individus »³²³. Le fait que la norme constitutionnelle pose la souveraineté nationale suffit-il donc à vider la puissance publique de ses connotations péjoratives ? Le rapport juridique administration/administré n'est-il pas en effet toujours caractérisé par un rapport de domination à sujétion même si les progrès accomplis par le droit administratif paraissent en atténuer les excès ? Dès lors la souveraineté nationale est une simple fiction, postulée en vue d'un droit administratif politiquement recevable. Mais elle est, à tout le moins, sans incidence sur la production du droit administratif puisque, dans l'histoire des bases constitutionnelles, ce sont les souverainetés monarchiques du XIX^e siècle (trois ou empereurs) qui ont eu une incidence directe sur la raison d'être et le maintien du droit administratif, émanation de la puissance réglée du prince. Ces réserves nous ramènent à l'interrogation première sur les outils et la méthode : derrière l'apparente neutralité de l'approche juridique sont présentes les pesanteurs historiques d'un droit administratif au service d'une théorie de l'État dès lors qu'on le caractérise par la notion de puissance publique.

Il faut rendre à Léon Duguit ce qui lui appartient des critiques que l'on vient d'amorcer³²⁴. C'est cet auteur – du moins le « premier » Duguit – qui a provoqué dans la théorie du droit administratif l'équivalent d'une rupture épistémologique que Vedel ne pouvait se

³²³ G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, préc. p. 35.

³²⁴ V. principalement *Les transformations du droit public*, Paris, A. Colin, 1913. Pour des développements plus conséquents, on renvoie au chapitre central de notre ouvrage *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, préc. p. 225 et s. et *infra* Troisième partie, Chapitre II.

contenter d'esquiver. Le Duguit d'avant 1914 a eu un grand mérite : attaquer de front l'impérialisme d'un droit administratif d'inspiration napoléonienne. Dans la puissance publique, il décelé un insupportable pouvoir de fait : le titulaire de la souveraineté habilité à asseoir sa domination au détriment des particuliers. Et peu importe aux yeux du Bordelais la nature de la souveraineté (nationale, monarchique ou populaire) ; il s'agit d'une fiction juridique qui conduit toujours à attribuer à l'État, dans les faits, une puissance inconditionnée. Croyant déceler dans ce système les tares du subjectivisme juridique – l'État titulaire du droit de contraindre des particuliers exhibant leurs droits violés – Duguit propose de tendre à l'objectivisme juridique : il existerait un ordre juridique préexistant à l'État et aux droits des particuliers et tout l'objet du droit public consisterait dans sa reconnaissance. La loi ne ferait selon Duguit que consacrer elle-même cet objectivisme juridique : elle place alors l'État et les particuliers sur un pied d'égalité là où l'idée de puissance publique confortait des rapports inégalitaires. Parce que l'État et les particuliers sont contraints, au même titre, de se conformer à un ordre juridique exogène, alors la responsabilité de la puissance publique doit être reconnue en droit et les actes jusqu'ici discrétionnaires doivent pouvoir faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; deux avancées qu'interdisait jusqu'ici le principe selon lequel l'État était une puissance sur certains points irresponsable. Avec Duguit, le droit administratif devient la garantie d'un État limité en droit là où chez ses prédécesseurs il n'était qu'une conséquence de sa puissance : de ce point de vue la rupture doctrinale était et reste radicale. Il existait avant Duguit deux raisons à l'emplacement constitutionnel du droit administratif. 1 / Parce qu'on conteste tout au long du XIX^e siècle la juridicité du droit administratif, les auteurs font un effort

pour le rattacher à l'ordre constitutionnel; d'où, notamment, la confusion constante entre séparation des pouvoirs et séparation des autorités. 2 / Le droit administratif occupait au XIX^e siècle presque tout le terrain du droit public, le droit constitutionnel étant même interdit d'enseignement sous le second Empire; c'est donc dans les ouvrages de droit administratif qu'il fallait aller chercher des développements sur l'État, académiquement présenté comme source incontestable de la puissance de l'administration. L'originalité de Duguit est d'avoir su se défaire en grande partie de ces deux réflexes qui paralyseraient l'esprit critique de ses aînés³²⁵.

