

DROIT CONSTITUTIONNEL GENERAL

Cours de Monsieur le professeur Denis Baranger

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

Pages de l'ouvrage de référence pour le cours : D. BARANGER, *La Constitution, Sources, interprétations, raisonnements*, Dalloz, Méthodes du droit, 2022. Il est notamment conseillé de consulter les passages suivants : **p. 217-225**.

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*, 12^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2020.
- B. STIRN, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, 11^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2022.

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/article/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre-la-justice-constitutionnelle-478.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/article/Le-langage-de-l-eternite-Le-Conseil-constitutionnel-et-l-absence-de-contrôle-des-amendements-a-la-constitution-318.html>] ; « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel » in *Jus Politicum*, n°3, 2009 [<http://juspoliticum.com/article/Le-piege-du-droit-constitutionnel-146.html>].

DOCUMENT 1 : *Marbury v. Madison* (24 fév. 1803), trad. fr. 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 », *Droits*, n°54, 2011, p. 3-26 (extraits).

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* : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92308DC.htm>
- b) n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne* : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92312DC.htm>

- c) n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne* : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92313DC.htm>
- d) n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République* : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003469DC.htm>
- 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* : Conseil constitutionnel, décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540DC.htm>

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* : <https://www.conseil-etat.fr/avis-consultatifs/derniers-avis-rendus/au-gouvernement/ratification-de-la-charte-europeenne-des-langues-regionales-ou-minoritaires>

DOCUMENT 5 : B. Genevois, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA*, n°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) », *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 », *RFDA*, n°6, 1993, p. 1056-1064 (extrait).

DOCUMENT 8 : 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 9 : Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe, BVerfG, 2 BvE 2/08 du 30 juin 2009 (décision relative au Traité de Lisbonne) (extraits).

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

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. A 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 comté 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 apparaîtra 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.

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 [...]

[L]a 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 parfait 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 :

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 opprobre 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 [...]

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.

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 :

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.

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 révocable 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.

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 superfétatoire 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.

On ne saurait supposer qu'une seule clause de la Constitution ait été conçue pour rester sans effet. À 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.

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 originaire 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 originaire 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 originaire 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. À 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.

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 outre-passées 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.

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 ».

À 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 sont placées au même rang.

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.

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 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 normes².

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 »³.

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

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.

² 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

³ C'est ainsi que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État invoquent le premier « les exigences propres à la hiérarchie des normes », 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).

pouvoirs publics. Donc, le Président de la République est autorisé à soumettre au référendum un projet de révision constitutionnelle.

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 idéologies⁴. 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 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 argumentative⁵.

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).

[...]

⁴ 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

⁵ Troper M., Champeil-Desplats V., & Grzegorzczyk C., (dir.), *Les contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2005.

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*⁶, la décision « liberté d'association » du Conseil constitutionnel⁷, la décision *United Misrahi Bank Ltd v. Migdal Village* de la cour suprême d'Israël⁸, les Parlements d'Ancien régime qui refusent l'enregistrement d'un acte législatif⁹, la décision *Minerva Mills* de la cour suprême de l'Inde¹⁰. 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 affirmant qu'il existe des principes supra-constitutionnels auxquels il est impossible de déroger¹¹.

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 expressément 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 la volonté de « ceux qui élaborent les constitutions écrites », autrement dit une volonté qu'on devrait presumer 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

⁶ *Marbury v. Madison*, USSC 1803, en français in Zoller E., *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Puf, 2000.

⁷ www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm

⁸ *United Misrahi Bank Ltd v. Migdal Village*, Supreme Court (Israel). C.A. 6821/93, 49(4) P.D.221 (1995).

⁹ Saint Bonnet F., *Le Parlement, juge constitutionnel (xv^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.

¹⁰ *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.

¹¹ 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.

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 peuple¹². Cet argument est 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 développ. 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, 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

¹² 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, 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.

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 sanction¹³.

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 erreur¹⁴. De même, on affirme parfois que le Conseil constitutionnel, quoique non élu, est lui aussi un représentant du peuple¹⁵.

¹³ Brunet P., *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, LGDJ, 2004.

¹⁴ Krynen J., *L'état de justice : France, xiii^e -xxe siècle. Tome I, L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009, p. 268.

¹⁵ cf. Rousseau D., *Droit du Contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 5e édit., 1999 ; et *La jurisprudence constitutionnelle ; quelle « nécessité démocratique » ?* ds. Drago G., Francois 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 maladroites 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 sont¹⁶.

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 ?

¹⁶ « To explain the phenomena in the world of our experience, to answer the question « why? » rather than only the question « what? », is one of the foremost objectives of all rational inquiry » (Hempel, C. G. & Oppenheim, P., *Studies in the Logic of Explanation*, *Philosophy of Science*, XV, 1948, pp. 135-175).

DOCUMENT 3(a) : Conseil constitutionnel, décision n° 92-308 DC du 09 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne* : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92308DC.htm>

DOCUMENT 3(b) : Conseil constitutionnel, décision 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne* : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92312DC.htm>

DOCUMENT 3(c) : Conseil constitutionnel, décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne* : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92313DC.htm>

DOCUMENT 3(d) : Conseil constitutionnel, décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République* : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003469DC.htm>

DOCUMENT 3(e) : Conseil constitutionnel, décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540DC.htm>

DOCUMENT 4 : Avis du Conseil d'Etat n°390-268 du 30/07/2015, *Projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires* : <https://www.conseil-etat.fr/avis-consultatifs/derniers-avis-rendus/au-gouvernement/ratification-de-la-charte-europeenne-des-langues-regionales-ou-minoritaires>

(...)

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 IIIe 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 IIIe 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 XIVe à la Ve 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 IIIe 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 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 habilitier 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'abrègement 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 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 transféreraient 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 constitutive 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 constitutive 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 supranationale, 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 constitutive. 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).

(...)

RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE

*par Olivier JOUANJAN **

INTRODUCTION

Avec quarante deux révisions en quarante cinq ans d'existence ¹, 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'opinion 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 applicables aux lois nécessitant l'approbation du *Bundesrat* avec les seules exigences de majorités qualifiées au sein des deux assemblées : 2/3 des membres du *Bundestag* ; 2/3 des voix du *Bundesrat*.

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

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 légiconstitutionnelles, 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 ». A 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. Festschrift 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 »,

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*, Hansersche 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 voyaient 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).

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 rapproches 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 *Herrenchiefsesse* 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.

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 Verfassungänderungen*, Berlin, 1953.

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

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

A/ *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 régler 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.

E/ 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 compatibilité des dispositions nouvelles de l'art. 88 relatives à l'institution d'une Banque centrale européenne indépendante pour 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 interdite.

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 instruit 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 Ecoutes 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 Ecoutes 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 originaire de la Loi fondamentale. Si le Constituant originaire 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'attitude d'« un positivisme légaliste axiologiquement neutre dépassé depuis longtemps ». Le Constituant a « positif » 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 originaire 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 originaire. 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 anéantir 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 originaire... 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 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 injustifiable ³⁵.

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 nouvelles ³⁶.

§ 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

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. ZULIEB, *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.

35 Pour une critique serrée de cette argumentation de la Cour : Friedrich MÜLLER, *Die Einheit 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, 359 (375 et s.).

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 est 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 législateurs 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 BGBl. 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. (...)