Les critiques se sont à juste titre abattues sur les présupposés sociologiques de Duguit. Que sont au juste la loi sociale et la volonté d'interdépendance des individus sinon une forme de « droit naturel » postulé (mais non transcendant)³²⁶? Il n'empêche que la désacralisation de l'État et de l'idée de puissance dont l'objectivisme juridique est porteur a eu une conséquence essentielle: donner naissance, dans ce qui appartenait désormais à l'histoire du droit administratif, à la notion de service public qui doit supplanter l'idée même de souveraineté. C'est ce critère, critère matériel – la finalité remplace les moyens – qui sert à repenser, pour le justifier autrement, un droit administratif tourné avant tout vers la protection et la satisfaction des administrés. Si l'arrêt *Blanco* est devenu l'acte de baptême – la loi d'août 1790 étant l'extrait de naissance – du droit

³²⁵ V. J. Chevallier. Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel, *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, p. 11-40.

³²⁶ V. É. Piser-Kouchner, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972.

administratif au tournant du XX^e siècle, c'est parce Duguit en a réévalué la portée sur la foi de l'expression « service public » évoquée par le tribunal des Conflits à l'occasion. On reste alors étonné de voir G. Vedel présenter, après Duguit, l'arrêt de 1873 comme fondateur tout en refusant dans le même temps le critère matériel, critère qui fit seul la fortune légendaire de cet arrêt³²⁷.

Peu importe que les espoirs politiques de Léon Duguit – le radical-socialiste pouvait passer pour anarchiste auprès de ses collègues – aient été déçus puisque le critère du service public, à l'épreuve d'une jurisprudence empirique, n'a pu reformuler l'ensemble du droit administratif. Peu importe: en déchirant l'accord tacite qui liait avant lui les publicistes à la puissance publique, Duguit obligerait à penser autrement le droit administratif. Se posait enfin la question de sa définition au regard de sa légitimité. Peut-être la promesse du service public ne pouvait-elle être tenue en raison précisément de ces déterminismes historiques qui sont le propre d'un droit administratif encore « primitif »³²⁸; mais le débat relatif au fond ne pouvait être contourné – le critère matériel simplement rejeté et le droit administratif rendu à la sclérosante division des deux familles service/puissance – à moins de renvoyer le droit administratif à son passé. Ce passé, qui consacre l'ordre napoléonien, ne saurait revivre.

³²⁷ Ainsi que l'a fort bien démontré R. Chapus dans sa thèse, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, LGDJ, 1957.

³²⁸ L'expression est de Vedel, *Droit administratif*, préc. p. 93.

Cette montée en puissance du droit administratif lui donne une position centrale au sein du droit public.

2) La structuration du droit public

a) La construction du droit administratif s'est faite de manière autonome, par le jeu d'une dynamique propre. Néanmoins, le problème des rapports avec le "droit public" s'est immédiatement posé, notamment sur le plan didactique : c'est un enseignement de "droit public général" et de "droit civil dans ses rapports avec l'administration publique" qui est introduit par la loi du 22 ventôse an XII ; et la chaire qui est créée au profit de Gérando à la faculté de droit de Paris en 1819 est une chaire de "droit public positif et de droit administratif français". Le droit administratif est ainsi mis en relation avec le droit public, mais sans que les termes de cette relation soient clairement posés²³ : pour les uns, comme Gérando, il y a identité pure et simple entre les deux²⁴, ou plus exactement le droit administratif donne corps, matérialité au droit public ; pour les autres, le droit administratif fait partie du droit public, soit qu'il en constitue un étage inférieur²⁵, soit qu'il en soit la partie principale. En fait, le droit public est défini de manière vague, comme l'ensemble des règles qui régissent les rapports de l'homme et de la société²⁶, et la distinction avec le droit administratif est, dès lors, difficile à conceptualiser : le droit administratif apparaît en fait comme l'"archétype du droit public"²⁷ ; régissant les rapports entre les individus et l'Etat, il tend à ramener à lui tout le droit public.

b) L'autonomisation progressive du droit constitutionnel posera un problème nouveau ; cependant, la domination du droit administratif n'en sera pas véritablement entamée : détenant le privilège de l'antériorité, assuré d'une stabilité dont ne disposera pas son concurrent, doté d'une juridiction permettant d'asseoir sa préférence à la juridicité, et surtout jugé moins inquiétant pour le pouvoir, le droit administratif n'a pas trop à craindre du droit constitutionnel. Les vicissitudes de l'enseignement de celui-ci sont sur ce point révélatrices. Créée à la faculté de droit de Paris par l'ordonnance du 22 août 1834, la chaire de "droit constitutionnel français", qui fait suite aux premiers enseignements donnés sous forme de cours publics par J.L. Ortolan en 1831, est confiée à un ami politique de Guizot, italien d'origine et ne disposant pas

23. Voir sur ce point Guglielmi (G.-J.), *op. cit.* pp. 326 ss.

24. "C'est dans le droit administratif que le droit public respire, s'applique, se montre ou doit se montrer visible aux regards".

25. Pour Serrigny (*Traité de droit public français*, 1846, p. 95), "le droit administratif est placé dans les bas degrés du droit public : celui-ci pose les principes, et l'autre embrasse les règles qui regardent l'exécution et les conséquences".

26. Pour Aucoc, le droit public "transforme les règles d'organisation de la société, contient les garanties établies pour assurer la libre jouissance des facultés de chaque citoyen et les sacrifices imposés à chaque citoyen en vue de la collection des intérêts privés qui forment l'intérêt public".

27. Guglielmi (G.-J.), *op. cit.* p. 332.

du grade de docteur en droit, Pellegrino Rossi²⁸ : le contenu du programme est soigneusement défini et limité à "l'exposition de la Charte et des garanties individuelles comme des institutions politiques qu'elle consacre" ; les réactions n'en sont pas moins très vives au sein de la faculté de droit de Paris²⁹ et l'enseignement sera immédiatement suspendu compte tenu des manifestations de xénophobie. Le cours sera assuré par Rossi jusqu'en 1845, puis par son suppléant : l'enseignement disparaîtra en 1852 et ne sera rétabli qu'après 1877. Le statut du droit constitutionnel reste donc très précaire tout au long du XIX^e siècle et le droit administratif peut dès lors s'imposer, au détriment d'un "droit politique" dont la juridicité est fortement contestée.

Etant ainsi parvenu à s'affirmer aussi bien au détriment de la science administrative que du droit constitutionnel, le droit administratif va établir son hégémonie pour de longues années.

B) Suprématie

La suprématie du droit administratif dans le champ des savoirs relatifs à l'Etat ne sera pas véritablement contestée jusqu'aux années soixante, en dépit de multiples éléments de perturbation : l'avènement de l'Etat providence et la diversification du droit applicable à ses différents éléments constitutifs ; la consolidation du droit constitutionnel à travers la production de vastes synthèses théoriques ; les retombées des secousses constitutionnelles qui modifient la place du droit administratif ; la renaissance après la seconde guerre mondiale d'une science politique qui se prétend porteuse d'un savoir nouveau sur l'Etat. Solidement arrimée à la jurisprudence du Conseil d'Etat, encensé par des cohortes de thuriféraires, le droit administratif paraît être, non seulement un des éléments fondateurs de la conception française de l'Etat, mais encore un modèle à suivre pour les pays étrangers.

1) La prééminence du point de vue juridique

a) La prétention du droit administratif à devenir le seul savoir utile à la pratique administrative sera étayée par la construction, d'abord en Allemagne à la fin du XIX^e siècle, puis en France au début du XX^e siècle de la théorie de "l'Etat de droit"³⁰. A la différence de "l'Etat de police", l'Etat de droit

28. Voir Charlier(R.-E.), "Evolution et situation présente de la notion de droit constitutionnel", in *Mélanges J.J. Chevallier*, Cujas, 1977, pp. 31 ss et Lavigne (P.), "Le Comte Rossi, premier professeur de droit constitutionnel français (1834-1845)", *Ibid.* pp. 173 ss.

29. Le mémoire présenté par cinq professeurs de la faculté au Conseil d'Etat à l'appui de la demande d'annulation de l'installation de Rossi parle du danger qu'il y aurait à introduire au sein des écoles de droit "toutes les agitations de la politique, agitations inséparables aujourd'hui de toute discussion et par conséquent de toute enseignement sur le droit constitutionnel".

30. Chevallier (J.), "L'Etat de droit", *RDP* 1988, n° 2, pp. 313 ss et *L'Etat de droit*, Montchrestien, Coll. Clefs, 1992.

désigne pour la doctrine juridique un Etat dont la puissance est soumise au droit ; ses divers organes ne sauraient agir qu'en vertu d'une habilitation juridique ; l'exercice de la puissance se transforme en une "compétence", instituée et encadrée par le droit. Par "Etat de droit", il faut entendre, selon Carré de Malberg³¹, un "Etat qui, dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit et cela en tant qu'il enchaîne son action sur eux par des règles, dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques".

La théorie de l'Etat de droit postule en tout premier lieu l'absolue soumission de l'administration à la loi, l'idée que l'administration, non seulement doit s'abstenir d'agir *contra legem*, mais encore qu'elle est tenue de n'agir que *secundum legem*, c'est à dire en vertu d'une habilitation légale ; il débouche sur le "principe de légalité". Alors que l'Etat de police est "celui dans lequel l'autorité administrative peut, d'une façon discrétionnaire et avec une liberté de décision plus ou moins complète, appliquer aux citoyens toutes les mesures dont elle juge utile de prendre par elle-même l'initiative en vue de faire face aux circonstances et d'atteindre à chaque moment les fins qu'elle se propose"³², l'Etat de droit signifie que l'administration ne peut user que des moyens autorisés par l'ordre juridique en vigueur : elle est soumise à un ensemble de règles, extérieures et supérieures, qui s'imposent à elle de manière contraignante et constituent à la fois le fondement, le cadre et les limites de son pouvoir. Ces règles circonscrivent le champ dans lequel elle est autorisée à se mouvoir : elles fixent les buts à atteindre et les moyens de les atteindre ; les actes administratifs ne seront valides qu'à condition de suivre leurs prescriptions et, à défaut, seront retirés de l'ordonnement juridique par l'intervention d'un juge. Alors que "l'Etat de police" appelait une "science de la police", visant à améliorer l'efficacité de l'appareil administratif, "l'Etat de droit" n'appelle plus qu'une "science du droit", destinée à assurer la parfaite régularité de l'action menée.

On mesure dès lors l'inestimable appui théorique que le droit administratif peut trouver dans la théorie de l'Etat de droit, qui apparaît comme un véritable *paradigme* indispensable à la cristallisation du champ scientifique du droit administratif : la référence à l'Etat de droit permet d'asseoir la position des publicistes par rapport aux privatistes, jusqu'alors persuadés de détenir les clefs du seul vrai droit, en témoignant de la juridicité du droit public ; elle permet aussi de fonder l'autonomie du droit administratif par rapport aux sciences sociales naissantes³³ en propulsant le droit au centre des sciences de l'Etat. La théorie de l'Etat de droit contribuera en pratique à l'expansion du

31. Carré de Malberg (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey 1920, Réed. CNRS 1962, Tome 1, p. 490.

32. Carré de Malberg (R.), *Ibid.* p. 488.

33. Chevallier (J.), "Science du droit et science du politique. De l'opposition à la complémentarité", in *Droit et politique*, PUF 1993, p. 254.

droit administratif et au rayonnement du juge administratif³⁴. D'une part, elle sert de support à un droit administratif en plein essor : favorisant l'élargissement du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration, par le biais d'un recours pour excès de pouvoir dont la nature contentieuse et le caractère objectif sont désormais indiscutés, elle justifie aussi le développement de la responsabilité d'une administration tenue de répondre de ses actes ; plus profondément, elle entraîne une véritable *refondation* d'un droit administratif conçu, non plus comme un privilège pour l'administration, mais comme un moyen de renforcer les garanties offertes aux administrés. Aussi le critère de la "puissance" sera-t-il très logiquement relayé par celui du "service", qui traduit mieux la volonté d'assujettissement de l'administration au droit³⁵. D'autre part, elle assure la promotion du juge administratif, figure emblématique de la Raison juridique. C'est sur le juge qu'on compte pour protéger à la fois "l'administré contre les abus de pouvoir et l'ordre juridique contre les atteintes qui pourraient lui être portées"³⁶ ; à la différence des parlementaires, peu qualifiés et exposés aux pressions de toutes sortes, le juge est censé disposer de la compétence et de l'indépendance requises ; la théorie de l'Etat de droit légitime ainsi la montée en puissance du pouvoir juridictionnel, et notamment dans l'immédiat de celui du juge administratif. Mais l'Etat de droit va au-delà, en investissant les juristes en général d'une mission essentielle dans la vie sociale : il leur revient en effet d'éclairer et de guider des gouvernants privés de la hauteur de vues nécessaire ; l'Etat de droit repose ainsi sur l'utopie d'un "gouvernement des sages", dans lequel les juristes auraient une place de choix en raison de leurs compétences propres. La promotion de l'Etat de droit légitime "la revendication par les publicistes-administrativistes d'une compétence proprement juridique, articulée à un modèle de juridicité jurisprudentielle"³⁷.

b) Ainsi fondé sur des assises solides, le droit administratif parviendra aisément pendant la première moitié du XXème siècle à établir sa suprématie sur les savoirs autres que juridiques. Il convient sans doute d'éviter sur ce plan tout schématisme. La préoccupation qui avait été celle des premiers théoriciens de la science administrative au XIXème siècle ne disparaît pas complètement. D'abord, la création de l'école libre des sciences politiques assure la persistance d'un point de vue sur l'administration autre que juridique : répondant à un besoin spécifique, l'école parvient à monopoliser un type d'enseignement que les facultés de droit n'assuraient pas³⁸ ; et la domination qu'elle établit sur le recrutement des hauts fonctionnaires montre bien qu'il

34. Redor (M.-J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914)*, Economica 1992.

35. Chevallier (J.), "Les fondements idéologiques du droit administratif français", in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF 1979.

36. Redor (M.-J.), *op. cit.*

37. François (B.), "Justice constitutionnelle et démocratie constitutionnelle", in *Droit et politique*, PUF 1993, p. 58.

38. Favre (P.), *op. cit.*

ne suffit pas seulement pour eux d'être de bons juristes³⁹. Ensuite, une réflexion sur les problèmes d'organisation interne et de gestion des services, largement ouverte aux acquis du *Business management*, se développe en marge de l'Université : illustrée par les noms de Chardon et surtout de Fayol, elle préfigure la renaissance de la science administrative. Enfin, dans les facultés de droit elles-mêmes, la prééminence du droit administratif n'exclut pas un intérêt plus large pour les sciences administratives et politiques, dont témoignent les travaux de Larnaudé mais aussi de Duguit et d'Hauriou : certes, cet intérêt traduit souvent une volonté d'annexion au droit de la science politique naissante⁴⁰ ; cependant, l'interrogation sur les fondements sociologiques de l'action administrative est bien présente dans ces travaux et l'introduction progressive d'enseignements relevant des sciences sociales, notamment à la faveur de la réforme des études de droit de 1954, montre bien une prise de conscience des limites de la dogmatique juridique, renforcée par le développement de la science politique après la seconde guerre mondiale. Le monopole du savoir juridique dans le champ des études administratives est donc loin d'être total : le droit administratif coexiste avec d'autres disciplines ; néanmoins, celles-ci restent marginales et périphériques par rapport à un droit ancré dans ses certitudes, doté d'un grand prestige et assuré par sa forte structuration d'une place de choix au cœur du droit public.

2) Le droit administratif comme seul vrai droit

a) La prééminence du droit administratif au sein du droit public s'explique par un ensemble de caractéristiques intrinsèques, mais qui elles-mêmes renvoient à la configuration particulière du champ social qui garantit sa production et sa reproduction. La cohérence, à la fois synchronique et diachronique, du droit administratif n'est pas en effet le produit d'une génération spontanée : elle résulte de l'intervention d'agents actifs de systématisation, gardiens de la continuité de la permanence des significations, qui travaillent à résorber les dissonnances et à assurer le maintien de l'harmonie d'ensemble⁴¹.

Le droit administratif a été marqué dès l'origine par son caractère juridique : en l'absence de textes généraux, c'est le juge administratif qui a été amené à forger les grands principes autour desquels il a été construit ; ce mode de production juridique a contribué à établir la juridicité d'un droit dont les règles étaient apparemment, non seulement indépendantes des

39. On voit ainsi s'esquisser deux circuits durables de recrutement des fonctionnaires : l'école libre, qui prépare à la haute fonction publique, à partir d'une formation non exclusivement juridique ; les facultés de droit, qui préparent aux emplois administratifs moyens, en privilégiant l'acquisition de connaissances juridiques - prééminence du droit qui répond à des considérations instrumentales mais aussi symboliques (Verrier (P.-E.), "Les statuts de la fonction publique : les juristes et leurs prédateurs dans le système administratif", *PMP* 1985, n° 3, pp. 1 ss.).

40. Pour Duguit, "cette prétendue science politique n'est autre chose que le droit constitutionnel, c'est-à-dire une branche de la science générale du droit".

41. Voir sur cet aspect, Chevallier (J.), "Changement politique et droit administratif", in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, pp. 293 ss.

fluctuations politiques, mais encore épurées de toute dimension politique. Plus encore que d'autres droits, le droit administratif apparaît comme "un univers social autonome, capable de produire et de reproduire, par la logique de son fonctionnement spécifique, un corpus juridique relativement indépendant de contraintes externes"⁴². Cette dimension jurisprudentielle lui donnera une coloration singulière. D'abord, elle tendra à accuser l'autonomie du champ du droit administratif : une coupure tranchée s'établira entre "profanes" et "professionnels" de ce droit ; s'arrogeant le monopole du savoir juridique, les professionnels vont s'attacher à le renforcer en permanence par l'ésotérisme du langage, la subtilité des concepts, la complexité des procédures, l'hermétisme des rituels, en rendant le droit administratif inaccessible aux non-initiés. La production jurisprudentielle du droit administratif s'est ainsi accompagnée d'une "rhétorique de la compétence et d'un ethos distingué qui tendent à mettre à distance les profanes"⁴³ : le spécialiste du droit administratif doit savoir manier avec une particulière dextérité l'art jurisprudentiel ; et cette figure de l'"excellence professionnelle" creuse une distance infranchissable avec le monde des profanes.

Ensuite, elle entrainera une structuration spécifique du champ du droit administratif. Le juge occupe une position centrale dans ce champ, en apparaissant comme un véritable *auctor* : les "grands arrêts" du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits sont devenus progressivement, aux yeux des juristes, la source essentielle, sinon exclusive, du droit administratif, en tenant "lieu à la fois de décisions de jurisprudence et d'articles de code"⁴⁴ ; la doctrine a été vouée à se mettre "à l'écoute du juge"⁴⁵, en adoptant à son égard une attitude référentielle et révérentielle. Cette prééminence a d'ailleurs favorisé la confusion des rôles, en donnant aux membres du Conseil d'Etat un rôle essentiel dans l'exercice de la fonction doctrinale : les premiers grands traités de droit administratif à la fin du XIX^e siècle ont été, on l'a vu, l'oeuvre de praticiens ; et cette tradition a subsisté au XX^e siècle, les chroniqueurs attirés des revues de droit administratif appartenant souvent au Conseil d'Etat. En droit administratif "l'opposition entre une casuistique des situations concrètes et un droit pur (ou savant) ne peut s'appuyer sur des frontières disciplinaires strictement délimitées"⁴⁶ ; et le juge n'a jamais hésité à endosser le rôle doctrinal. Cela ne signifie pas pour autant que la doctrine soit dépourvue d'importance : l'origine jurisprudentielle du droit administratif l'exposait en effet à une contestation possible de sa légitimité ; aussi la doctrine a-t-elle joué un rôle essentiel dans la consolidation de ce droit, en se livrant à un travail de systématisation permettant d'effacer "l'empirisme de l'apparition de la règle

42. Bourdieu (P.), "La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique", *ARSS* n° 64, septembre 1986, p. 3.

43. François (B.), "Du juridictionnel au juridique. Travail juridique, construction jurisprudentielle du droit et montée en généralité", in *Droit et politique*, PUF 1993, p. 211.

44. Gazier (F.), "Le choeur à deux voix de la doctrine et de la jurisprudence", *EDCE* 1956, p. 156.

45. Rivero (J.), "Apologie pour les faiseurs de systèmes", *Dalloz* 1951, I, pp. 97 ss.

46. François (B.), in *Droit et politique*, op. cit. p. 204.

*jurisprudentielle et l'arbitraire de son autorité*⁴⁷ et en donnant une place majeure au contentieux dans la didactique de la discipline.

Enfin, elle contribuera à assurer la *continuité* du droit administratif. Garantie par son mode de production, cette continuité investit le droit administratif d'un prestige particulier au sein de l'ordre juridique, en le faisant apparaître comme un droit "méta-politique", placé en dehors et au-dessus de la volonté capricieuse des gouvernants. Cette continuité est illustrée par le phénomène de résistance au changement : face à la dynamique de changement provenant du champ politique et passant par la production de règles nouvelles, les professionnels du droit mobilisent les ressources juridiques dont ils disposent pour éviter des bouleversements trop brutaux et assurer la continuité des significations juridiques ; ces stratégies passent notamment par un travail patient et subtil d'interprétation destiné, on le verra après 1958, à désamorcer la portée de certaines innovations politiques. La construction de la théorie des "principes généraux du droit" a été ainsi le moyen pour le Conseil d'Etat d'assurer la préservation des principes traditionnels du droit public au-delà des vicissitudes politiques. Plus généralement, la continuité du droit administratif se manifeste par la stabilité de son cadre conceptuel⁴⁸ : formées de manière progressive, par le choeur à deux voix de la jurisprudence et de la doctrine, les grandes notions sur lesquelles il repose se sont amalgamées les unes aux autres, en formant un tissu conceptuel remarquablement cohérent et homogène ; et ce tissu a résisté aux transformations pourtant très profondes qui ont affecté la place de l'administration dans la société.

Tous ces traits expliquent que la suprématie du droit administratif sur le droit constitutionnel n'ait pas été réellement contestée.

b) Si le droit constitutionnel a fini par s'imposer dans les enseignements des facultés de droit et si la doctrine constitutionnelle a connu un spectaculaire développement⁴⁹ au début du XXème siècle, autour des "quatre mousquetaires" - Esmein, Duguit, Hauriou, Carré de Malberg -, cela ne signifie pas pour autant qu'il soit parvenu à entamer la suprématie du droit administratif. A cela, deux raisons essentielles.

D'une part, l'absence d'un juge constitutionnel capable d'assurer le respect effectif de la Constitution, notamment par le législateur. Certes, l'institution d'un tel contrôle est au coeur de la construction de la théorie de l'Etat de droit, véritable machine de guerre contre le système de l'Etat légal : l'Etat de droit postule, non seulement la soumission de l'administration au droit (principe de légalité), mais encore la subordination de la loi à la Constitution ; remettant en cause le privilège d'incontestabilité dont bénéficiait jusqu'alors

47. François (B.), *Ibid.* p. 211.

48. Chevallier (J.), "Les fondements idéologiques...", *préc.*

49. Voir Waline (M.), "Le mouvement des idées constitutionnelles dans les facultés de droit françaises au cours du premier tiers du XXème siècle", *Mélanges J.-J. Chevallier*, Cujas 1977, p. 259.

la loi en droit français, elle vient légitimer l'institution d'un contrôle de constitutionnalité. Et la doctrine adhéra progressivement à cette idée⁵⁰, même ceux qui, comme Esmein ou Larnaude, y avaient d'abord été hostiles et même si certaines craintes subsistent, par exemple chez Duguit⁵¹, quant au risque de "gouvernement des juges" ; les seules divergences sont en fin de compte d'ordre technique - certains, tel Hauriou, penchant plutôt pour la transposition du modèle américain, d'autres préconisant l'institution d'une cour spéciale. Néanmoins, il faudra attendre la Constitution de 1958 pour que ce souhait soit exaucé, sans d'ailleurs que la portée de la réforme soit immédiatement perçue - l'existence du Conseil constitutionnel étant d'abord vue comme une arme supplémentaire aux mains de l'Exécutif. En l'absence de juge constitutionnel, le droit constitutionnel n'apparaît pas comme un véritable "droit", réellement sanctionné.

D'autre part, les secousses constitutionnelles qui agitent à nouveau la France au milieu du XXème siècle paraissent priver le droit constitutionnel de la continuité nécessaire : G. Vedel peut en 1974 encore opposer la "discontinuité du droit constitutionnel" à la "continuité du droit administratif"⁵² ; et la Constitution de 1958 elle-même est perçue comme une rupture par rapport aux principes les mieux établis du droit public français. La mise en place des nouvelles institutions renforce dans l'immédiat le "sentiment d'impuissance des constitutionnalistes"⁵³, qui ne parviennent plus à "faire fonctionner les catégories classiques du droit constitutionnel" ; et la maîtrise dont le général de Gaulle dispose sur l'interprétation des textes conforte ce sentiment ; le droit constitutionnel "apparaît comme une discipline dévalorisée, sans utilité, n'ayant pas de prise sur le réel". Le droit constitutionnel semble donc frappé d'une infirmité congénitale par rapport au droit administratif. Et le recours que certains constitutionnalistes avaient cru trouver après la seconde guerre mondiale dans la science politique renaissante apparaît illusoire : le "duvergérisme" (G. Vedel), marqué par la volonté de dépasser la dogmatique constitutionnelle en faisant passer l'étude des Constitutions "de l'âge métaphysique à l'âge positif" (M. Duverger), est en même temps une fuite hors du champ du droit ; et les constitutionnalistes risquent dès lors, en jouant sur les deux tableaux, de perdre les ressources savantes qu'ils pouvaient mobiliser en qualité de juristes.

Cette hégémonie du droit administratif est à première vue paradoxale compte tenu des fondements de l'Etat de droit ; elle est cependant peu gênante compte tenu des critères de distinction entre droit administratif et droit consti-

50. Reynaud (P.), "Des droits de l'homme à l'Etat de droit : les droits de l'homme et leurs garanties chez les théoriciens français classiques de droit public", *Droits* n° 2, 1985, pp. 61 ss.

51. Pisier (E.), "Léon Duguit et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Paradoxes pour paradoxes", *Mélanges Duverger*, PUF 1987, pp. 189 ss.

52. in *Mélanges Waline*, LGDJ 1974, p. 777.

53. François (B.), "Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la Vème République", *Politix*, n° 10-11, 1990, p. 95.

tutionnel au sein du droit public. Comme le note très clairement Duguit⁵⁴, le droit public comprend “*l’ensemble des règles juridiques qui s’appliquent à l’Etat*” : une première partie comprend “*l’ensemble des règles qui s’appliquent directement aux gouvernants pris comme tels*” - partie qu’on appellera “*droit constitutionnel*” ; l’autre englobe “*les règles qui s’appliquent à l’activité extérieure des gouvernants et de leurs agents*” - et qui relèvent notamment d’un “*droit administratif*” tendant à un développement croissant, du fait de l’extension du rôle de l’Etat dans la vie sociale. Ainsi, la distinction entre droit constitutionnel et droit administratif est-elle faite en fonction de leur objet⁵⁵, et non pas de leur contenu : les avancées du droit administratif marquent un progrès dans l’assujettissement juridique de l’Etat ; en revanche il n’est pas surprenant que les rapports entre gouvernants restent fortement marqués par le poids des considérations politiques. L’idée que la Constitution, en tant que norme suprême, constitue la “*base nécessaire des règles dont l’ensemble compose le droit administratif*”, formulée avec une particulière vigueur par G. Vedel⁵⁶, ne modifie nullement cette perspective : compte tenu des éléments précédents, elle n’implique pas de lien de subordination entre droit constitutionnel et droit administratif.

Ainsi le droit administratif apparaît-il comme le corpus des savoirs légitimes sur l’Etat : solidement appuyé sur le Conseil d’Etat, “*roc de solidité au milieu des tourbillons du changement*”⁵⁷, il fournit aux administrateurs les préceptes qui leur sont utiles et offre aux administrés les garanties qui leur sont nécessaires ; et cette hégémonie coïncide avec une certaine vision d’un “*Etat administratif*” qui puise ses racines profondes dans l’histoire.

La position prééminente du droit administratif va cependant être remise en cause à partir des années soixante.